
LA COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA ANTE LA OMC. REFLEXIONES AL HILO DEL ASUNTO DE LAS *FOREIGN SALES CORPORATIONS*

Santiago Ibáñez Marsilla*

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Valencia

SUMARIO

1. PROPÓSITO. 2. UN ORDENAMIENTO EN BUSCA DE SOCIEDADES DE PAPEL. 3. UNA PARADOJA SÓLO APARENTE. 4. LAS *FOREIGN SALES CORPORATIONS* (EVE) ANTE LA OMC. 4.1. Aspectos fiscales del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. 4.2. Las EVE y el Acuerdo SMC de la OMC. 5. LA COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA Y EL DERECHO DE LA OMC. 6. OTRAS IMPLICACIONES DEL ACUERDO SMC EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD DIRECTA.

1. PROPÓSITO

La competencia fiscal perniciosa es una materia de la máxima actualidad en nuestra disciplina, habiendo superado el marco de los estudios de Derecho internacional tributario al constatar que sus efectos se proyectan sobre cualquier regulación sustantiva interna. No puede ser de otro modo pues, si de una parte la competencia fiscal perniciosa produce resultados indeseables desde la perspectiva de los principios de justicia tributaria promulgados en nuestra Constitución, de otra limita las posibilidades efectivas de elección por parte de los poderes nacionales, erosionando así los mecanismos democráticos más elementales.

Ahora bien, al abordar estas cuestiones es frecuente obviar o, cuando menos, minimizar, la trascendencia de una modalidad de competencia fiscal con efectos perniciosos que tuvo en el pasado consecuencias funestas. Nos referimos a las normas fiscales que tienden a lograr la protección de la producción interna frente a las mercancías del exterior, fenómeno al que se suele aludir con la denominación de «proteccionismo».

En la exposición que sigue nos proponemos poner de relieve lo desafortunado de esta preterición, puesto que nos priva de ideas muy útiles para afrontar un debate más rico acerca de los problemas que hoy nos acucian. De otro lado, este abandono también supone dar la espalda a un cam-

(*) Doctor en Derecho, Diplomado en Ciencias Empresariales. El autor agradece las indicaciones realizadas por el evaluador de la Revista, así como los comentarios que deseen remitirse sobre este trabajo a la dirección: Santiago.Ibanez@uv.es

po problemático que sigue revelándose fértil, como acredita de forma fehaciente el reciente asunto de las *Foreign Sales Corporations*, con el que abrimos nuestro análisis, de un calado fundamental, no sólo por la cuantía implicada en la resolución del asunto (más de cuatro mil millones de dólares), sino también por su potencial impacto en el futuro de las relaciones comerciales internacionales, por su posible efecto en la disposición de los Estados para aceptar compromisos tributarios y por constituir una experiencia a observar atentamente a la hora de enjuiciar la viabilidad de un sistema internacional de resolución de conflictos de intereses en materia financiera.

Acometemos la exposición de un caso de singular trascendencia (el asunto de las *Foreign Sales Corporations*) como hilo conductor para ofrecer una visión de una particular forma de competencia fiscal con efectos perniciosos, la relacionada con la protección de la producción interna frente a las mercancías del exterior, intentando

elaborar algunas reflexiones de más amplio alcance que aporten una perspectiva enriquecedora en el debate abierto en torno a otras formas de competencia fiscal perniciosas.

2. UN ORDENAMIENTO EN BUSCA DE SOCIEDADES DE PAPEL

En 1984, en el marco de la *Tax Reform Act of 1984* (1), se introdujo en el ordenamiento de los Estados Unidos (EEUU) la figura de la *Foreign Sales Corporation* o, como ha sido traducida a la lengua española, «Empresa de Ventas en el Extranjero» (2). A través de esta regulación, el sistema tributario estadounidense concedía una serie de ventajas fiscales a las sociedades que, cumpliendo las condiciones establecidas, tuviesen por actividad la venta en mercados exteriores de productos fabricados o producidos en los EEUU.

En apretada síntesis (3), la Empresa de Ventas en el Extranjero (EVE) es un tipo

(1) Pub. L. No. 98-369, 98 Stat. 678. Introdujo las Section 921 a 927 del IRC (Internal Revenue Code).

(2) Esta es la traducción que aparece en los documentos de la Organización Mundial de Comercio a los que más adelante haremos referencia. Con todo, no podemos dejar de anotar que quizá hubiese sido más adecuado traducir *Corporations* no como «Empresas» sino como «Sociedades», dada la indeterminación jurídica del término «Empresa».

Por otra parte, hemos de destacar que la Ley citada también introdujo la figura de la *Small Foreign Sales Corporation* así como de la *Interest-charge DISC*, a las que no vamos a referirnos aquí puesto que supondrían introducir complicaciones adicionales a la exposición que, por otro lado, no añadirían nada a las ideas que intentamos poner de relieve. Puede verse una exposición de su contenido en JONES, DAVID y LARKINS, ERNEST R.: «Choosing among an Interest-Charge DISC, a Foreign Sales Corporation, and a Small Foreign Sales Corporation», *The International Tax Journal*, vol. 12, n° 3, 1986, págs. 181-199.

(3) Nos servimos para elaborar esta síntesis de la norma antes citada y su desarrollo reglamentario. Una exposición del sistema por parte de las propias autoridades de los EEUU se contiene en US OFFICE OF THE CHIEF COUNSEL FOR INTERNATIONAL COMMERCE: *Foreign Sales Corporations A tax incentive for US exporters*. También nos hemos servido de los siguientes trabajos en los que se comentan diversos aspectos de la misma: PETER L. FABER en «Working with the new Foreign Sales Corporation Regulations», *The International Tax Journal*, vol. 11, n° 4, 1985, págs. 255-274; JONES, DAVID y LARKINS, ERNEST R.: «Choosing among an Interest-Charge DISC, a Foreign Sales Corporation, and a Small Foreign Sales Corporation», *The International Tax Journal*, vol. 12, n° 3, 1986, págs. 181-199; BENSON, DAVID M. y REAVEY, EDWIN J.: «Letter Ruling discusses export property definition for FSC purposes», *Tax Management International Journal*, vol. 15, n° 10, 1986, págs. 397-399; VVAA: «Foreign Sales Corporations: an analysis of new regulations on intercompany pricing and related matters», *Tax Management International Journal*, vol. 16, n° 7, 1987, págs. 255-274; GREEN, WILLIAM H.: «Changes in FSC/DISC provisions», *The International Tax Journal*, vol. 13, n° 1, 1987, págs. 73-80; LIEBERMAN, EDWARD H.: «Foreign Sales Corporations – The shape of regulations to come», *Tax Mana-*

de sociedad creada conforme a la ley de otro país o de una posesión de los EEUU con el objeto de exportar bienes. Por lo que hace a la primera de las dos características señaladas, el lugar en que podían crearse, la normativa únicamente lo permitía en aquellos países que mantuviesen un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información. Lo normal en la práctica, no obstante, era acudir a una posesión de los Estados Unidos, y así un 80 por 100 de las EVE fueron creadas en las Islas Vírgenes americanas (4). Por lo que hace a la segunda de las características, los bienes objeto de la exportación fuera de los EEUU, estos debían haber sido fabricados, producidos, cultivados o extraídos en los EEUU por un sujeto distinto de la EVE, y en cualquier caso no más de un 50 por 100 de su valor de mercado podía resultar atribuible a mercancías im-

portadas (5). Es decir, debía tratarse de mercancías estadounidenses.

La EVE debía mantener una oficina fuera de los Estados Unidos (6), no necesariamente en el país donde hubiera sido creada, en la que había de llevar ciertos registros contables y, simultáneamente, había de disponer en los EEUU de los registros necesarios para determinar su renta. Obsérvese que el lugar de creación de la sociedad queda reducido a una mera formalidad (la sociedad ni tan si quiera queda obligada a mantener allí una oficina), carente de todo contenido sustancial, lo cual fomentaba la creación de estas sociedades en paraísos fiscales, como de hecho ocurrió en la práctica.

Una EVE no podía tener más de 25 socios (7) y tampoco se permitía la existencia de acciones preferenciales (8). Ahora

gement International Journal, vol. 16, n° 1, 1987, págs. 22-25; BRUCE, CHARLES M.: «Bank-owned FSC flunks the «quack» test—PLR 8803052», *Tax Management International Journal*, vol. 17, n° 6, 1988, págs. 261-262; FEINSCHREIBER, ROBERT: «Comprehensive FSC ruling enhances tax strategies», *The International Tax Journal*, vol. 18, n° 1, 1991, págs. 76-83; BONFIGLIO, JOEL D.: «Participation in shared FSC offers tax benefits for smaller exporters», *The Journal of International Taxation*, vol. 5, n. 9, 1994, p. 423-427; LARKINS, ERNEST R. y JACOBS, FRED A.: «Grouping for FSCs reduces taxable profits», *The Journal of International Taxation*, vol. 5, n° 4, 1994, págs. 159-167; KASTANIS, DAVID J.: «Treatment of computer software under the FSC provisions of the IRC», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 19, n° 3, 1996, págs. 597-628; LARKINS, ERNEST R. y JACOBS, FRED A.: «Marginal costing can help exporters gain entry into foreign markets», *The Journal of International Taxation*, vol. 9, n° 11, 1998, págs. 26-33; 46-47.

(4) BONFIGLIO, JOEL D.: «Participation in shared FSC offers tax benefits for smaller exporters», *The Journal of International Taxation*, vol. 5, n. 9, 1994, pág. 427. Las ventajas que ofrecía este lugar son las siguientes: inexistencia de un impuesto sobre la renta; la lengua oficial es el inglés; el dólar es la moneda; y está ubicada en el caribe (y es por tanto un lugar deseable para las reuniones del consejo). Esto último puede parecer un sarcasmo, pero el hecho de que se destaque como un atractivo de esta localización viene a dar cuenta del contenido «real» de estas sociedades.

(5) Section 927(a)(1). Un examen más detallado del concepto legal de «export property» a estos efectos puede consultarse en BENSON, DAVID M. y REAVEY, EDWIN J.: «Letter Ruling discusses export property definition for FSC purposes», *Tax Management International Journal*, vol. 15, n° 10, 1986, págs. 397-399.

(6) Section 922(a)(1)(D)(i). Si se trata de un país extranjero (no de una posesión de los EEUU), éste debe cumplir ciertos requisitos en materia de intercambio de información. La norma reglamentaria se detiene a fijar los requisitos de tal «oficina», que debe comprender al menos una habitación (que puede ser alquilada y compartida por varias EVE) equipada con un mínimo de servicios de comunicaciones y ser la sede de «alguna» actividad económica en relación con la exportación, aunque no ofrece mayor concreción acerca de en qué deba consistir esa actividad ni especifica cuál deba ser su importe económico.

(7) Section 922(a)(1)(B).

(8) Section 922 (a) (1) (C). Las normas reglamentarias definían acciones preferenciales como las que tienen carácter limitado y preferencial en relación con los dividendos y la distribución en caso de liquidación. A través de estas limitaciones se trata de impedir que las ventajas fiscales

bien, este requisito no planteaba dificultades porque la EVE típica era una filial participada al 100 por 100 por una sociedad estadounidense, cuya actividad la convertía en el brazo a través del cual se canalizaban las exportaciones de su matriz estadounidense. Por supuesto, nada impedía que la EVE actuase a favor de diversas sociedades y/o individuos, que aunarán sus intereses para crear una sociedad EVE dedicada a vender los productos de todos ellos (9).

La EVE debía tener un consejo de administración que incluyese al menos un individuo que no fuera residente en los EEUU (nada impedía que fuese nacional de los EEUU). En la praxis este miembro no residente solía ser suministrado por la empresa de servicios encargada del mantenimiento de la EVE (empresa de servicios que, entre otras funciones, facilitaba el local, las instalaciones, vigilaba el cumplimiento de los requisitos fiscales y llevaba la contabilidad de la EVE). El funcionamiento de las EVE a impulsos de estas sociedades de servicios especializados da cuenta de su ausencia de contenido real (10), de la carencia de un propósito económico para la creación de estas sociedades que fuese más allá de la mera obtención de una ventaja fiscal. Obsérvese, con todo, que la propia norma promovía este resultado.

La apariencia de contenido material para las EVE venía dada por los denominados «test de gestión extranjera» y «test de los procesos económicos en el extranjero». El primero de ellos (test de gestión extranjera) se descomponía en los siguientes requisitos: a) todas las reuniones del consejo de administración y los accionistas de la EVE deben tener lugar fuera de los EEUU; y b) la principal cuenta bancaria de la EVE debe ser mantenida fuera de los EEUU, y desde ella deben satisfacerse todos los dividendos, las minutas de abogados y contables, y los salarios y remuneraciones abonados por la EVE. Por lo que hace al lugar de las reuniones del consejo de administración, este requisito fue uno de los que hicieron atractiva la creación de las EVE en las Islas Vírgenes, por su privilegiada ubicación en el caribe. Para vaciar más de contenido si cabe este requisito, las reuniones sólo habían de celebrarse en la medida en que lo exigiese la legislación del Estado de creación de la EVE, de modo que si en ese ordenamiento no se exigían tales reuniones, no era necesario celebrarlas. Además se admitían las «reuniones telefónicas», que se consideraban celebradas en el extranjero cuando los consejeros que representasen más de la mitad de los votos se encontrasen en el extranjero (11).

Por lo que hace a la cuenta bancaria, el requisito se entendía cumplido cuando la

ofrecidas a las EVE puedan reconducirse con el objeto de obtener beneficios fiscales no deseados por la norma (BRUCE, CHARLES M.: «Bank-owned FSC flunks the «quack» test—PLR 8803052», *Tax Management International Journal*, vol. 17, n° 6, 1988, págs. 261-262; JONES, DAVID y LARKINS, ERNEST R.: «Choosing among an Interest-Charge DISC, a Foreign Sales Corporation, and a Small Foreign Sales Corporation», *The International Tax Journal*, vol. 12, n° 3, 1986, pág. 185).

(9) De hecho, con el tiempo no sólo las grandes corporaciones accedieron a las ventajas fiscales que proporcionaban las EVE, sino que también las medianas empresas lo hicieron reuniendo sus operaciones de exportación en una EVE conjunta (BONFIGLIO, JOEL D.: «Participation in shared FSC offers tax benefits for smaller exporters», *The Journal of International Taxation*, vol. 5, n. 9, 1994, págs. 423-427).

(10) Son muy ilustrativas al respecto las indicaciones que ofrece JOEL BONFIGLIO a los pequeños exportadores acerca del funcionamiento de las EVEs y de la posibilidad de confiarlo de forma casi plena a sociedades de servicios especializadas («Participation in shared FSC offers tax benefits for smaller exporters», *The Journal of International Taxation*, vol. 5, n. 9, 1994, págs. 423-427).

El coste que representaba contratar estas empresas de servicios podía ser de tan sólo 2.000 dólares anuales (WALLACE, DAVID: «A middleman that offers tax savings», *South Florida Business Journal*, 24 febrero 1997).

(11) PETER L. FABER en «Working with the new Foreign Sales Corporation Regulations», *The International Tax Journal*, vol. 11, n° 4, 1985, pág. 262.

cuenta se abría en una sucursal en el extranjero de un banco americano. Una vez abierta la cuenta, las operaciones podían ser ordenadas desde los EEUU, lo cual viene a poner de relieve que estamos ante un nuevo requisito formal carente de contenido efectivo (12).

El segundo de los test a que hemos aludido es el de los procesos económicos en el extranjero (13). Este test se descomponía a su vez en otros dos test: el de actividad de venta y el de asunción de costes directos. En virtud del test de actividad de venta la EVE o una persona contratada por ella debía llevar a cabo actividades fuera de los EEUU para ofertar, negociar o concertar los contratos relacionados con la venta. De nuevo podemos constatar que se trataba de un requisito sólo aparente, formal, pues no necesariamente las actividades de venta debían ser llevadas a cabo por la EVE directamente, sino que podían ser realizadas por un tercero a condición de que lo hiciese por una relación contractual con la EVE (y no con su matriz).

Por lo que hace al test de la asunción de costes directos, la EVE debía asumir al menos el 50 por 100 del importe de los siguientes costes o, en su defecto, alcanzar un porcentaje del 85 por 100 en dos de ellos: 1) publicidad y promoción de ventas; 2) procesamiento de pedidos y disposiciones para el envío para la exportación de las mercancías; 3) transporte; 4) determinación y transmisión de la factura y recepción de pagos; 5) asunción del riesgo inherente en el crédito comercial (14). En virtud de este test la EVE necesariamente ha de convertirse en un centro de imputación de costes, aunque no necesariamente en

un centro de realización de procesos, puesto que lo que se exige no es que la EVE lleve a cabo estas actividades directamente, sino que asuma los costes directos de estas actividades, que en consecuencia pueden ser llevadas a cabo por otro sujeto con cargo a la EVE (15).

Con la exposición del contenido de este test concluimos la relación de los requisitos exigidos por la norma para poder acogerse a las ventajas fiscales derivadas del régimen de las EVE. Pasamos por consiguiente al análisis de las ventajas derivadas de la creación y mantenimiento de este tipo de sociedades. Al respecto debe comenzar por indicarse que su importe se calcula en función de la renta que se atribuye a la EVE, de modo que un paso previo para abordar el contenido de este régimen fiscal más ventajoso consiste necesariamente en abordar las normas que nos permiten determinar la renta que se considera obtenida por la EVE.

A este respecto, ha de señalarse que a la hora de determinar la renta imputable a la EVE surge una dificultad importante, puesto que debe tenerse en cuenta que la norma estaba pensando en sociedades participadas en gran medida (casi siempre de forma total) por las sociedades americanas que les suministraban las mercancías que las EVE debían vender en el extranjero. Así pues, la gran mayoría de los insumos de la EVE eran adquisiciones de un sujeto vinculado (la empresa de EEUU que era su matriz), lo cual significaba la inevitabilidad de la problemática asociada a los precios de transferencia.

La norma daba aquí una muestra más de que su objetivo era poner las cosas fáci-

(12) PETER L. FABER en «Working with the new Foreign Sales Corporation Regulations», *The International Tax Journal*, vol. 11, n° 4, 1985, pág. 263.

(13) Section 924 (d)(1) IRC.

(14) Una exposición del contenido de estos requisitos y su desarrollo reglamentario puede verse en PETER L. FABER: «Working with the new Foreign Sales Corporation Regulations», *op. cit.*, págs. 270-273.

(15) Circunstancia que permite afirmar a PETER L. FABER que «esto, en efecto, permite a la EVE ser una sociedad de «papel» que realice pocas de las que puedan considerarse operaciones activas» («Working with the new Foreign Sales Corporation Regulations», *op. cit.*, pág. 265). La EVE puede incluso contratar estas actividades con la matriz que le facilita las mercancías.

les para que las EVE pudiesen funcionar y prosperar sin demasiadas trabas (16). En efecto, si bien el criterio general era que los precios de las operaciones vinculadas realizadas por las EVE debían determinarse conforme al criterio *arm's lenght* (se aplicaban por tanto las complejas reglas generales sobre precios de transferencia de la *Section 482 IRC*), la norma permitía no obstante la utilización de dos métodos de atribución objetiva de la renta (*administrative pricing rules*). La aplicación de estos dos métodos objetivos quedaba a opción de la propia sociedad, siempre y cuando la EVE cumpliera el requisito de asumir al 100 por 100 los costes de las actividades que se relacionan en el denominado «test de asunción de costes», al que nos hemos referido antes, esto es, que la EVE asumiese en su integridad los costes de venta (17).

Los métodos objetivos de atribución de la renta eran dos, y era la propia EVE a quien correspondía decidir cuál de ellos aplicaba de forma individualizada para cada operación de venta (podía aplicar métodos distintos para operaciones diferentes dentro de un mismo período im-

positivo) (18). El primero consistía en atribuir a la EVE un 23 por 100 del beneficio conjunto obtenido por las operaciones de venta por parte de la matriz y la EVE, esto es, repartir el beneficio de la venta entre las dos sociedades a razón de un 67 por 100 para la matriz (que suministra a la EVE el producto a vender) y un 23 por 100 para la EVE en compensación por su implicación en la actividad de venta en el extranjero. El segundo método consistía en atribuir a la EVE un beneficio igual al 1,83 por 100 del importe bruto de las ventas realizadas por ella. En este caso, la cifra de beneficio tenía como límite máximo una cantidad igual al doble de la que resultaría por aplicación del otro método, es decir, no podía resultar, por aplicación de este método, que la EVE absorbiese más allá de un 46 por 100 (2×23 por 100) del beneficio conjunto obtenido por la EVE y su matriz por la venta (19).

Una vez tenemos calculada la renta de la EVE, el primer componente del beneficio fiscal consiste en eximir de gravamen una porción igual a 15/23 (quince veintitresavas partes) del beneficio de la EVE (20).

(16) Section 925 IRC. Un exhaustivo y detallado análisis de las normas sobre determinación de los precios de transferencia, por aplicación del método general de la *Section 482 IRC* y de los métodos objetivos específicamente previstos para las EVEs, puede verse en VVAA: «Foreign Sales Corporations: an analysis of new regulations on intercompany pricing and related matters», *Tax Management International Journal*, vol. 16, n° 7, 1987, págs. 255-274.

(17) La opción por los métodos de determinación objetiva evitaba otro inconveniente del método de precios de transferencia regulado en la *Section 482 IRC*, pues este método «frecuentemente invita a escrutinio por parte del IRS», el Internal Revenue Service o Administración tributaria estadounidense (LARKINS, ERNEST R. y JACOBS, FRED A.: «Grouping for FSCs reduces taxable profits», *The Journal of International Taxation*, vol. 5, n° 4, 1994, pág. 160).

(18) El hecho de que se pudiesen aplicar métodos distintos para operaciones diferentes dentro de un mismo período impositivo ofrecía grandes posibilidades de planificación fiscal al objeto de maximizar la renta imputada a la EVE y, de este modo, la ventaja fiscal asociada a la utilización de estas sociedades (VVAA: «Foreign Sales Corporations: an analysis of new regulations on intercompany pricing and related matters», *Tax Management International Journal*, vol. 16, n° 7, 1987, págs. 255 y ss.).

(19) La preferencia por uno u otro método de cálculo es fácil de determinar si se conoce el margen sobre ventas de la operación. Si el margen sobre ventas supera el 7,96 por 100 es más ventajosa la atribución a la EVE de un 23 por 100 del beneficio de la venta. En cambio, si el margen sobre ventas es inferior al 7,96 por 100 se consigue una mayor imputación de renta a la EVE atribuyéndole una renta del 1,83 por 100 de los ingresos brutos de la venta (VVAA: «Foreign Sales Corporations: an analysis of new regulations on intercompany pricing and related matters», *op. cit.*, pág. 263).

(20) Si se aplicaba el sistema de cálculo de la renta obtenida por la EVE utilizando precios de transferencia (*Section 482 IRC*), el beneficio exento de la EVE era únicamente del 30 por 100.

Puede comprobarse fácilmente que, en caso de optarse por el sistema objetivo de imputación de renta a la EVE en razón de un 23 por 100 del beneficio conjunto, el resultado final de la creación de la EVE es que se consigue la exención de un 15 por 100 del beneficio total de la venta. En efecto, si el beneficio imputado a la EVE es del 23 por 100 y de él queda exenta una porción igual a 15/23, tenemos:

$$23\% * 15/23 = 15\% \text{ (21)}$$

No pase desapercibido que la aplicación de los métodos objetivos (*administrative pricing rules*) permitía incrementar de forma considerable los beneficios imputados a la EVE respecto de lo que hubiera resultado en caso de aplicar las normas generales sobre precios de transferencia entre partes vinculadas (Section 482 IRC). Si tenemos en cuenta que las EVEs apenas desarrollaban alguna actividad económica (se limitaban a subcontratar actividades relacionadas con la venta para la exportación), cabe presumir que las reglas sobre precios de transferencia les hubiesen imputado una renta muy inferior al 15 por 100 del total beneficio de la operación que

les aseguraban los métodos objetivos (y que, en casos extremos, con el método de cálculo sobre la cifra bruta de ventas, podían llegar al 30 por 100). Por eso no puede extrañar que prácticamente todas las EVEs utilizasen los métodos administrativos de determinación de su renta (22).

Puesto que la ventaja fiscal que se concede a la EVE depende a su vez de la cantidad de renta que se entiende obtenida por ella, es fácil constatar que los métodos objetivos de atribución de renta se resolvían en garantizar a la sociedad matriz estadounidense una ventaja fiscal segura, pre-determinable, y superior a la que correspondería si se utilizasen las reglas generales sobre precios de transferencia (23).

Hemos visto que el primer componente del beneficio fiscal a las EVEs consistía en declarar exenta una porción de la renta que obtuviesen (15/23). El siguiente paso consiste en observar que la renta distribuida por ella no tributaba cuando el perceptor de la misma fuese una sociedad creada en los EEUU, puesto que esta partida de beneficios se consideraba deducible en un 100 por 100 (24). Esto significa que la

Téngase en cuenta que la EVE es una sociedad controlada por una sociedad estadounidense y, por tanto, en principio le resultarían de aplicación las estrictas reglas del IRC en materia de transparencia fiscal internacional (*Controlled Foreign Corporations*, CFC, reguladas en «Subpart F» del IRC).

(21) En caso de optar por el método objetivo de atribución de renta consistente en imputar a la EVE un beneficio igual al 1,83% del importe bruto de la venta, la exención máxima que puede lograrse es del 30%, puesto que debe recordarse que no se permite que por aplicación de este método la EVE absorba más allá de un 46 por 100 del beneficio conjunto derivado de la venta. Si se alcanzase ese máximo tendríamos: $46\% * 15/23 = 30\%$. Este valor máximo se alcanza cuando el margen de beneficio sobre el precio de venta es igual al 4 por 100 o inferior (LARKINS, ERNEST R. y JACOBS, FRED A.: «Grouping for FSCs reduces taxable profits», *op. cit.*, pág. 162).

(22) Así lo reconocieron las propias autoridades estadounidenses (Joseph J. Guttentag, International Tax Counsel, Department of the Treasury, en Testimony to the Committee on Finance to the US Senate on July 21, 1995). (23) Así lo reconocieron las propias autoridades estadounidenses (Joseph J. Guttentag, International Tax Counsel, Department of the Treasury, en Testimony to the Committee on Finance to the US Senate on July 21, 1995).

(24) Conviene añadir que no resultaba de aplicación a las EVEs la «Subpart F» del IRC, esto es, el cuerpo de normas que impiden que pueda diferirse la tributación de los beneficios no distribuidos a sociedades vinculadas estadounidenses. De no preverse esta exclusión, la renta de la EVE habría de gravarse como renta de la matriz estadounidense (Section 951 y Section 954 IRC).

(24) Section 926(a) y 245(c) IRC. De nuevo en perjuicio de aquellas EVEs que determinaban su renta utilizando precios de transferencia (Section 482 IRC), el dividendo exento para la matriz era únicamente el que correspondía a la parte exenta de la renta de la EVE (que, como hemos señalado en una nota anterior, era del 30%). También se corregía la doble imposición cuando la EVE distribuía beneficios obtenidos en ventas a los EEUU, pues respecto de estas ventas la propia EVE ya

matriz estadounidense, por el hecho de subcontratar los servicios conexos a las ventas para la exportación a través de una sociedad interpuesta –de paja– con la forma social de una EVE se aseguraba una disminución de su renta gravable de al menos un 15 por 100 (tal y como veíamos antes, $23\% * 15/23$).

Si, por el contrario, el perceptor de los dividendos distribuidos por la EVE era una persona física o una sociedad extranjera, el dividendo percibido tributaba conforme a las reglas generales aplicables en EEUU (25). Con ello se trataba de restringir la ventaja fiscal a las sociedades matrices estadounidenses y, por otra parte, de impedir la obtención por los contribuyentes de beneficios fiscales no pretendidos por la normativa sobre EVEs.

El análisis del régimen jurídico de las EVEs nos revela que estamos ante un tipo

de sociedad que, en realidad, es sólo «de papel», esto es, cuya existencia es fundamentalmente formal y desde luego no justificada por razones propias de la actividad económica, sino enteramente debidas a motivos fiscales. Su contenido se reducía a constituir un centro de imputación de costes, incentivándose desde el ordenamiento que a la EVE se imputasen todos los costes relacionados con la venta en el exterior y que, por otro lado, afluyesen a la EVE todos los ingresos procedentes de las ventas de mercancías estadounidenses en el exterior.

Recapitulando acerca de las ideas que han quedado esbozadas, podemos concluir que, si analizamos esta figura de forma aislada, atendiendo exclusivamente a su régimen tributario, el régimen jurídico de las EVEs constituye un sinsentido (26). El sistema promueve la creación de socieda-

había quedado sometida a tributación (LARKINS, ERNEST R. y JACOBS, FRED A.: «Grouping for FSCs reduces taxable profits», *op. cit.*, pág. 162). No obstante, la situación descrita cambió con la *Tax Reform Act of 1986*, que estableció la deducción para corregir la doble imposición para el 100 por 100 de las rentas no exentas de la EVE que calculase sus beneficios utilizando precios de transferencia (GREEN, WILLIAM H.: «Changes in FSC/DISC provisions», *The International Tax Journal*, vol. 13, n° 1, 1987, pág. 74).

(25) Por ello se recomienda, en estos casos, que la EVE se organice de tal modo que el dividendo, al menos en primera instancia, sea percibido por una sociedad estadounidense (JONES, DAVID y LARKINS, ERNEST R.: «Choosing among an Interest-Charge DISC, a Foreign Sales Corporation, and a Small Foreign Sales Corporation», *op. cit.*, pág. 189).

(26) Un sinsentido generador de dificultades. Por ejemplo, la Administración tuvo que salir al paso (con argumentos criticados por su incoherencia) del intento de algunos bancos de convertirse en «anfitriones» de sociedades EVE para obtener las ventajas fiscales reservadas a estas sociedades en los servicios prestados a sus clientes en ventas para la exportación (BRUCE, CHARLES M.: «Bank-owned FSC flunks the «quack» test—PLR 8803052», *Tax Management International Journal*, vol. 17, n° 6, 1988, págs. 261-262). Por otro lado, la renta imputada a las EVE no podía beneficiarse de la deducción por doble imposición internacional, provocando con ello pérdidas fiscales en algunos casos, dado que el impuesto satisfecho en el extranjero superaba las ventajas derivadas de la utilización de la EVE. De un modo torticero, este efecto trató de paliarse permitiendo a las sociedades alterar la distribución de la renta entre la matriz y la EVE, a posteriori, una vez concluido el período impositivo, a fin de que la matriz pudiese decidir qué rentas le interesaba más percibir de forma directa para así poder aplicarse la deducción por doble imposición internacional (FEINSCHREIBER, ROBERT: «Comprehensive FSC ruling enhances tax strategies», *The International Tax Journal*, vol. 18, n° 1, 1991, págs. 76-83; también DESAI, MIR A. Y HINES JR, JAMES R.: «The uneasy marriage of export incentives and the income tax», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 8009, 2000, especialmente págs. 20-21). El hecho de que la Administración autorizase estas manipulaciones en la imputación de la renta, realizadas a posteriori, es una prueba incontestable del carácter de las EVE como sociedades pantalla. Otra fuente de dificultades fue el tratamiento de los intangibles incorporados en mercancías. Inicialmente se entendió que no podían aplicarse los beneficios de las EVE a la exportación de mercancías protegidas por derechos de autor (copyright), cuando las mismas se vendiesen conjuntamente con el derecho de reproducción. Posteriormente se permitió una excepción para las películas de cine y registros

des que carecen de contenido económico sustantivo, exigiendo toda una panoplia de requisitos meramente formales que comportan unos nada despreciables costes de cumplimiento, obteniendo a cambio como resultado únicamente aislar los costes específicos de las ventas en el extranjero. Al cumplimiento de esos requisitos formales, a la constitución y mantenimiento de sociedades de papel, se anudan unas ventajas fiscales que se erigen en la única razón de su existencia. Esas mismas ventajas fiscales podrían articularse de forma mucho más simple y, a la vez, mucho menos costosa para los contribuyentes, facilitando al propio tiempo las labores de control por parte de la Administración.

Si el análisis de la figura considerada aisladamente nos la muestra como un absurdo, habremos de analizarla en un contexto más amplio que nos permita advertir la razón de su existencia. A ese esfuerzo dedicamos ahora nuestra atención.

3. UNA PARADOJA SÓLO APARENTE

Ciertamente la obtención de los beneficios fiscales ligados al régimen de la EVE aparecen conectados al cumplimiento de una serie de requisitos formales. Ahora bien, dado que las EVEs tienen por objeto canalizar (aunque sólo sea formalmente) las operaciones de venta en el exterior de mercancías estadounidenses suministradas por sociedades matrices también estadounidenses, es fácil percibir que indirectamente lo que hace el ordenamiento es, por un lado, identificar las actividades de

exportación (de ahí los rigores exclusivamente formales a que se sujetan las EVEs) y, por otro lado, conceder un beneficio indirecto a estas actividades, puesto que sólo quien las realiza puede acceder al régimen tributario privilegiado de las EVEs. En definitiva, el ordenamiento está sirviéndose de las EVEs para incentivar las actividades de exportación, pero lo hace a través de un mecanismo complejo que comporta la interposición de sociedades pantalla. Entonces, ¿por qué servirse de unos cauces tan complejos —y costosos— para lograr un objetivo que podría lograrse con medidas de incentivación más simples?

La respuesta a esta pregunta exige adoptar una perspectiva más amplia. En efecto, hemos de comenzar por señalar que, a diferencia de lo que ocurre en la gran mayoría de los países, en los EEUU no se aplica un impuesto equivalente al IVA (27), sino que únicamente, en algunos Estados, se aplican impuestos indirectos en la fase minorista. Ello significa que, para mantener un nivel de gasto público equivalente al de otras naciones desarrolladas, los EEUU necesitan ejercer una mayor presión recaudatoria sobre la imposición directa. Se comprende así que, en la estructura impositiva de los Estados Unidos, la imposición directa alcance un mayor peso relativo que en otros países desarrollados.

Esta estructura impositiva tiene un efecto penalizador sobre el sector exterior de la economía. Para comprobarlo, comparemos la situación a la que se enfrenta un exportador estadounidense frente a, por

sonoros, que computaban como «export property» aunque el importe de la venta incluyese el pago por derechos de reproducción. Ello provocó las justificadas quejas de la industria informática estadounidense, que se sintió discriminada (KASTANIS, DAVID J.: «Treatment of computer software under the FSC provisions of the IRC», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 19, n° 3, 1996, págs. 597-628). Finalmente se modificó la normativa para que también el software pudiese acogerse al régimen de las EVEs [Section 1171(a) of Public Law 105-34, por la que se modificó la Subsection (a)(2)(B) of Section 927 IRC].

(27) De hecho, Estados Unidos es en la actualidad el único Estado miembro de la OCDE que no aplica un impuesto basado en el modelo IVA (ÁLVAREZ, ALONSO, GAGO y GONZÁLEZ en «Tendencias recientes de la fiscalidad internacional», *Papeles de Economía Española*, n° 87, 2001, pág. 15).

ejemplo, un exportador europeo. El exportador europeo goza de una exención «plena» en el IVA cuando exporta sus mercancías, lo cual significa que sus mercancías salen de la UE libres de imposición indirecta. Posteriormente son importadas en los EEUU, satisfaciendo los correspondientes derechos de aduana y, a menos que el Estado en que se vendan aplique un impuesto indirecto en fase minorista (cuyo tipo más elevado es el 7 por 100 en la ciudad de Nueva York), no habrá de satisfacer impuestos adicionales.

Observemos ahora, por el contrario, qué ocurre cuando un fabricante estadounidense intenta vender sus productos en Europa. Con ocasión de la exportación no va a gozar de ninguna ventaja tributaria (no tengamos en cuenta cuanto acabamos de exponer acerca de las EVEs). Por tanto, las mercancías salen de los EEUU soportando toda la carga tributaria que aplica su sistema tributario. Cuando las mercancías son importadas en la UE, habrán de satisfacer los correspondientes derechos de aduana (calculados sobre una base imponible más elevada, pues las mercancías incorporan en su valor una mayor porción de carga tributaria de origen). A continuación se le exigirá el IVA a la importación, aumentando todavía más el componente fiscal de su coste.

El resultado es que las diferencias en la estructura de los sistemas tributarios favorecen a los exportadores europeos y perjudican a los exportadores estadounidenses. Los productos americanos, cuando son exportados a Europa, incorporan un coste fiscal más elevado que los productos europeos importados en los EEUU. Los EEUU son muy conscientes de la existencia de esta desventaja, y han tratado de presionar por diversas vías para tratar de poner en pie medidas tendentes a compensarla (28).

En 1971, en un contexto de debilidad de la economía estadounidense por el desgaste bélico en Asia, se estableció la normativa sobre las *Domestic International Sales Corporation* (DISC) (29). Esta figura, respecto de la cual se reconocía abiertamente que constituían sociedades de papel (30), permitía diferir de forma indefinida la tributación de las rentas obtenidas por la exportación de mercancías americanas al exterior, puesto que la renta atribuida a la DISC (la obtenida con las ventas para la exportación) no tributaba en tanto que no fuera distribuida. Con este mecanismo, por tanto, se trataba de aliviar a las mercancías americanas de la carga tributaria que comporta la tributación directa a fin de hacerlas más competitivas en los mercados exteriores (31).

(28) En un exhaustivo estudio realizado en 1974, la Comisión Arancelaria estadounidense analizó el impacto de lo que denominó «impuestos en frontera», con especial referencia al IVA de los países comunitarios (*Trade Barriers. Part II. Nontariff barriers. Report to the Committee on Finance of the United States Senate and its Subcommittee on International Trade*, vol. 5, US Tariff Commission, 1974). El informe se hace eco, asimismo, del fuerte desasosiego que en los círculos empresariales de aquel país provoca esta cuestión. Especialmente ilustrativas son las palabras de F. J. Borch, por entonces Presidente del Consejo de General Electric, poniendo de manifiesto la asimetría que ya hemos comentado (*Trade Barriers, op. cit.*, vol. 5, pág. 40). Se hace mención, como hiriente, de la publicidad de un modisto francés que, al parecer, ofrecía en Washington sus prendas al mismo precio que en París, porque compensaba sus mayores costes con la «subvención a la exportación» que le satisfacía su gobierno (exención del IVA).

(29) H.R. Rep. No. 533, 92d Cong., 1st Sess.1 (1971); S. Rep. No. 437, 92d Cong., 1st Sess. 1 (1971). La regulación de las DISC se insertó en las *Sections 991-997 IRC*. Un repaso a los antecedentes de la EVE pueden verse en US Department of the Treasury: *The operation and effect of the Foreign Sales Corporation Legislation: January 1, 1985 to June 30, 1988* (1993).

(30) JONES, DAVID y LARKINS, ERNEST R.: «Choosing among an Interest-Charge DISC, a Foreign Sales Corporation, and a Small Foreign Sales Corporation», *op. cit.*, pág. 195.

(31) Buena cuenta del éxito alcanzado por las DISC la ofrece el dato de que llegaron a figurar registradas como tales 13.796 sociedades en 1979 (Department of the Treasury: *The operation and effect of the Domestic International Sales Corporation Legislation: 1979 Annual Report* [U.S. G.P.O., 1981], pág. 25).

Ante las quejas formuladas frente a este régimen tributario, a la cabeza de las cuales se situaron los países europeos, por constituir estas medidas una subvención encubierta a las exportaciones prohibidas por el GATT (32), los EEUU decidieron poner fin a la normativa sobre las DISC existente y ensayar otras fórmulas alternativas para obtener un resultado semejante (33). Es interesante observar que, cuando en 1984 se abolieron las DISC (en la misma ley en que se crearon las EVEs) se decidió que las rentas cuya tributación había sido diferida hasta ese momento quedasen exentas. Esta disposición resulta llamativa si se tiene en cuenta que, según pretendían las autoridades estadounidenses, el sistema de las DISC se dirigían simplemente a ofrecer un diferimiento del gravamen, y no la exención de gravamen. Lo que queda de manifiesto es que la voluntad última no era la de conceder únicamente el beneficio del diferimiento indefinido, sino conceder la exención de estas rentas obtenidas por la exportación de mercancías estadounidenses.

Cuando trató de justificarse el por qué de esta medida de exención, se señaló que el objeto de la DISC era conceder una ventaja fiscal y que, si se hiciera tributar el beneficio acumulado y no distribuido de la DISC, el sistema no hubiera desplegado el incentivo pretendido, colocando por el contrario a los contribuyentes ante la situación comprometida de hacer frente en el período impositivo en que se produjo la extinción de la DISC a la carga tributaria derivada de rentas acumuladas a lo largo de todos los ejercicios anteriores en que se acogieron al sistema. Por otra parte, se argumentó también, no parecía razonable exigir un gravamen a los contribuyentes a quienes se había generado una expectativa de diferimiento indefinido, pues tal gravamen sólo se devengaba por un cambio en la normativa (que imponía la desaparición de las DISC), no siendo imputable a una conducta de los propios contribuyentes (34). El resultado fue lo que se ha calificado como una lluvia millonaria en forma de ahorro fiscal para las empresas americanas que habían constituido sociedades DISC como vehículo formal para realizar sus exportaciones (35).

(32) Las normas que regulaban las DISC fueron declaradas contrarias al GATT por constituir una subvención a la exportación prohibida, infringiendo el párrafo 4 del artículo XVI del GATT 1947 [Informe del Grupo Especial sobre el asunto «Legislación fiscal de los Estados Unidos (DISC)», L/3851, 7 y 8 de diciembre de 1981, IBDD 23S/107, 126].

(33) Como hemos señalado en una nota anterior, junto a las *Foreign Sales Corporations* (EVE en español), la *Tax Reform Act of 1984* introdujo también las «*Small Foreign Sales Corporations*» y las «*Interest-charge DISC*», una nueva versión de las DISC anteriormente vigentes que, al igual que aquellas, ofrecía como incentivo el diferimiento del gravamen para los beneficios no distribuidos, pero con la peculiaridad de que debía satisfacerse un pago de intereses al Estado por las rentas acumuladas cuya tributación se difería (de ahí la denominación «*Interest-charge DISC*»). El interés era el correspondiente al tipo medio de subasta de los «U.S. T bills» con período de maduración de 52 semanas registrado en un período anual que concluía el 30 de septiembre de cada año.

El carácter equivalente de las nuevas medidas respecto a las normas sobre DISC derogadas aparece recogido en *General Explanation of the Revenue Provisions of the Tax Reform Act of 1984*, en «*Explanation of Provisions*», Section C.1.

(34) JONES, DAVID y LARKINS, ERNEST R.: «Choosing among an Interest-Charge DISC, a Foreign Sales Corporation, and a Small Foreign Sales Corporation», *op. cit.*, págs. 182 y 196.

(35) Debe señalarse también que el mecanismo de funcionamiento de la DISC muy posiblemente estaba abocado al agotamiento. Téngase en cuenta que el beneficio de que disfrutaban consistía en diferir la tributación de los beneficios de la actividad exportadora hasta el momento en que esos beneficios fuesen repartidos por la DISC. Eso significaba que, para poder obtener ventajas fiscales, los beneficios debían quedar «embalsados» en la DISC, sin posibilidad de sacarlos de ella. Como quiera que el objeto de la DISC venía limitado a las formalidades de la actividad exportadora, esto dificultaba aplicar esos recursos acumulados de forma productiva. De hecho, esta circunstancia se destaca como factor que puede desaconsejar optar por la nueva figura de las *Interest-charge DISC*, dado que además puede ocurrir que la acumulación de estos recursos cause que

Lo anterior no viene sino a reforzar la convicción acerca de cuáles son los propósitos a los que servían las DISC y que ahora se encomiendan a las EVEs: ofrecer una ventaja fiscal a los exportadores de mercancías, sirviéndose para ello de un disfraz más o menos elaborado de sociedades pantalla. Se comprende ahora la complejidad formal que rodea a la regulación de las EVE: su objetivo no es otro que disfrazar, con una apariencia de contenido, un sistema que tiene por único objetivo conceder incentivos fiscales a la exportación, sistema de dudosa legalidad a la vista de los compromisos comerciales contraídos por los EEUU.

4. LAS FOREIGN SALES CORPORATIONS (EVE) ANTE LA OMC

4.1. Aspectos fiscales del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC

El régimen jurídico-tributario de las EVE no pasaría de ser una curiosa forma de conceder beneficios fiscales si no fuese porque, en el marco de los Acuerdos que acompañan al establecimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC), se

contienen disposiciones que prohíben ciertas subvenciones o ayudas públicas a la exportación (36). En particular, son relevantes para nuestra discusión los artículos 1 y 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias («Acuerdo SMC») (37). Por lo que hace al artículo 1, su texto se dirige a definir el término «subvención» a los efectos del Acuerdo SMC, como una contribución financiera pública mediante la cual se otorga un beneficio y que tiene una de sus formas en la condonación o no recaudación de «ingresos públicos que en otros casos se percibirían».

Ahora bien, conforme al artículo 1.2, los efectos jurídicos previstos en el Acuerdo no se van a desplegar sobre cualquier medida que, de acuerdo con esta definición, tenga el carácter de «subvención», sino que tales efectos jurídicos quedan reservados, con carácter general, para aquellas medidas que, pudiendo considerarse subvenciones, quiepa calificarlas además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, como «específicas». Con este propósito el artículo 2 se sirve de distintos criterios para establecer la especificidad de una subvención, tales como el límite explícito al acceso a su disfrute [2.1.a)]; el dato empírico de que sólo un grupo reducido de sujetos resulten beneficiarios [2.1.c)]; la li-

no se satisfaga el requisito de que el 95% de sus ingresos brutos provengan de ventas para la exportación (JONES, DAVID y LARKINS, ERNEST R.: «Choosing among an Interest-Charge DISC, a Foreign Sales Corporation, and a Small Foreign Sales Corporation», *op. cit.*, págs. 181-192 y 196).

(36) El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) así como los Acuerdos que lo acompañan y forman un todo con él pueden consultarse en el Suplemento al BOE de 24 de enero de 1995. También están disponibles en la red internet, en la dirección www.wto.org.

Un análisis general de este Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias puede verse en BENITAH, MARC: *The law of subsidies under the GATT/WTO system*, Kluwer Law International, 2001; LUJA, RAYMOND H.C.: *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO. A view on State aids, trade subsidies and direct taxation*, Intersentia, Antwerpen, 2003; ZAMPETTI, AMERICO B.: «The Uruguay Round Agreement on subsidies. A forward looking assessment», *The Journal of World Trade*, n° 6, 1995, págs. 5-29.

(37) El régimen de las EVE fue también recurrido por la Comunidad por contravenir las disposiciones del Acuerdo sobre Agricultura que, de forma análoga, prohíben la concesión de subvenciones a la exportación de productos agrícolas [artículos 3 y 8, en conexión con el párrafo 1 d) del artículo 9 y con los párrafos 1 y 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura]. Omitimos hacer referencia a esta cuestión específica, que complicaría en exceso la exposición. Puede encontrarse abundante referencia en los documentos de la OMC sobre el asunto «Empresas de Ventas en el Extranjero», que integran la serie WT/DS108/.

mitación del beneficio a una región geográfica de la jurisdicción de la autoridad otorgante (2.2); y un criterio de delimitación negativo, pues no se considerarán específicas las subvenciones concedidas por aplicación de criterios objetivos (imparciales, de carácter económico y de aplicación horizontal) siempre que el derecho a disfrutarlas sea automático.

Con todo, a los efectos de nuestro estudio nos interesa especialmente lo dispuesto en el Artículo 2.3, en el que se ordena que «toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica». Justamente el artículo 3 del Acuerdo SMC establece las reglas que han de permitir identificar las subvenciones prohibidas, y lo hace con las siguientes palabras:

«Artículo 3.1. A reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas:

- a) Las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I.
- b) Las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras condiciones».

Como puede observarse, la letra a) del apartado 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC nos remite a un listado de subvenciones prohibidas que se recogen, a título de ejemplo (es decir, sin carácter exhaustivo) en el Anexo I. En este listado del Anexo I aparecen relacionadas algunas subvenciones que carecen de interés desde la perspectiva tributaria. Centrándonos, en cambio, en aquellos supuestos que sí se refieren a medidas de carácter tributario, po-

demostramos sistematizar su contenido del siguiente modo:

1. En primer lugar, se contienen dos reglas en *materia de imposición directa*, en las letras e) y f). En virtud de lo dispuesto en la letra e), se considera subvención prohibida:

«e) la exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales»

Se prohíben, en definitiva, las ventajas fiscales relacionadas específicamente con las exportaciones, puesto que el término «remisión» comprende la reducción del impuesto a pagar (38). Debe destacarse, en cualquier caso, que mediante nota a pie se aclara: a) que la concesión de un aplazamiento en el pago (sistema de diferimiento) no se considerará subvención a la exportación cuando se exijan los intereses correspondientes; b) que deben utilizarse los precios «entre empresas independientes» para valorar las transacciones entre partes vinculadas; y c) que esta norma no puede entenderse que impida la posibilidad de adoptar medidas destinadas a evitar la doble imposición internacional (39). Esta última regla relativa a las medidas destinadas a evitar la doble imposición constituyó un núcleo fundamental de las discusiones en el asunto que examinamos.

El segundo supuesto de subvención prohibida del Anexo I en materia de imposición directa se contiene en la letra f), que prohíbe:

f) La concesión, para el cálculo de la base sobre la cual se aplican los impuestos directos, de deducciones especiales directamente relacionadas con las exportaciones o los resultados de exportación, superiores a las concedidas respecto de la producción destinada al consumo interno.

(38) Las nota 58 se dirige a definir el contenido de diversos términos empleados en el texto al objeto de la aplicación del Acuerdo SMC («impuestos directos», «cargas a la importación», «impuestos indirectos», «que recaigan en etapas anteriores», «en cascada», «remisión» y «remisión o devolución»).

(39) Nota a pie 59, Acuerdo SMC.

Podemos observar que en este caso la norma se dirige a examinar la forma en que un ordenamiento calcula la base imponible, como magnitud relevante para la cuantificación del tributo. Por ello cabe interpretar que, mientras lo dispuesto en la letra e) se dirige a regular las ventajas aplicadas sobre el impuesto ya determinado (sobre la cuota), la letra f) ordena la prohibición de ventajas en el proceso de cuantificación que conduce a esa magnitud. En este caso no sólo se prohíben las ventajas «directamente relacionadas con las exportaciones», como hace la letra e), sino también aquellas que se hacen depender de «los resultados de la exportación».

2. En segundo lugar, en el Anexo I se contienen dos modalidades de normas prohibidas en *el ámbito de la imposición indirecta*. La primera de ellas se contiene en la letra g), que prohíbe:

«g) La exención o remisión de impuestos indirectos sobre la producción y distribución de productos exportados, por una cuantía que exceda de los impuestos percibidos sobre la producción y distribución de productos similares cuando se venden en el mercado interno».

Es importante destacar, respecto a lo dispuesto en esta letra, que lo que se prohíbe no es eximir o redimir de impuestos indirectos con ocasión de la exportación de mercancías: lo que se prohíbe es eximir o redimir en exceso, esto es, más allá de la carga soportada por las mercancías en su proceso productivo («por una cuantía que exceda los impuestos percibidos»). Por ello es perfectamente compatible con el Acuer-

do SMC la norma del IVA en virtud de la cual las exportaciones gozan de una exención plena en este impuesto. La norma, en definitiva, permite liberar a las mercancías que se exportan de toda la carga tributaria que efectivamente han soportado en concepto de imposición indirecta.

Por su parte la letra h) del Anexo I contiene una regulación análoga a la de la letra g), pero respecto de los impuestos indirectos en cascada (40).

3. En tercer y último lugar, la letra i) del Anexo I contiene una regla de prohibición *en materia de tributos a la importación* (41). Esta norma intenta salir al paso de una posible utilización abusiva de las facilidades que se conceden en el marco de los mecanismos que, en el ámbito del Derecho comunitario, se denominan «régimen de perfeccionamiento activo». Este régimen aduanero permite importar mercancías libres de derechos de importación con la condición de que el operador económico exporte los productos que resulten de su transformación (42). Se consigue así incentivar la actividad económica, desarrollada en el territorio aduanero de la Comunidad, que se sirve de insumos importados para producir mercancías que se van a destinar a los mercados exteriores. El objetivo de esta norma de la OMC estriba en impedir que esa facilidad vaya más allá de la exención de los tributos aduaneros que corresponden a los insumos importados que se han incorporado en las mercancías exportadas, esto es, se trata de impedir que el régimen de perfeccionamiento activo constituya ocasión para

(40) También ha de tenerse en cuenta, en relación con el apartado h), lo dispuesto en el Anexo II, «Directrices sobre los insumos consumidos en el proceso de producción».

(41) La letra i) utiliza la expresión «cargas a la importación», que la nota 58 define como «los derechos de aduana, otros derechos y otras cargas fiscales no mencionados en otra parte de la presente nota que se perciban sobre las importaciones».

(42) Acerca del contenido del régimen de perfeccionamiento activo, véase IBÁÑEZ MARSILLA, S.: *Derecho tributario aduanero*, 2000, Iurisnet.com, p. 182-188; GALERA RODRIGO, S.: *Derecho aduanero español y comunitario*, Civitas, Madrid, 1995, p. 372-387; PELECHÁ ZOZAYA, F.: *El Código Aduanero comunitario y su aplicación en España*, Marcial Pons, 1995, p. 167-168; ABAJO ANTON, L.M.: *El despacho aduanero*, Confemetal, 2000, p. 350-365. La regulación de este régimen se contiene en los artículos 114 a 128 Código Aduanero Comunitario (CAC) y 536 a 550 de su Reglamento de Aplicación (RACAC).

ofrecer ventajas fiscales que vayan más allá de lo que comporta su contenido propio.

Por otra parte la norma también permite la utilización de una modalidad dentro del régimen de perfeccionamiento activo, a la que el ordenamiento comunitario denomina «compensación por equivalencia». Este régimen permite que el operador comunitario realice en primer término la exportación de mercancías y que, producida ésta, pueda importar, sin satisfacer por ello tributos a la importación, mercancías del exterior equivalentes a las que se utilizaron para producir aquellas mercancías que han sido objeto de exportación. Respecto al supuesto general del régimen de perfeccionamiento activo esta modalidad supone, por consiguiente, alterar el orden en su mecánica operativa, puesto que se invierte el proceso lógico. Ahora bien, el resultado económico es en ambos casos el mismo: el exportador va a lograr introducir en el territorio aduanero los insumos necesarios para producir las mercancías exportadas sin satisfacer por ello tributos aduaneros.

Además de las subvenciones prohibidas, reguladas en el Artículo 3 Acuerdo SMC y desarrolladas en su Anexo I, el Acuerdo SMC también define las «subvenciones recurribles» como aquellas que, siendo específicas conforme a lo dispuesto en el Artículo 2, causan efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros (43). Dentro de esta categoría de subvenciones y,

por lo que hace a las medidas tributarias susceptibles de quedar comprendidas en su ámbito, hemos de referirnos a las «subvenciones» (44) para cubrir pérdidas de explotación sufridas por una empresa (45), y a la condonación de deuda de la que sea acreedor el gobierno (46). Por otro lado, el concepto de «subvención recurrible» debe ser matizado conforme al Artículo 8.2 Acuerdo SMC, puesto que este precepto califica como no recurribles las subvenciones que, a pesar de ser específicas, por una parte no encajan en la definición de subvención prohibida del Artículo 3 y por otra parte, además, tienen por objeto la asistencia para actividades de investigación, la asistencia para regiones desfavorecidas o la asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales, en los términos que regula este precepto.

4.2. Las EVE y el Acuerdo SMC de la OMC

Atendidas las ideas anteriores acerca de las normas con implicaciones fiscales más relevantes del Acuerdo SMC, podemos ahora cuestionar su compatibilidad con el régimen jurídico-tributario de las EVE que hemos descrito. Y, en este sentido, debemos señalar que la Comunidad Europea hizo uso de las posibilidades de reacción que se contemplan en el Acuerdo sobre Solución de Diferencias de la OMC (ESD) (47) justamente con este propósito.

(43) Véanse los Artículos 5, 6 y 7 Acuerdo SMC. Al respecto puede consultarse LUJA, RAYMOND H.C.: «WTO Agreements versus the EC fiscal aid regime: impact on direct taxation», *Intertax*, vol. 27, n° 6-7, p. 207-225, especialmente págs. 208 y 209.

(44) Recuértese que el concepto de «subvención» a estos efectos es el que se contiene en el Artículo 1 Acuerdo SMC.

(45) Véase el Artículo 6.1.c) Acuerdo SMC. El precepto excluye como subvención recurrible a aquellas que constituyan «medidas excepcionales, que no sean recurrentes ni puedan repetirse para esa empresa y que se apliquen simplemente para dar tiempo a que se hallen soluciones a largo plazo y se eviten graves problemas sociales».

(46) Véase el Artículo 6.1.d) Acuerdo SMC. El precepto también ordena que se comprendan como subvención recurrible las «donaciones para cubrir el reembolso de deuda».

(47) «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias» (ESD), recogido en el Anexo 2 al Acuerdo por el que se establece la OMC (Suplemento al BOE de 24-I-1995, págs. 190 y ss.). Los documentos de la OMC en los que se sustancian los procedimientos interpuestos por la Comunidad contra los Estados Unidos en relación con las normas

El aludido Acuerdo ESD prevé una serie de mecanismos a fin de llegar a una solución amistosa de la disputa entre los Miembros del Acuerdo (48). Cuando estos medios amistosos fracasan, se contemplan dos instancias sucesivas para la solución de las diferencias. La primera es la creación de un Grupo Especial (panel) formado por expertos que estudian el problema y formulan una decisión basada en Derecho. Si una de las partes no se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas por el Grupo Especial, puede apelar contra ellas ante el Órgano de Apelación. Las conclusiones del Órgano de Apelación son trasladadas al Órgano de Solución de Diferencias (49), que las adoptará a menos que decida por consenso no adoptarlo (cosa nada frecuente en la práctica).

La argumentación de la Comunidad para solicitar que se declarase que las EVE constituyen una subvención prohibida consistió en exponer el régimen jurídico-tributario de las EVE, poniendo de relieve cómo el mismo se resuelve en que la sociedad matriz estadounidense deja de pagar Impuesto sobre Sociedades sobre una por-

ción de sus beneficios en ventas para la exportación de mercancías estadounidenses, que puede oscilar entre un 15 y un 30 por 100. Y todo ello a través de la interposición de una sociedad meramente aparente, la EVE, carente de todo contenido real, que no es más que un centro de imputación de costes que subcontrata todas las actividades que asume y que sólo existe porque la norma fiscal promueve su constitución.

Las pruebas aportadas para apoyar todas estas conclusiones pueden calificarse de incontestables. No ya sólo porque el mero examen del régimen jurídico deja poco resquicio a la duda, sino porque desde la propia Administración estadounidense se elaboró toda una panoplia de documentos oficiales diseñados para congraciarse con la comunidad exportadora en los que, sin ningún recato, se calificaba a las EVE de incentivo fiscal a las exportaciones, llegando incluso a expresarlo desde el mismo título de los documentos (50).

Por otro lado, la legislación fiscal estadounidense debe ir acompañada de un estudio económico en el que se examine el

reguladoras de las EVE se integran en la serie «WT/DS108/», seguidos de un número o letras que identifican cada concreto documento. De especial interés para el caso son los documentos WT/DS108/AB/R, donde se contiene el Informe del Órgano de Apelación; WT/DS108/R donde se contiene el Informe del Grupo Especial.

(48) Acerca del funcionamiento de los mecanismos para la solución de diferencias, su naturaleza y eficacia jurídica, pueden verse los siguientes trabajos MONTAÑA MORA, M.: *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT. Una nueva era en la solución de diferencias comerciales*, McGraw-Hill, 1997; VVAA: *Dispute resolution in the WTO*, Cameron May Limited, 1998; JACKSON, JOHN H.: *The World Trade Organization. Constitution and jurisprudence*, Royal Institute of International Affairs, 1998, especialmente el Capítulo 4 «Dispute settlement and the WTO»; MILLET, MONTSERRAT: *La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC*, Servicio de Estudios de La Caixa, 2001, especialmente el Capítulo X: «Disposiciones destinadas a garantizar el cumplimiento de los acuerdos»; CASTILLO URRUTIA, J.A.: «La judicialización de la normativa multilateral sobre comercio internacional», *Noticias de la UE*, n° 129, 1995, págs. 39 y ss.; SUDDARDS, HAMMOND: *An anatomy of the World trade Organization*, Kluwer Law international, Deventer, 1997, págs. 64 y ss; VALLES, C.M. y MCGIVERN, B.P.: «The right to retaliate under the WTO Agreement. The 'sequencing problem'», *Journal of World Trade*, vol. 34, n° 2, 2000, págs. 63-84.

(49) El Órgano de Solución de Diferencias es el encargado de administrar y conducir todo el sistema de solución de diferencias establecido en el Acuerdo ESD (véase su artículo 2).

(50) Nos referimos a US Chief Counsel for International Commerce: *Foreign Sales Corporations - A tax incentive for US exporters*, US Department of Commerce (citado en Documento OMC WT/DS 108/R, párrafo 4.161). También son clarificadores algunos pasajes, citados en este mismo documento de la OMC, del testimonio de JOSEPH J. GUTTENTAG, International Tax Counsel, Department of the Treasury, en *Testimony to the Committee on Finance to the US Senate on July 21, 1995*.

impacto de las medidas que contiene. Estos estudios económicos, realizados con técnicas muy sofisticadas, ponían de manifiesto que el régimen de las EVE comportaba un gasto fiscal a las arcas públicas, y como tal era considerado (51), lo cual delata la existencia de un «contribución financiera» que, como hemos señalado, es uno de los presupuestos para apreciar que estamos ante una subvención. Algunos Estados de la Unión se habían convertido en socios promotores de EVEs a favor de empresas radicadas en su respectivo ámbito territorial.

Pero si las pruebas basadas en actos de los propios entes públicos eran incontestables, existían además pruebas de otro carácter no menos convincentes. Los artículos publicados en revistas especializadas estadounidenses contenían estudios científicos exhaustivos en los que se daba cuenta de las enormes posibilidades de planificación fiscal ofrecidas por la normativa sobre EVE, así como consejos acerca de cómo debían operar, con qué criterios estaba aplicando la normativa la Administración, cómo se ampliaba sucesivamente el ámbito de mercancía que podían beneficiarse del régimen (recordemos en este sentido, por ejemplo, que paulatinamente incluyó a las producciones cinematográficas y registros sonoros, para posteriormente incluir también el software). En estos estudios se presentaba el régimen de las EVEs sin tapujos, como un beneficio

fiscal a la exportación sometido a unos molestos requisitos formales que el exportador debía conocer (52).

Un tema predilecto de análisis era el relativo a la utilización más ventajosa posible de los métodos objetivos de atribución de la renta a la EVE, materia que alcanzaba cierta complejidad puesto que la norma permitía al contribuyente decidir qué método aplicar a cada concreta venta. El sistema se refinó de tal modo que terminó automatizándose este aspecto de la gestión de las EVE, mediante la utilización de un programa informático específicamente diseñado para este fin.

Algunos datos dirigidos a instruir a los hipotéticos lectores acerca de cómo funcionaban las EVEs eran sangrantes. Por ejemplo, el que informaba que una sociedad estadounidense podía obtener todas las ventajas fiscales de una EVE contratando todas las formalidades con una empresa de servicios especializada por tan sólo 2.000 dólares al año (53). O los consejos acerca de cómo cumplir con el requisito de las reuniones del consejo de administración en el extranjero por vía telefónica, o de la ventaja de crear la EVE en las Islas Vírgenes americanas porque es una isla caribeña muy adecuada para esas reuniones...

Frente a estas alegaciones, los EEUU se sirvieron de varias líneas de defensa. En primer lugar, cuestionaron la idoneidad del

(51) Sobre las EVE se elaboraron dos estudios de impacto económico, titulados *The operation and effect of the Foreign Sales Corporation Legislation*, realizados por Department of the Treasury, en 1993 y 1997. Véase también *General explanation of the revenue provisions of the Tax Reform Act of 1984*.

(52) Las citas a los artículos manejados como prueba por la Comunidad no son siempre académicamente correctas (a veces no se cita el autor, o el número de la revista, etc.) pero, con estas limitaciones, podemos entresacar los siguientes trabajos: «A FSCful of dollars: Maximizing FSC benefits through transaction level pricing», *Tax Notes International*; WALLACE, DAVID: «A middleman that offers tax savings», *South Florida Business Journal*, 24 febrero 1997; WEIZMAN, LEIF: «The making of an export subsidy: DISCs and FSCs in compliance with the GATT», *World Competition Law Review*, vol. 12, n° 3, 1989, pág. 57; CAPLAN y CHAMETZKY: «DISCs and FSCs: providers of economic incentives for wholly-owned domestic exporters», *Brooklyn Journal of International Law*, pág. 12; RYAN: «An analysis of the GATT-compatibility of the new Foreign Sales Corporation», *Santa Clara Law Review*, vol. 26, p. 705; WESTIN: «Addressing tax revolutions that lack empirical validity», *Tax Analyst*, 1997.

(53) Véase la referencia en el Documento OMC WT/DS 108/R, párrafo 4.194.

marco del GATT para la sustanciación de disputas de naturaleza fiscal (54). En segundo lugar esgrimieron la soberanía de cada país a la hora de diseñar su sistema fiscal, apuntando la complejidad de las estructuras impositivas en relación con la tributación de las rentas obtenidas en el extranjero y señalando que la regulación de todos los países contiene normas que contemplan especialidades al respecto y mecanismos dirigidos a evitar o suavizar la doble imposición (55). La configuración concreta de estas medidas es un asunto que, en opinión de los EEUU, sólo incumbe a los órganos soberanos de cada Estado, no resultando admisible que se intente incidir en esa decisión alegando la vulneración de normas comerciales.

La respuesta a esta alegación por parte del Grupo Especial es contundente: «Los Estados Unidos tienen libertad para mantener un sistema fiscal de ámbito mundial, un sistema territorial o cualquier otro tipo de sistema que prefieran. A la OMC esto no le interesa. Lo que los Estados Unidos no pueden hacer es establecer un régimen de tributación directa, otorgar una exención de impuestos directos específicamente relacionada con las exportaciones y después alegar que tiene derecho a otorgar tal subvención a la exportación porque es necesario eliminar una desventaja para los exportadores creada por el propio sistema fiscal estadounidense» (56).

El Grupo Especial, en el párrafo transcrito acoge el que se ha denominado como «*but for test*», que consiste en analizar el efecto que la medida enjuiciada despliega en el contexto del ordenamiento jurídico en que se inserta (57). Es decir, el método utilizado no consiste en comparar distintos ordenamientos para decidir si uno es más o menos proteccionista que los otros, puesto que tal metodología es fácil comprender que resulta estéril. Los ordenamientos son sistemas muy complejos y es difícil evaluar su impacto sobre el comercio, lo cual exigiría además conocer el modo en que cada ordenamiento se aplica en la práctica. De ahí que se opte por mantenerse en el marco estricto del ordenamiento que se somete a análisis y se intenta determinar si la norma controvertida supone una subvención (una ventaja fiscal) que, *de jure o de facto*, se supedita a los resultados de la exportación. Si merced a la existencia de la norma controvertida se accede a una ventaja que no podría disfrutarse en ausencia de ella, y el acceso a esa ventaja se conecta con los resultados de las exportaciones, entonces la norma controvertida se califica como subvención prohibida.

Además de revelarse como un método operativo, dado que resulta relativamente sencillo determinar el efecto de una norma en el contexto de un ordenamiento jurídico dado, el *but for test* es un método que reúne otras cualidades importantes.

(54) A este respecto, los EEUU advirtieron que «el GATT se encontró envuelto en una controversia durante un decenio que obstaculizó la capacidad del GATT de cumplir su misión de reducir los obstáculos arancelarios, y que puso de manifiesto que una organización basada en el comercio no es el órgano más adecuado para establecer normas internacionales fundamentales en materia fiscal» (Documento OMC WT/DS108/R, párrafo 4.309).

(55) La endeblez de este argumento resulta palmaria cuando se tiene en cuenta que alrededor del 80 por 100 de las EVEs se crearon en las Islas Vírgenes americanas, un territorio bajo la soberanía de los propios EEUU, lo cual viene a revelar que no estamos ante rentas obtenidas en el extranjero, como se pretende. Simplemente se genera una apariencia en tal sentido, pero que difícilmente logra ser convincente.

(56) Informe del Grupo Especial, Documento OMC WT/DS108/R, párrafo 7.122. Otra línea argumental de los EEUU consiste en destacar el supuesto contenido efectivo de las sociedades EVE, pero estimamos que la exposición que ya hemos realizado de su régimen jurídico nos exime ahora de referirnos a estas cuestiones. Como hemos señalado, la propia Administración de los EEUU, a través de documentos oficiales, dio buena cuenta de cuál era el contenido de las EVE.

(57) La metodología del *but for test* es también la que se utiliza en los esfuerzos de la OCDE para combatir la competencia fiscal perniciosa y en el denominado «Código de Conducta» pactado por los países miembros de la UE.

En particular debe destacarse que resulta respetuoso con la opción de cada país acerca de cómo diseñar su sistema tributario. Un país puede elegir imponer una carga tributaria mayor o menor y ello no será apreciado como una «subvención» prohibida. Un país puede preferir decantarse por la imposición indirecta, frente a la imposición directa, y esta opción no será apreciada como «subvención», o a la inversa, puede decantarse por dar primacía a la imposición directa sobre la indirecta y de nuevo esa opción resultará válida. En definitiva, el *but for test* únicamente limita las opciones en el diseño del sistema tributario en el sentido de exigir que las operaciones de exportación no sean tratadas de forma específica y más ventajosa que las restantes actividades económicas.

Ahora bien, el Órgano de Apelación (OA) matizó esta doctrina del *but for test* propiciada por el Grupo de Especial (58). En particular, observó que este tipo de análisis sólo resulta posible cuando existe una regla general respecto de la cual la norma controvertida constituye un trato especial. Ahora bien, continúa el razonamiento del OA, un país podría diseñar su sistema tributario de forma que no fuera posible identificar tal regla general. Por ello el contraste que propugna el OA consiste en comparar el régimen que resulta por aplicación de la norma controvertida y el régimen que resultaría por aplicación de «un punto de referencia normativo, definido» (*defined, normative benchmark*), el cual cabe interpretar que se obtiene mediante una labor de abstracción a partir del análisis del sistema tributario de que se trate (59).

Quizá el argumento esgrimido por los EEUU de mayor calado jurídico fue el que tenía como fundamento lo dispuesto en la nota a pie de página número 59 del Acuerdo SMC, en relación a que el concepto de subvención prohibida «no tiene por objeto coartar la posibilidad de un Miembro de adoptar medidas destinadas a evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero devengados por sus empresas o por las empresas de otro Miembro». Respecto de esta alegación, el Informe del Grupo Especial destacó, en primer lugar, que esta nota no es relevante para determinar el concepto de subvención (artículo 1 Acuerdo SMC), sino para determinar si una subvención debe o no considerarse prohibida (artículo 3). El régimen de las EVE constituye una subvención, tal y como este término es definido en el Acuerdo, porque de no existir estas normas se percibirían unos ingresos fiscales que dejan de percibirse, como queda probado atendiendo a documentos públicos elaborados por el propio Gobierno de los EEUU.

A la hora de analizar si las EVE constituyen una subvención prohibida, el Grupo Especial señala, en primer lugar, que la controvertida nota 59 no dice que los Miembros excluyan de la consideración como subvención prohibida a las exenciones de impuestos directos relacionados específicamente con las exportaciones. Si esa hubiese sido realmente la voluntad de los Miembros, como pretenden los EEUU, nada les hubiese impedido realizar una mención explícita. En consecuencia, debe distinguirse entre las medidas que, con carácter general, tienden a corregir la doble imposición, de aquellas otras medidas

(58) Documento OMC WT/DS108/AB/R, párrafos 90-91. El OA observa que el examen basado en el *but for test* es adecuado en el asunto EVE, pero intenta trascender este caso para ofrecer un criterio que pueda ser utilizado con carácter general en el futuro.

(59) Podríamos decir entonces que el *but for test* es la manifestación más simple del análisis basado en el «referente normativo», puesto que el *but for test* se aplicaría allí donde el propio ordenamiento nos ofrece de forma directa un claro referente normativo (una norma general). La identificación de un «referente normativo» se complica cuando no existe una regla general, sino diversas reglas particulares. En tal caso debe hacerse un examen del tratamiento que se aplique en situaciones comparables (esto es, el que se aplique a manifestaciones de riqueza y sujetos comparables). El OA vuelve sobre esta cuestión en el asunto «Ley IET» (documento WT/DS108/AB/RW, párrafos 87 a 92).

que tienden a reducir la carga fiscal específicamente de las actividades de exportación (60). Estas últimas deben considerarse prohibidas en el sentido del artículo 3 del Acuerdo SMC, sin que la nota 59 permita sostener lo contrario. Las EVE son medidas específicamente dirigidas a reducir la carga fiscal de las actividades de exportación y, por tanto, su régimen es subsumible en los supuestos contemplados de subvenciones prohibidas (61).

Atendidos estos argumentos, el Grupo Especial concluyó que la regulación de las EVE constituía una violación de las obligaciones contraídas por los EEUU en el marco de los acuerdos de la OMC (62). Disconformes con esta apreciación, los EEUU acudieron a la última instancia prevista en el Acuerdo sobre Solución de Diferencias, al Órgano de Apelación. Este órgano

vino a confirmar las determinaciones contenidas en el Informe del Grupo Especial, ordenando en consecuencia a los EEUU que suprimiesen de su ordenamiento las normas que regulaban las EVE.

Los Estados Unidos adoptaron entonces una nueva táctica dilatoria, puesto que en la misma Ley en que se derogaba el régimen de las EVE se instauraba, en unidad de acto, un nuevo régimen en buena medida equivalente por sus efectos («Ley IET») (63). El nuevo sistema de incentivos a las exportaciones consistía básicamente en no considerar sometida a gravamen en EEUU una parte de la renta obtenida por las empresas residentes en aquél país que correspondiese a las ventas de mercancías estadounidenses en el exterior, calificándola con tal fin de «renta extraterritorial» (64). Por tanto, el resultado práctico de esta

(60) Nos parece apreciar un detalle formal significativo del que damos cuenta. La Comunidad había pedido que el Grupo Especial declarase la prohibición, tanto de la exención de que disfrutaban las EVE, como del sistema de determinación de la renta de las EVE. La Comunidad alegaba que los métodos objetivos de atribución de renta a la EVE eran una fórmula poco refinada de incrementar artificialmente sus beneficios. El Grupo Especial decide no examinar esta segunda medida de subvención prohibida porque considera que, puesto que ya ha declarado la prohibición de las exenciones previstas a favor de las EVE, carece de relevancia pronunciarse acerca de cómo debiera determinarse su renta (desaparecida la exención, desaparece el incentivo para inflar la renta de la EVE). Ahora bien, respondiendo a las alegaciones de los EEUU acerca de si la nota 59 permite interpretar que un Estado puede reconocer exenciones a favor de las rentas obtenidas en el extranjero, el Órgano Especial reproduce en cursiva un párrafo significativo de la Nota 59 (Documento OMC WT/DS108/R, párrafo 7.116), que dice así: «Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuasen en condiciones de plena competencia». En esa deliberada utilización de los caracteres en cursiva creemos apreciar una llamada de atención a los EEUU, en el sentido de que la nota debe ser interpretada de forma conjunta y que, si bien permite los mecanismos de corrección de la doble imposición internacional, ello ha de entenderse en relación con una determinación adecuada, realista, de cuál es la renta efectivamente obtenida en el exterior.

(61) En un documento oficial de la Administración de los EEUU podía leerse: «El programa relativo a las EVE alienta las exportaciones al reducir el tipo impositivo aplicable a la renta de exportación» (citado en documento OMC WT/DS108/R, párrafo 4.260).

(62) STEHMANN, OLIVER: «Foreign Sales Corporations under the WTO. The panel ruling on US export subsidies», *Journal of World Trade*, vol. 34, 2000, págs. 127-156.

(63) *FSC Repeal and Extraterritorial Exclusion Act of 2000*, U.S. Pub. L. 106-519, 114 Stat. 2423 (2000). Véase también el informe que acompañó a su elaboración (Report 106-416, Senate, 106th Congress, 2d Session). Se ha señalado incluso que la «Ley IET» supone ampliar el alcance del anterior régimen de las EVEs (BLOCK, NEAL: «The Extraterritorial Income Exclusion Regime increases scope for export incentives», *Intertax*, vol. 29, 2001, n° 8/9, págs. 301-305).

(64) Una presentación esclarecedora del contenido de esta nueva normativa estadounidense puede verse en el Informe del Grupo Especial, Documento OMC WT/DS108/RW, párrafos 2.1 a 2.8. Consúltese también HAMMER, RICHARD M. Y GREEN, WILLIAM H.: «The US tax incentive for exports—to be or not to be», *BIFD*, vol. 55, 2002, n° 9-10, págs. 513-522; QURESHI, ASIF H. y

norma (la «Ley IET») es equivalente al que se obtenía con la creación de las EVEs, pero ahora sin la necesidad de incurrir en los costes y las molestias derivadas de la interposición de una sociedad de papel en el extranjero (la EVE).

Ante esta situación, la Comunidad reaccionó impugnando el nuevo régimen establecido por los EEUU, impugnación que fue formulada conforme a lo dispuesto en el artículo 21.5 del Acuerdo sobre Solución de Diferencias (ESD) (65), esto es, por incumplimiento de los EEUU al no adoptar las medidas adecuadas destinadas a cumplir las resoluciones recaídas en el asunto EVEs. Hubo por tanto de emitirse un nuevo Informe del Grupo Especial, en el que se determinó que las nuevas medidas de EEUU eran contrarias a los Acuerdos de la OMC y que los EEUU habían incumplido lo resuelto en el procedimiento anterior (el relativo a las EVEs) (66). Este Informe fue, a su vez, recurrido por los EEUU ante el Órgano de Apelación, el cual vino a confirmar en su Informe (67) las apreciaciones del Grupo Especial.

En este caso, los Estados Unidos basaron la defensa de la «Ley IET» en dos alegaciones fundamentales. Conforme a la primera, la «Ley IET» no encaja en la definición de subvención del Acuerdo SMC porque es una medida de carácter general y, por tanto, no es posible identificar la condonación de unos ingresos «que en otro caso se percibirían». Esta alegación fue desestimada por cuanto se determinó que

el ordenamiento estadounidense regula un trato general para las rentas procedentes del exterior que es más gravoso que el trato particular que articula esta medida para un específico tipo de renta (la obtenida por las ventas al exterior de mercancías estadounidenses) y, en consecuencia, sí es posible identificar los ingresos «que en otro caso se percibirían», que no son otros que los ingresos que habrían de practicarse si se aplicasen los criterios generales del ordenamiento estadounidense para las rentas procedentes del exterior.

La segunda alegación de defensa de los Estados Unidos argumentaba que estamos ante una medida cuyo propósito es corregir la doble imposición y, por consiguiente, se encuentra excluida de ser calificada como subvención prohibida en virtud de lo dispuesto en la nota 59 del Acuerdo SMC. También esta alegación fue desestimada por cuanto la medida examinada no puede ser calificada como norma de corrección de la doble imposición internacional, dado que ésta presupone que estamos ante situaciones en las que dos Estados concurren en el gravamen de una misma riqueza. Pero la renta que la «Ley IET» excluye de gravamen no puede ser gravada por otro Estado, dado que es renta obtenida en el territorio de los Estados Unidos por sujetos residentes en los Estados Unidos. De ahí que, ni por aplicación del criterio de territorialidad, ni por aplicación del criterio residencia, ningún Estado (excepto los propios Estados Unidos)

GRYNBERG, ROMAN: «U.S. tax subsidies under Domestic International Sales Corporation, Foreign Sales Corporation and Extraterritorial Income Exclusion Act legislation within the framework of the WTO», *Journal of World Trade*, vol. 36, 2002, n° 5, págs. 979-992.

(65) Dice así el artículo 21.5 ESD: «En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo».

(66) Puede verse el texto completo del Informe del Grupo Especial en el documento de la OMC WT/DS108/RW.

(67) El texto completo del Informe del Órgano de Apelación se contiene en el documento de la OMC WT/DS108/AB/RW.

pueden gravar esas rentas y, en consecuencia, es evidente que no pueden aparecer situaciones de doble imposición que precisen ser corregidas por los Estados Unidos. En definitiva, la «Ley IET» no puede acogerse a lo que dispone la nota 59 del Acuerdo SMC porque en realidad no es una norma dirigida a corregir la doble imposición.

Con un alcance más general, es importante observar que el OA califica a las medidas para corregir la doble imposición de excepciones a los supuestos de subvención prohibida (68) de modo que, pensamos, una norma que realmente se dirija a corregir la doble imposición puede dispensar un trato más favorable a las rentas derivadas de la exportación de mercancías y ello no comportará que tal medida constituya una subvención prohibida. Y, por otra parte, el OA reconoce que la corrección de la doble imposición «no es una ciencia exacta», de forma que es admisible que un Estado aplique una medida para corregir la doble imposición con carácter general, incluyendo incluso aquellas situaciones en las que el Estado de la fuente haya decidido no gravar esa renta y, por consiguiente, tal doble imposición no llegue a producirse (69). En este sentido, aunque el método de exención ha sido expresamente declarado conforme con el Acuerdo SMC por el OA, más dudas suscita la variante del método de exención con posibilidad de imputación de pérdidas (70). Pensamos,

no obstante, que la alusión a que la corrección de la doble imposición no es una ciencia exacta permite suponer que el Órgano de Apelación es proclive a permitir también estas variantes. Por otro lado, la configuración de las normas para corregir la doble imposición como excepciones a la categoría de subvenciones prohibidas parece conducir a la misma conclusión, puesto que en estos casos podríamos apreciar que si se concede una «subvención», pero ello no altera la naturaleza de la medida, que sigue teniendo como propósito fundamental corregir la doble imposición y, por este motivo, está exceptuada de la calificación de subvención prohibida.

Volviendo sobre el caso de la «Ley IET», para comprender los motivos que condujeron a los EEUU a hacer uso de estas tácticas dilatorias (recursos hasta agotar las instancias, nuevas normas que suponen reiterados incumplimientos), es interesante destacar que en el Acuerdo sobre Solución de Diferencias (ESD) no se contemplan compensaciones por el período durante el cual haya gozado de vigencia una medida que posteriormente es declarada contraria a los compromisos adquiridos por el país de que se trate en el marco de los Acuerdos OMC (71). En efecto, en el ESD tan sólo se contemplan medidas compensatorias cuando un Miembro no aplique en tiempo las medidas tendentes a dar cumplimiento a las resoluciones previamente adoptadas en el marco de los

(68) Documento OMC WT/DS108/AB/RW, párrafo 132.

(69) Documento OMC WT/DS108/AB/RW, párrafo 146.

(70) Dudas inicialmente planteadas por MCDANIEL, P.R.: «The Impact of Trade Agreements on Tax Systems», *Intertax* 5/2002, p. 170-17. Debe señalarse que nuestro ordenamiento, entre otros, contempla este sistema de exención con posibilidad de imputación de pérdidas, exigiendo no obstante que los beneficios de años posteriores se imputen hasta compensar esa pérdida (art. 22.2 TR-LIS, RDLeg 4/2004). Por su parte, REUVEN AVI-YONAH observa que los países europeos no establecen un sistema de exención «puro» sino que combinan elementos extraños a él, como el régimen de transparencia fiscal internacional, lo cual debiera examinarse a la hora de decidir si el sistema aplicado en su conjunto puede constituir una subvención («Treating tax issues through trade regimes», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26, 2001, pág. 1688).

(71) Acerca de las limitadas posibilidades de eficacia retroactiva de las Recomendaciones del Informe del Grupo Especial en el marco del procedimiento regulado en el artículo 21.5 ESD, véase ALMUDÍ CID, J.M.; LÓPEZ BARRERO, E.; y SERRANO ANTÓN, F.: «La Organización Mundial del Comercio como límite a la potestad tributaria de los Estados», *Quincena Fiscal*, nº 12, 2002, págs. 17-18. Lo bien cierto es que, en cualquier caso, las medidas aprobadas en este asunto no han supuesto una eficacia retroactiva de tales recomendaciones.

procedimientos para la solución de diferencias (artículo 21). En nuestro caso, esta circunstancia sólo concurre a partir del momento en que, pese a la retirada del régimen tributario de las EVEs, la instauración de un sistema equivalente constituye un incumplimiento por parte de EEUU de una decisión previamente adoptada.

En tales supuestos de demora en el cumplimiento se prevén dos mecanismos que tienden a incentivar que el retraso no se prolongue (artículo 22). Uno de ellos es el acuerdo entre las partes implicadas por el que, de conformidad con las disposiciones de los Acuerdos, se pacte una compensación por la que se trata de resarcir al Miembro perjudicado por los perjuicios que el retraso le haya podido causar. Otro mecanismo, que podemos calificar como más agresivo, consiste en la suspensión de concesiones. Se trata en este caso de suspender por un período determinado, con la aprobación del Órgano de Solución de Diferencias, alguna o algunas de las concesiones que el país que ha sufrido el menoscabo o anulación en sus derechos haya reconocido a favor de la parte contraria, ya sea directamente o por el juego de la cláusula de Nación Más Favorecida.

La suspensión es una medida eficaz, puesto que no será difícil determinar una suspensión de concesiones que equivalga al perjuicio que ha causado el retraso en

aplicar la decisión de que se trate. Por ello el artículo 22 se ocupa de racionalizar el uso de este mecanismo, estableciendo límites y cauces para determinar su posible contenido, presididos por el principio de equivalencia de las medidas (72).

Como quiera que la Comunidad estimó que los EEUU no cumplieron adecuadamente la decisión resultante del primer procedimiento (procedimiento EVEs), pidió al órgano de Solución de Diferencias ser autorizada para adoptar contramedidas por un importe de 4.043 millones de dólares por año (73). Los EEUU recurrieron esta petición, solicitando un arbitraje a la OMC. Puesto que, ya solicitado el arbitraje, la Comunidad recurrió las nuevas medidas de los EEUU ante el Grupo Especial (reclamación conforme al artículo 21.5 ESD), se decidió suspender la resolución del arbitraje hasta que se resolviese este segundo procedimiento. Una vez que, en el marco del mismo, se resolvió a favor de las tesis de la Comunidad, constatando el incumplimiento de los EEUU, el arbitraje ha decidido que la cifra propuesta por la Comunidad, atendidos los argumentos que la sustentan y los cálculos que permiten alcanzarla, es apropiada, y que procede su aplicación respecto del año 2.000 (74).

A pesar de las amenazas recibidas (75), la Comunidad ha optado por una ejecución

(72) El principio de equivalencia viene a proteger los intereses de los países más débiles, pues si no se establecieran estos límites las posibilidades de presión de los países más fuertes serían incomparablemente mayores que las suyas. La parte contra la que se aplica la suspensión puede atacar la no equivalencia de las medidas, cuestión que será decidida mediante arbitraje. En cualquier caso, tanto la compensación como la suspensión son remedios imperfectos, cuyo objetivo es incentivar que se logre la rectificación de la medida transgresora en el sentido de adecuarla a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC, de ahí que se declare su naturaleza meramente temporal.

(73) Esta era la cifra del perjuicio que se había manejado en diversas fuentes. Véase BEITH, MALCOM: «Juggling nuclear trade bombs», *Newsweek*, 28 de enero de 2002, p. 4; BASSETS, MARC: «La OMC condena la ley de ayudas fiscales a la exportación de EEUU», *La Vanguardia*, 15 de enero de 2002.

(74) El laudo arbitral es de fecha 30 de agosto de 2002 y puede verse en el Documento de la OMC WT/DS108/ARB.

(75) ROBERT ZOELICK, Representante de Comercio de los EEUU, advirtió a finales de 2001 a la UE (previando ya el desenlace final del procedimiento) que la imposición de sanciones por parte de ésta sería el equivalente a detonar «una bomba nuclear» en sus relaciones (BEITH, MALCOM: «Juggling nuclear trade bombs», *Newsweek*, 28 de enero de 2002, pág. 4). La preocupación señalada queda patente en un Comunicado de prensa del Director General de la OMC, MIKE MO-

gradual de medidas compensatorias, de forma que éstas serán de mayor intensidad a medida que pase el tiempo sin que los Estados Unidos ajusten su ordenamiento a las normas de la OMC (76). Las medidas compensatorias consisten en la aplicación de un derechos aduanero *ad valorem* suplementario para la importación de determinadas mercancías originarias de los Estados Unidos (77). Esta reacción de la Comunidad merece una valoración muy positiva, pues el carácter gradual de la misma traslada a los Estados Unidos la responsabilidad acerca de la intensidad que puede alcanzar la disputa comercial (mayor cuanto más se retrase en cumplir), evitando por otra parte una conducta más agresiva (que hubiese podido consistir en aplicar las contramedidas de forma inmediata en su máxima intensidad), asumiendo en tal caso el riesgo de que pudiera ser

contraproducente para el comercio internacional.

Así pues, los resultados efectivos de todos estos mecanismos internacionales deben ser todavía calificados de sólo parcialmente satisfactorios puesto que, si bien sirven para identificar y poner de relieve incumplimientos de los Estados en sus políticas aduaneras y comerciales, ello no obstante los mecanismos de corrección previstos para sancionar tales conductas carecen de la suficiente contundencia y eficacia, pudiendo ser abusados mediante tácticas dilatorias y esgrimiendo el poderío comercial de la parte transgresora. Ahora bien, tratándose de las relaciones entre Estados, debe reconocerse que no es pequeño logro que las controversias queden sometidas al imperio del Derecho, de forma que los incumplimientos sean adecuadamente puestos de manifiesto (78).

ORE, tras la emisión del laudo arbitral el día 30 de agosto de 2002, en el que recuerda a las partes que «La Unión Europea y los Estados Unidos figuran entre los Miembros más importantes de esta Organización y ambos tienen una responsabilidad especial en el mantenimiento de la salud y eficacia de la OMC y del sistema mundial de Comercio» (OMC PRESS/311).

(76) Reglamento CE nº 2193/2003, del Consejo, de 8 de diciembre de 2003, por el que se establecen derechos de aduana adicionales sobre las importaciones de determinados productos originarios de los Estados Unidos de América (*DO L* 328 de 17.12.2003, pág. 3).

Desde los ámbitos económicos de los propios Estados Unidos se señala que el mantenimiento de la «Ley IET» resulta perjudicial para la economía de aquél país, y su pervivencia sólo se explica en razón de la inercia y los fuertes intereses creados (SHEPPARD, HALE E.: «Rethinking tax-based export incentives: converting repeated defeats before the WTO into positive tax policy», *Texas International Law Journal*, vol. 39, págs. 111-140, especialmente págs. 137-140; con similares argumentos SMITH, STUART: «Fishing for rainbows, the FSC Repeal and Extraterritorial Exclusion Act», *San Diego International Law Journal*, vol. 5, 2004, págs. 503-541, véanse especialmente las conclusiones).

Por lo que hace a las distintas alternativas que se postulan para salvar la situación, desde el punto de vista estadounidense, véase especialmente ROSENBERG, MARC: «How a taxing problem has taken its toll: a common person's guide to an international taxation dispute», *Boston University International Law Journal*, vol. 20, 2002, págs. 1-32; VON OF., CARRIE ANN: «Avoiding a nuclear trade war: strategies for retaining tax incentives for U.S. corporations in a post-FSC world», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, 2002, págs. 1349-1385.

(77) Se establece un derecho suplementario para determinadas mercancías originarias de los EEUU que pasa del 5 por 100, aplicable desde el 1 hasta el 31 de marzo de 2004, para llegar al 17 por 100, a partir de 1 de marzo de 2005.

(78) Una opinión coincidente es la expresada por KLEINER, MARC: «Bananas, airplanes and the WTO: prohibited export subsidies», *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 10, 2002, págs. 129-142. Precisamente, la derogación de la «Ley IET», llevada a cabo por la *American Jobs Creation Act of 2004* (H.R. 4520/P.L. 108-357, published Oct. 22, 2004, 118 Stat. 1418), viene a confirmar que la reconducción del problema a los cauces jurídicos constituye un importante y fructífero resultado. La Comunidad ya ha anunciado que dejará de aplicar, con efectos de 1 de enero de 2005, las medidas de suspensión adoptadas frente a la «Ley IET», por más que ha puesto asimismo de relieve que el régimen transitorio previsto por la *American Jobs Crea-*

5. LA COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA Y EL DERECHO DE LA OMC

En una concepción amplia proponemos definir las normas fiscales perniciosas como aquellas que, aunque eventualmente puedan reportar un beneficio al Estado o jurisdicción que las adopta (ya sea en términos de recaudación o de pujanza económica), generan un perjuicio de mayor magnitud para los restantes Estados. En nuestra opinión, dentro de esta definición de carácter amplio es posible diferenciar distintas tipologías de normas perniciosas, como más adelante veremos. Y es importante observar que, mientras algunas reflexiones pueden resultar útiles para avanzar en el conocimiento de las distintas tipologías de normas perniciosas, otras en cambio pueden introducir confusión puesto que sólo aportan ideas válidas en el análisis de una modalidad de normas perniciosas, pero no para otras. En cualquier caso, esta caracterización «amplia» nos permite realizar una primera consideración de interés que se desprende lógicamente de la definición que hemos propuesto: las normas fiscales perniciosas se comportan siguiendo el modelo que los matemáticos denominan «juego de suma negativa», esto es, a medida que los diferentes Estados o jurisdicciones adoptan este tipo de normas, la situación que resulta, considerando al conjunto de todos los Estados, es cada vez más negativa para ellos, aboca a un deterioro progresivo.

Precisamente un buen ejemplo al respecto lo proporciona la experiencia histórica vivida respecto de las normas perniciosas de carácter «proteccionista». La espiral proteccionista de los años 30 fue el producto de un conjunto de normas fiscales perniciosas, cuyo efecto pernicioso derivaba de la obstrucción que constituyeron a los beneficios del comercio internacional. Aunque el «libre comercio» ya no goce de un predicamento indiscutido como panacea para el progreso de la Humanidad (sobre todo porque, a menudo, quienes se presentan como abanderados del libre comercio no dudan en hacer valer cuantas excepciones al mismo les convienen), lo que parece difícilmente discutible es que cierto grado de fluidez comercial es mejor que el alzamiento de barreras infranqueables al comercio.

Como fórmula para salir de la crisis económica de 1929, los diferentes países se enzarzaron en una lucha proteccionista, incrementando de forma considerable los tipos de gravamen del arancel y recurriendo a otro tipo de medidas menos transparentes en el ámbito de los derechos de aduanas (79). Es interesante destacar que todos los países terminaron por aplicar una misma política proteccionista en un intento de salir de la crisis a costa de los vecinos. De ahí que esta política se conociese como *beggar your neighbour* o «empobrece a tu vecino» (80). Incluso las potencias más interesadas en el libre cambio, como tradicionalmente lo ha sido el Reino

tion Act of 2004 contraviene el derecho de la OMC, al permitir que bajo ciertos requisitos se continúe transitoriamente en el disfrute de las ventajas fiscales que estableció la «Ley IET».

(79) Al respecto, véase KINDLEBERGER, CHARLES P.: *The World in depression 1929-1939*, Allen Lane the Penguin Press, 1973; COCHRAN, THOMAS C.: *The Great Depression and World War II 1929-1945*, Scott, Foresmand and Company, 1968; CHANDLER, LESTER V.: *America's greatest depression 1929-1941*, Harper and Row Publishers, N.Y., 1970. Sobre las medidas proteccionistas menos transparentes, en relación con la valoración aduanera véase IBÁÑEZ MARSILLA, S.: *La valoración de las importaciones. Régimen tributario y experiencia internacional*, McGraw-Hill, 2002, págs. 5 y ss.

(80) Constituye una evidencia del paralelismo de la situación actual con el episodio histórico al que nos referimos el hecho de que, también respecto de la competencia fiscal, se haya resucitado el uso de la expresión «*beggar your neighbour*» (véase, p.e., VANISTENDAEL, FRANS: «Redistribution of tax law-making power in EMU?», *EC Tax Review*, n° 2, 1998, pág. 77; PINTO, CARLO: «EU and OECD to fight harmful tax competition: has the right path been undertaken?», *Intertax*, vol. 26, n° 12, 1998, pág. 387).

Unido, hubieron de aceptar lo irremediable de la situación, puesto que de lo contrario sus empresas eran incapaces de exportar las mercancías que producían, en tanto que la presión de las empresas extranjeras en el mercado interno se incrementaba al apercibirse de que las puertas de otros mercados estaban ya cerradas (81). Esta es una circunstancia que deseamos remarcar: incluso aquellos Estados que inicialmente se oponen a las medidas fiscales perniciosas terminan por percibir claramente que no disponen de otra alternativa, cuando los demás Estados así lo hacen, que adoptar ellos mismos medidas perniciosas.

La política del *beggar your neighbour*, al cerrar los cauces del comercio internacional, tuvo como consecuencia un agravamiento y extensión de la crisis económica (82). Alemania se vio imposibilitada

para hacer frente a los pagos pendientes en concepto de indemnizaciones a favor de las potencias ganadoras de la Primera Guerra Mundial, y hubo de padecer una angustiosa situación de incremento del paro y de la pobreza que generó un profundo sentimiento de abandono y rencor que sería trágicamente aprovechado por las ideologías totalitarias, cuya política imperialista habría de conducir a una nueva Guerra Mundial (83).

La situación de proteccionismo sólo se superó, una vez concluida la guerra, por un esfuerzo concertado de todos los países, que se comprometieron a reducir de forma progresiva las barreras arancelarias, así como a respetar unas reglas mínimas en su política comercial. Como fruto de esos esfuerzos se alcanzó el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1947 («el GATT») (84). La constatación de los efec-

(81) El Reino Unido se resistió al empuje proteccionista, convocando la «2ª Conferencia Internacional con Vistas a la Acción Económica Concertada» en noviembre de 1930. Ante la imposibilidad de lograr avances en esta línea, optó por el establecimiento de un sistema de preferencias con los territorios del Imperio (KINDLEBERGER, CHARLES P.: *The World in depression 1929-1939*, Allen Lane the Penguin Press, 1973, págs. 134-135).

(82) Europa había dependido de los préstamos de los Estados Unidos para sus ajustes financieros. Al interrumpirse estos de forma abrupta en 1930 y reducirse de forma simultánea el mercado estadounidense para los productores europeos por el alza de los aranceles a impulsos de la Smoot-Hawley Tariff Act, el sistema entero de pagos intergubernamentales quebró (COCHRAN, THOMAS C.: *The Great Depression and World War II 1929-1945*, Scott, Foresman and Company, 1968, pág. 14). Acerca de la contracción del comercio internacional, véase también CHANDLER, LESTER V.: *America's greatest depression 1929-1941*, Harper and Row Publishers, N.Y., 1970, págs. 100 y ss. En su campaña electoral de 1932, en un discurso pronunciado en Sioux City, Iowa el 29 de septiembre de 1932, Roosevelt acusó al incremento de las tarifas de haber forzado a otros países a quedar sin oro, al impedirles pagar sus deudas con bienes. Los Estados Unidos habían fracasado en su papel como acreedores mundiales (KINDLEBERGER, CHARLES P.: *The World in depression 1929-1939*, op. cit., pág. 132).

(83) COCHRAN, THOMAS C.: *The Great Depression and World War II 1929-1945*, op. cit., págs. 15 y ss.

(84) Es interesante destacar que el propio GATT es fruto del bilateralismo. Destaca JACKSON que los EEUU trataron de evitar los efectos más perniciosos de las barreras comerciales alzadas por la Ley de 1930, la *Smoot-Hawley Tariff Act*, suscribiendo acuerdos bilaterales con determinados países, llegando pronto a la conclusión de que tal técnica era escasamente operativa y que debía ser sustituida por la de los acuerdos multilaterales (JACKSON, JOHN H.: «The birth of the GATT-MTN system: a constitutional appraisal», *Law and Policy in International Business*, vol. 12, 1980, pág. 28). Dentro de la voluminosa bibliografía que se ha ocupado del GATT podemos destacar las obras de su tratadista más reconocido, JACKSON, J.H., entre las cuales podemos citar: *World Trade and the Law of GATT. A legal analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Bobbs-Merrill Company, Indianápolis, 1969; «The puzzle of GATT: Legal aspects of a surprising institution», *Journal of World Trade Law*, marzo-abril 1967, vol. I y II; *The world trading system. Law and policy of international relations*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1982. Desde una perspectiva no anglosajona del GATT, destacaremos a FLORY, T.: *Le GATT: Droit International et*

tos globales beneficiosos derivados de la acción conjunta en el sentido de liberalizar el comercio internacional condujeron a que los Estados se comprometiesen de forma creciente en el respeto y la mejor realización de los objetivos del GATT.

Es así como se decidió dar un paso más ambicioso y constituir la Organización Mundial de Comercio, como institución encargada de velar por la progresiva liberalización del comercio internacional. Una vez conseguida una notable reducción de los aranceles (especialmente para los productos industriales), los Miembros decidieron que debían afrontar un reto más difícil y que comenzaba a amenazar la pervivencia de los logros alcanzados. Se trata de las barreras no arancelarias al comercio (85), entre las cuales se encuentra justamente la concesión de subvenciones condicionadas, *de jure* o *de facto*, a la exportación de mercancías, como la medida utilizada por los Estados Unidos en el caso de las EVE. La Ronda Uruguay del GATT (1986-1994) fue el marco en el que se creó la OMC y, junto con este acuerdo, se añadieron a él una serie de acuerdos, que forman un todo, en el que se contienen normas sobre barreras no arancelarias. Prácticamente todas las na-

ciones del mundo se han comprometido a respetar estas reglas, que tienen por tanto un carácter universal (86).

Desde esta perspectiva, el Derecho de la OMC puede ser concebido, en su conjunto, como una reacción jurídica de defensa del conjunto de los Estados frente a una eventual reproducción de una espiral proteccionista que, como la historia se encargó de demostrar, tiene como una de sus características que sólo puede ser combatida mediante un esfuerzo conjunto, multilateral, puesto que ni siquiera la oposición a la espiral proteccionista de la potencia económica más pujante del momento (el Reino Unido) fue suficiente para frenar su imparable ascenso. En otras palabras, el Derecho de la OMC es fundamentalmente un derecho de lucha contra una modalidad de medidas fiscales perniciosas, las «proteccionistas».

En la actualidad las normas perniciosas que de forma predominante atraen la atención de los estudiosos no pertenecen a la tipología de «proteccionistas», que es a la que nos hemos referido hasta ahora. Las normas que preocupan especialmente en este momento corresponden a una tipología que podemos denominar «asimétricas» (87). La

Commerce Mondial, LGDJ, París, 1968; KRIEGER-KRYNICKI, A.: *L'Organisation Modiale du Commerce*, edit. Vuibert, París, 1997. En español, MONTAÑA MORA, M.: *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

(85) Ya a mediados de los 60, durante la Ronda Kennedy, los negociadores reconocieron que el tipo del arancel era un obstáculo menor al comercio que el representado por las barreras no arancelarias (MARKS & MALMGREN: «Negotiating nontariff distortions to trade», *Law and Policy in International Business*, vol. 7, 1975, págs. 327, 328).

(86) A fecha 1 de enero de 2002 son 144 los Miembros de esta Organización, siendo China el último gran país que ha accedido a esta condición (con efectos desde 11-XII-2001). Fuente: OMC; www.wto.org.

(87) Nos ocupamos de la competencia fiscal perniciosa y, en particular, sobre las normas perniciosas por asimétricas en IBÁÑEZ MARSILLA, S. (coautor): *Poder tributario y competencia fiscal: en especial el caso de La Rioja*, Instituto de Estudios Riojanos, Gobierno de La Rioja, Logroño, 2003, véase Capítulo IV (págs. 233-340). De entre la abundante literatura científica sobre la materia, podemos destacar en español ÁLVAREZ, ALONSO, GAGO y GONZÁLEZ: «Tendencias recientes de la fiscalidad internacional», *Papeles de Economía Española*, n° 87, 2001, págs. 10-32; GARCÍA DE LA CALLE y SERRANO ANTÓN: «La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control», *Noticias de la UE*, n° 214, 2002, págs. 29-57; MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A.: «Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la UE y de la OCDE: semejanzas y diferencias», *Crónica Tributaria*, n° 97, 2001, p. 37-60; y también «Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, n° 1/2002, IEF, 2002; RUIBAL PEREIRA, L.: «Las medidas fiscales españolas a la luz de la competencia fiscal lesiva en el marco de la Unión Europea», *Noti-*

raíz de la que deriva su efecto pernicioso es distinta, por más que el estudio de las normas de naturaleza «proteccionista» aporta ideas útiles para su comprensión.

Las normas perniciosas asimétricas tienen su raíz en el deseo, por parte de los Estados, de maximizar la atracción de riqueza a sus jurisdicciones. Los Estados compiten entre sí por la riqueza, puesto que la misma constituye la base del bienestar de sus ciudadanos y es el objeto sobre el cual se ejerce el poder de imposición. Ahora bien, en su intento de atraer riqueza, los Estados son conscientes de que no todas las manifestaciones de la misma son igualmente influenciadas por factores fiscales, esto es, que las normas fiscales son útiles para atraer determinadas formas de riqueza, pero que son incapaces de ejercer una influencia sensible sobre otras.

Así, mientras que, por ejemplo, los capitales financieros son muy sensibles a los cambios fiscales, el trabajo es un factor de riqueza relativamente poco sensible a los cambios fiscales. Para no entrar en complicadas disquisiciones económicas, baste observar que cualquiera de nosotros estaría bastante dispuesto a alterar la localización de sus ahorros si con ello consiguie-

se incrementar la rentabilidad gracias a una menor carga fiscal; pero pocos o casi nadie estará dispuesto a cambiar con la misma facilidad el país en el que trabaja en cada ocasión en que se le ofrezcan unas mejores condiciones fiscales. En términos económicos, a la hora de decidir su localización, los capitales financieros tienen una gran elasticidad al factor fiscal (gozan de movilidad), en tanto que la elasticidad del trabajo es baja (su movilidad es baja).

Cuando combinamos el deseo de los Estados de atraer riqueza, de una parte, con la diferente elasticidad de las distintas formas de riqueza, por otra, el resultado es que los Estados concentran sus esfuerzos en aquellas formas de riqueza que pueden ser atraídas de forma más eficaz, en las formas de riqueza «móviles». A su vez, lo anterior determina un régimen fiscal «asimétrico»: en tanto que las manifestaciones de riqueza móviles van a gozar de un trato fiscal ventajoso, las manifestaciones de riqueza que no gozan de movilidad van a recibir un trato menos favorable. La aludida asimetría provoca efectos perniciosos en tres frentes: en primer lugar afecta a la eficiencia económica, puesto que incide en la localización de riqueza; en

cias de la UE, n° 214, 2002, págs. 133-147; VITO TANZI: «La política impositiva en un mundo globalizado», *Papeles de Economía Española*, n° 87, 2001, págs. 2-9.

En lengua inglesa pueden destacarse AVI-YONAH, REUVEN S.: «Globalization, tax competition and the crisis of the welfare State», *Harvard Law Review*, vol. 113, n° 7, 2000, págs. 1573-1676; AULT, HUGH J. Y WEINER, JOANN M.: «The OECD's report on Harmful tax competition», *National Tax Journal*, vol. 11, 1998, págs. 601 y ss; BRATTON, WILLIAM W. y McCAHERY, JOSEPH: «Tax coordination and tax competition in the European Union: evaluating the Code of Conduct on Business Taxation», *Common Market Law Review*, vol. 38, págs. 677-718; HAMAEKERS, HURBERT: «Tackling harmful tax competition—A round table on the Code of Conduct», *European Taxation*, vol. 40, n° 9, sep. 2000, p.398-400 (este trabajo es a su vez introductorio de otros en la misma revista igualmente interesantes); LODIN, SVEN-OLOF: «What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma», *BIFD*, vol. 54, n° 5, 2000, págs. 210-217; MARIO MONTI: «How State aid affects tax competition», *EC Tax Review*, 1999-4, págs. 208-210; OSTERWEIL, E.: «OECD Report on harmful tax competition and European Union Code of Conduct compared», *European Taxation*, vol. 39, n° 6, junio 1999, págs. 198-202; OWENS, JEFFREY: «Globalisation: the implications for tax policies», *Fiscal Studies*, n° 14, 1993, págs. 21-44; PINTO, CARLO: «EU and OECD to fight harmful tax competition: has the right path been undertaken?», *Intertax*, vol. 26, n° 12, 1998, págs. 386-410; SCHÖN, WOLFGANG: «Tax competition in Europe—the legal perspective», *EC Tax Review*, n° 2, 2000, págs. 90-105; SOMMERHALDER, RUUD A.: «Harmful tax competition or harmful tax harmonization», *EC Tax Review*, 1999-4, págs. 244-251; VANISTENDAEL, FRANS: «Fiscal support measures and harmful tax competition», *EC Tax Review*, n° 3, 2000, págs. 152-161; VVAA: *Tax competition in Europe*, Wolfgang Schön (ed.), IBFD, Amsterdam, 2003.

segundo lugar afecta a la justicia tributaria, dado que los ordenamientos van a dispensar un trato diferente a la riqueza, no ya atendiendo a su magnitud (criterio de capacidad económica), sino discriminando en función de la forma en que esa riqueza se manifiesta (tratando de modo diferente, por ejemplo, a la riqueza derivada del trabajo frente a determinadas formas de riqueza derivadas del capital, las que gozan de mayor movilidad (88)); y, en tercer lugar, ataca a los mecanismos de formación democrática de la voluntad, puesto que aboca a los Estados a introducir normas perniciosas. El análisis de los dos primeros efectos rebasa el objeto de este trabajo (89). Centraremos nuestra atención en el tercero de ellos.

Con este propósito, debemos comenzar por identificar las condiciones en las que la competencia fiscal va a desatarse. Podemos prever que cualquier manifestación de capacidad económica que goce de movilidad es susceptible de desencadenar la rivalidad de los Estados en su intento de someterla a tributación. El fenómeno se iniciará y se reproducirá a partir del momento en que concurren las circunstancias que permitan a un Estado —a cualquiera de ellos— aumentar su recaudación total rebajando la carga fiscal que soporta una manifestación de capacidad económica considerada individualmente (carga fiscal unitaria), compensando esta rebaja con la atracción de otras manifestaciones de capacidad económica móviles, pues a partir de estas premisas podemos predecir que la conducta racional de este Estado es justamente esa: aumentar la recaudación total rebajando la carga fiscal unitaria.

El motivo no es otro que, en estas condiciones, el Estado se coloca en una posición mejor que la que ocupaba anteriormente, porque logra de forma simultánea dos objetivos importantes, como son incremen-

tar su recaudación y al propio tiempo rebajar la presión fiscal, sin que ello le su ponga —al menos en principio— incurrir en perjuicio de otros objetivos. De ahí que podamos anticipar que la conducta racional de este Estado hipotético —«Estado A»— consiste en adoptar la medida de competencia fiscal de que se trate.

Pero aún más. El Estado que inicia la competencia fiscal no tiene por qué dejar de ingresar lo que ya venía recaudando. En efecto, puesto que se trata de atraer manifestaciones de riqueza del exterior, el Estado A puede optar por ofrecer un mejor trato tributario exclusivamente a las fuentes móviles procedentes del exterior (no residentes), manteniendo constante la presión soportada por esas mismas fuentes en el interior (residentes). Así obtiene los beneficios derivados de la captación de riqueza sin incurrir en sus posibles inconvenientes. Esta es la estrategia conocida como *ring fencing* y que se presenta, entre otras, bajo las formas de «paraísos de producción» y de «paraísos de sede».

Ahora bien, los demás Estados no tardarán en constatar que la mejora en el primero de ellos —«Estado A»— se ha conseguido a costa de un empeoramiento en la situación de los restantes, que se han visto privados de la recaudación procedente de esa fuente móvil que ahora ha sido captada por el Estado A. En el largo plazo, muchos de esos Estados optarán por adoptar las medidas que les permitan restablecer el equilibrio inicial en el reparto de las fuentes de riqueza, lo cual comportará adoptar a su vez normas que supongan un trato fiscal ventajoso que permita atraer de vuelta una cantidad equivalente a las fuentes móviles que en su momento optaron por desplazarse al Estado A.

La generalización del trato fiscal ventajoso a favor de las fuentes móviles colocará

(88) Circunstancia que ya destacó el «Informe Ruding» en 1992 (puede verse una traducción en SANTACANA JUBILLAR, J., *RIT*, n° 17, 1992, p. 147-195). Al respecto, véase también ÁLVAREZ, ALONSO, GAGO y GONZÁLEZ: «Tendencias recientes de la fiscalidad internacional», *op. cit.*, pág. 24.

(89) Nos remitimos a la bibliografía citada en una nota anterior.

en una difícil posición a los Estados que, bien por motivos de justicia tributaria, bien por motivos de necesidades recaudatorias, hayan decidido no conceder este trato más favorable. Estos Estados experimentarán un drenaje sostenido de sus fuentes móviles, lo que eventualmente les enfrentará a la necesidad de adoptar también medidas que relajen su tributación, con el objetivo de frenar su huida (90).

El proceso se reiniciará o agravará cuando quiera que se reproduzcan las condiciones iniciales que desataron la competencia fiscal en primer lugar. Lo interesante es poner de relieve que, desde la perspectiva de los Estados aisladamente considerados, la competencia fiscal es un fenómeno irreversible: en tanto la fuente de riqueza goce de movilidad, ningún Estado actuando de forma individual puede

impedir que se desate la competencia fiscal, y esa competencia fiscal va a suponer una baja constante en el nivel de tributación soportado por esa fuente de riqueza.

La teoría de juegos nos ilustra acerca de las decisiones racionales que cabe esperar de los sujetos que participan en procesos en los que cada individuo debe competir para maximizar la consecución de su propio bien. Respecto de situaciones como la expuesta, la teoría de juegos nos indica que el proceso sólo se detendrá cuando alcance un punto de equilibrio (91). Ese punto podemos predecir que únicamente se alcanzará cuando ningún Estado calcule que puede mejorar su posición a costa de los demás, reduciendo la tributación que aplica sobre las fuentes móviles. Por eso se ha dicho que la competencia fiscal es una carrera hacia el fondo (*a race to the bottom*) (92).

(90) En este sentido, concluye VITO TANZI que «cuanto más traten los países de proteger los niveles de ingresos impositivos, mayor será la necesidad de cambiar la estructura fiscal» (TANZI, VITO: «La política impositiva en un mundo globalizado», *op. cit.*, págs. 6-7).

(91) Acerca de la teoría de juegos, puede consultarse VON NEUMANN, JOHN y MORGENTHAU, OSKAR: *Theory of games and economic behaviour*, 3ª ed., Princeton University Press, Princeton, N.J., 1953; DAVIS, MORTON, D.: *Teoría de juegos*, Alianza Universidad, 1977; HARSANYI, JOHN C.: *Rational behavior and bargaining equilibrium in games and social situations*, Cambridge University Press, 1986; NASH, JOHN F.: *Essays on game theory*, Edward Elgar Publishing Limited, UK, 1996 (introducción por KEN BINMORE). Los autores de estos dos últimos trabajos citados fueron galardonados con el premio Nobel de economía por sus importantes aportaciones a la teoría de juegos.

(92) Algunas pinceladas de la realidad dan una idea de la gravedad de la situación actual. Así, se nos informa que Accenture, la consultora sucesora de Andersen Consulting, ha fijado su residencia fiscal en las Islas Bermudas, lo cual no le impide mantener el contrato con la Administración tributaria estadounidense (el IRS) para mantener su página web. Mientras tanto, PriceWaterhouseCoopers (PwC) planea desmembrar su sección de consultoría y constituirse en Luxemburgo como sociedad cuyo capital será íntegramente detentado por una sociedad domiciliada en las Islas Bermudas. El objetivo: aprovechar las cláusulas favorables de los convenios de doble imposición de ambos países para hacer mínimo el importe de los tributos a satisfacer. Ello, por su parte, no le impide obtener contratos de consultoría con la Office of Homeland Security de los EEUU, para aconsejar al gobierno sobre cómo proteger al país de peligros externos. Desde luego, de lo que no se puede acusar a estas consultoras es de no predicar con el ejemplo: ellas sí saben cómo ahorrar impuestos (SLOAN, ALLAN: «Think globally, skip tax locally», *Newsweek* –edición internacional–, 3 de junio de 2002, pág. 48). Otras informaciones no son más tranquilizadoras. A partir de datos suministrados por American Express ante un Tribunal de EEUU, el IRS ha estimado que al menos un millón de estadounidenses disponen de tarjetas de crédito emitidas contra cuentas bancarias en paraísos fiscales, lo que es tanto como decir que una cifra muy respetable de individuos (incluyendo los «trabajadores pudientes») no sólo tienen capitales en estos territorios, sino que además pueden disponer de ellos para realizar sus operaciones cotidianas. Por otro lado, se ha estimado por el Departamento de Justicia que los impuestos dejados de recaudar por este concepto ascienden a setenta mil millones de dólares, o un 7 por 100 de la recaudación total del impuesto federal sobre la renta personal. La amplitud del fenómeno es muy peligrosa, porque ningún ciudadano querrá ser el último en cumplir plenamente sus obligaciones fiscales (SAMUELSON, ROBERT J.: «Tax havens for one and all?», *Newsweek* –edición internacional–, 8 abril 2002, pág. 74).

Ese fondo no será el fondo absoluto porque los Estados grandes prefieren incurrir en pérdidas de recaudación antes que iniciar una nueva ronda de rebajas, porque son conscientes de que si se inicia esa nueva ronda serán otra vez ellos los más perjudicados. Por decirlo de alguna forma, los Estados grandes tienen un incentivo egoísta (esto es, considerados individualmente) para no re-alimentar el proceso de competencia fiscal, optando en muchos casos por «dejar correr el turno» en la dinámica hacia el fondo. Pero esos Estados no pueden alterar el sentido del proceso, es decir, no pueden conseguir que se inicie un movimiento que tienda a incrementar —en lugar de reducir— la carga fiscal soportada por las fuentes móviles.

Una confirmación práctica que viene a corroborar la exactitud del análisis precedente la constituye la experiencia vivida por Alemania (93). En 1988 este país introdujo una relativamente baja retención —al tipo del 10 por 100— sobre los rendimientos del capital mobiliario obtenidos en la forma de intereses. Se trata de una fuente de riqueza que goza de gran movilidad, por lo que no resulta extraño que unos pocos meses más tarde Alemania tuviese que abolir esta medida debido al enorme flujo de capitales (que se cifró en cien mil millones de marcos) que se produjo en dirección a Luxemburgo.

En 1991, el Tribunal Constitucional alemán decidió que el establecimiento de retenciones sobre los rendimientos del trabajo pero no sobre los intereses viola el derecho constitucional de igualdad, por lo que el gobierno vino obligado a restablecer la retención sobre los intereses. Ahora bien, en esta ocasión se declararon exentos de retención los intereses percibidos

por los no residentes, y no pase desapercibido que los alemanes que canalicen su dinero a través de Luxemburgo pueden fácilmente beneficiarse de este status debido a la protección que les dispensan las normas sobre secreto bancario de ese país. Así se consiguió que el dinero regresara a Alemania, pero a costa de renunciar a someterlo a retención en la práctica.

En nuestro país, y de forma semejante a lo ocurrido en momentos anteriores en otros países de nuestro entorno, hemos asistido a un proceso progresivo de diferenciación en el tratamiento de los distintos componentes de la renta en el IRPF, en atención a la fuente de la que proceden. Aunque los rendimientos del capital se integran con los rendimientos del trabajo y los de actividades económicas y se someten con ellos a una misma escala progresiva, especialmente llamativo es el régimen de las ganancias patrimoniales habidas respecto de elementos patrimoniales que han permanecido más de un año en el patrimonio del contribuyente, cuya cuota íntegra se determina por aplicación de un tipo de gravamen fijo y no progresivo, como el que se aplica para los restantes componentes de la renta (94).

La situación resultante de la dinámica de competencia fiscal es una pérdida para el conjunto de los actores implicados en el proceso. Y, una vez desatado el mismo, los Estados ven limitadas sus posibilidades de reacción: deben mejorar el régimen fiscal que se aplica a las fuentes de riqueza que gozan de movilidad o asumir que esas fuentes de riqueza abandonarán su territorio. Esta fatal disyuntiva convierte en ilusoria la adopción de una voluntad democráticamente formada acerca del nivel de imposición al que desea so-

(93) Véase al respecto SINN: *European integration and the future of the Welfare State*, Centre for Economic Policy, Universidad de Munich, Working Paper n° 153, enero 1998; MUTEN, LEIF: «International experience of how taxes influence the movement of private capital», *Tax Notes International*, vol. 8, 1994, págs. 743 y ss.

(94) Regulación contenida en los artículos 40, 50, 67 y 77 RDLeg. 3/2004, TRLIRPF (BOE de 10 de marzo de 2004). Es interesante señalar el caso extremo de Holanda, país en el que las ganancias patrimoniales no son sometidas a tributación (STEVENS, LEO G.M.: «Dual income tax systems: a European challenge?», *EC Tax Review*, n° 1, 1996, pág. 9).

meterse a la riqueza en sus diversas manifestaciones.

La conclusión al respecto es clara: la competencia fiscal perniciosa, tanto en la modalidad de normas «proteccionistas» como en la modalidad de normas «asimétricas», sólo puede ser combatida de forma efectiva mediante un esfuerzo conjunto de los sujetos implicados, los Estados. En este ámbito, las estrategias basadas en la acción unilateral están condenadas al fracaso, pues resultan estériles y consumen los recursos de aquellos Estados que deciden recurrir a ellas. Con todas las limitaciones que se quiera, el Derecho de la OMC constituye un ejemplo de esfuerzo colectivo que ha demostrado un elevado nivel de efectividad en la lucha contra normas tributarias perniciosas, puesto que ha logrado un desmantelamiento considerable de las barreras proteccionistas que intentaba combatir. Debe no obstante advertirse que los logros alcanzados en este sentido dependen del mantenimiento de la adhesión de los Estados en ese esfuerzo conjunto de contención de un fenómeno pernicioso.

Por lo que hace a la otra modalidad de normas fiscales perniciosas a las que venimos refiriéndonos, las «asimétricas», sólo en tiempos recientes los Estados han emprendido esfuerzos colectivos para luchar contra ellas, en el marco de la OCDE (95) y de la UE (96). La experiencia vivida res-

pecto de las normas «proteccionistas» debería servir de acicate para afrontar esta urgente tarea.

Por otra parte, los Acuerdos de la OMC nos ofrecen algunos elementos útiles para la reflexión acerca de la forma en que operan sus normas jurídicas. Los mecanismos para la solución de diferencias puestos en pie por estos Acuerdos revelan la importancia de dotarse de vías de expulsión de las normas transgresoras en cierta medida peculiares, que sin violentar la soberanía de los Estados puedan, no obstante, dotar a las resoluciones de los órganos internacionales de una eficacia suficiente para asegurar su operatividad y, con ella, el vigor del compromiso internacional.

Estos mecanismos combinan un primer nivel de negociación «amistosa» entre Estados; un segundo nivel de análisis por un comité de expertos; y un tercer nivel de análisis llevado a cabo por un «órgano de apelación», que es quizá el escalón que en mayor medida asemeja a un órgano jurisdiccional. Esta estructura podría ser emulada a la hora de resolver las controversias en materia de competencia fiscal perniciosa (97).

Otra idea que cabe extraer de la experiencia adquirida por el funcionamiento de los Acuerdos de la OMC radica en los problemas derivados de su falta de «legitimidad democrática» (98). En particular,

(95) OECD: *Harmful tax competition: an emerging global issue*, aprobado por el Consejo de la OCDE el 9 de abril de 1998, con 27 votos a favor y dos abstenciones (correspondientes a Luxemburgo y Suiza; estos países podrían haber vetado el acuerdo, pero decidieron no hacerlo). El seguimiento de los logros alcanzados como resultado de este acuerdo pueden verse en OCDE: *Towards global tax co-operation*, 2000; y *The OECD's project on harmful tax practices: the 2001 progress report*, 2001.

(96) El Código de Conducta aparece publicado como anexo a las conclusiones del Consejo del ECOFIN celebrado en Verona el 1 de diciembre de 1997, en el *DOC* n° 2/1998, de 6 de enero, págs. 2 a 5.

(97) Otro elemento de interés en el funcionamiento de los Acuerdos de la OMC estriba en la creación de órganos técnicos encargados de profundizar y concretar el contenido de tales acuerdos. Una experiencia pionera en este sentido la constituyó el «Comité del Valor» instituido en el marco del Acuerdo sobre la aplicación del Artículo VII del GATT («Código de valoración aduanera»), heredero a su vez de la experiencia del Convenio de Bruselas de 15 de diciembre de 1950 sobre el valor en aduana de las mercancías (Artículo V). Estos órganos se componen de técnicos representantes de las Administraciones de los Estados (véase al respecto IBÁÑEZ MARSILLA, S.: *La valoración de las importaciones. Régimen tributario y experiencia internacional*, McGraw-Hill, 2002, págs. 75 y ss).

(98) KRAJEWSKI, MARKUS: «Democratic legitimacy and constitutional perspectives of WTO Law», *Journal of World Trade*, vol. 35, 2001, n° 1, págs. 167-186.

debe destacarse que las normas que delimitan lo que constituye una medida de competencia fiscal perniciosa deben formularse de tal modo que no impidan a los diferentes sistemas tributarios la utilización del instrumento fiscal para el logro de los valores que cada sociedad estime superiores, de modo que la lucha contra este tipo de competencia no comporte el sacrificio de valores preferentes (99). Ciertamente topamos aquí con la dificultad, que estimamos clave, a la que deberá hacer frente cualquier esfuerzo internacional de lucha contra la competencia fiscal perniciosa, cualquiera que sea la modalidad de ésta: compatibilizar esa lucha con el respeto a las preferencias y valores fundamentales propios de cada sociedad. Porque no puede ignorarse que una norma tributaria puede causar perjuicios a los demás Estados en casos en los que lo que se persigue no sea meramente el enrique-

cimiento del Estado que dicta la norma, sino que las finalidades perseguidas pueden encontrar fundamento en valores más dignos de consideración, como pueda ser, por ejemplo, la redistribución territorial de la riqueza.

6. OTRAS IMPLICACIONES DEL ACUERDO SMC EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD DIRECTA

El análisis del asunto de las *Foreign Sales Corporations* (EVes, por sus siglas en castellano) nos ha ofrecido la ocasión para exponer el contenido más relevante de las normas del Acuerdo SMC que alcanzan eficacia en el ámbito de la imposición directa, y que fundamentalmente consisten en la prohibición de aquellas medidas fiscales incentivadoras condicionadas, *de jure* o *de facto*, a la exportación de mercancías domésticas (100). Cierta-

(99) MARKUS KRAJEWSKI critica a quienes defienden que el derecho de la OMC y el GATT se erige como un derecho constitucional del comercio internacional, basado en un derecho subjetivo individual a la realización de operaciones de comercio internacional [formulación de Ernst-Ulrich Petersmann en «Trade policy as a constitutional problem: On the domestic policy functions of international trade», 41 *Aussenwirtschaft* (1986), págs. 405-439; y también en *Constitutional functions and constitutional problems of international economic law*, University of Fribourg Press, Friburgo, 1991]. Estos autores parten de la teoría de la ventaja comparativa, pero señalan que las decisiones del Estado se ven mediatizadas por grupos de presión interesados en el proteccionismo. El interés por la liberalización es más difuso (los consumidores) y por ello carece de valedores organizados. El derecho de la OMC ata a los políticos nacionales para re-equilibrar esta situación. Con ello se garantiza el derecho individual al libre comercio. Por su parte, KRAJEWSKI observa que la teoría de la ventaja comparativa en que se basa la bondad del comercio internacional debe ser objeto de matizaciones (no cualquier comercio es beneficioso para cualquier país). Por otra parte, señala que también hay grupos de presión interesados en la liberalización del comercio (multinacionales), luego no hay tal desequilibrio que corregir. Finalmente, el pretendido derecho al libre comercio, caso de reconocerse, no podrá ser un derecho absoluto y hegemónico, que prevalezca sobre otros derechos y valores constitucionales. Puesto que el comercio internacional afecta de forma expansiva a una gran variedad de materias, otros principios y valores deben ser tomados en consideración (salud pública, p. e.). Pone de relieve a continuación los límites de legitimidad democrática de la OMC, a pesar de lo cual su derecho se ha visto revestido de una eficacia semejante a la del derecho comunitario, con el sistema de solución de diferencias asumiendo una función jurisdiccional. Sus decisiones pueden imponerse a decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que sí gozan de legitimidad, lo cual puede suponer un paso atrás en la constitucionalización del derecho del comercio internacional. Finalmente destaca que la legitimidad no es un problema para el cual se disponga de una solución viable, tras analizar las distintas vías por las que se postula la consecución de este objetivo, lo cual le hace abogar por disminuir la demanda de legitimidad, es decir, el ámbito de competencias de la OMC («Democratic legitimacy and constitutional perspectives of WTO Law», *op. cit.*).

(100) Véanse los artículos 1 y 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; los artículos 3, 8, 9 y 10 del Acuerdo sobre Agricultura. La imposición directa puede verse asimismo afectada por otras disposiciones del derecho de la OMC, fundamentalmente en función del alcance que se reconozca a la cláusula de Nación Más Favorecida y a la cláusula de Trato Nacional,

mente se trata de un ámbito de eficacia materialmente restringido, por más que no deja de tener incidencia práctica (101).

Así, podría cuestionarse la adecuación a estas normas de la exención prevista en el artículo 37 del TRLIS (102). En realidad, a pesar de su desafortunado título, este precepto no regula propiamente una «deducción por actividades de exporta-

ción», sino más bien una deducción por la creación de una presencia en el extranjero con vistas a desarrollar, a través de ella, la actividad de exportación. Así se explica que la deducción no dependa de la existencia real de exportaciones (que pueden no existir, sin que por ello la deducción deje de ser aplicable) y también que su cálculo no se realice en función del valor de las exportaciones (103).

pero por el momento parece que se pretende excluir a la imposición directa del ámbito de aplicación de ambas. El Prof. PAUL MCDANIEL, probablemente una de las voces más autorizadas en este ámbito, sostiene que el solapamiento entre fiscalidad directa y derecho de la OMC se produce en el ámbito de las subvenciones, que él identifica con los «*tax expenditures*» («The impact of trade agreements on tax systems», *Intertax*, vol. 30, 2002, n° 5, págs. 166-171; véase también al respecto AVI-YONAH, REUVEN S.: «Treating tax issues through trade regimes», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26, 2001, págs. 1683-1692).

(101) En este sentido, resulta especialmente interesante SORENSEN, KARSTEN E.: «Direct taxation and the WTO agreements», *European Taxation*, junio/Julio 2002, p. 206-213. Consúltese también MCDANIEL, PAUL R.: «The impact of trade agreements on tax systems», *Intertax*, vol. 30, n° 5, 2002; PEARSON, GAIL: «Business incentives and the GATT Subsidies Agreement», *Australian Business Law Review*, n° 23, 1995, págs. 368-396; LUJA, RAYMOND H.C.: «WTO agreements versus the EC fiscal aid regime: impact on direct taxation», *Intertax*, vol. 27, n° 6/7, 1999, págs. 207-225; BAO, LINGGUANG: «The WTO accession and tax policy options in China», *Intertax*, vol. 29, n° 8/9, 2001, págs. 288-289.

(102) El art. 37 del RD-Leg 4/2004 (BOE 11.03.2004) dispone: «Artículo 37. Deducción por actividades de exportación. 1. La realización de actividades de exportación dará derecho a practicar las siguientes deducciones de la cuota íntegra:

a) El 25 por 100 del importe de las inversiones que efectivamente se realicen en la creación de sucursales o establecimientos permanentes en el extranjero, así como en la adquisición de participaciones de sociedades extranjeras o constitución de filiales directamente relacionadas con la actividad exportadora de bienes o servicios o la contratación de servicios turísticos en España, siempre que la participación sea, como mínimo, del 25 por 100 del capital social de la filial. En el período impositivo en que se alcance el 25 por 100 de la participación se deducirá el 25 por 100 de la inversión total efectuada en el mismo y en los dos períodos impositivos precedentes.

A efectos de lo previsto en este apartado las actividades financieras y de seguros no se considerarán directamente relacionadas con la actividad exportadora.

b) El 25 por 100 del importe satisfecho en concepto de gastos de propaganda y publicidad de proyección plurianual para lanzamiento de productos, de apertura y prospección de mercados en el extranjero y de concurrencia a ferias, exposiciones y otras manifestaciones análogas, incluyendo en este caso las celebradas en España con carácter internacional.

2. No procederá la deducción cuando la inversión o el gasto se realice en un Estado o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

3. La base de la deducción se minorará en el 65 por 100 de las subvenciones recibidas para la realización de las inversiones y gastos a que se refiere el apartado 1».

(103) De ahí que induzca a la confusión la afirmación que se realiza en el *Joint Report of the Office of the US Trade Representative and the US Department of Commerce «Subsidies Enforcement. Annual report to the Congress»* (February 2001) cuando dice que «las compañías —de los Estados Unidos— alegaron que el productor de acero Acerinox se ha beneficiado de estas ventajas fiscales en la exportación de suministros de acero inoxidable semi-acabado a sus filiales en los Estados Unidos y demás países» (pág. 30). El beneficio no puede obtenerse «en la exportación», sino en la creación de una presencia extranjera con vistas a la exportación. En cambio el Informe es más exacto cuando observa que «reconocemos que la utilización de la norma española puede haber contribuido a la expansión de las instalaciones de Acerinox en Kentucky, y ha conllevado un beneficioso desarrollo económico para esa región» (pág. 31). Justamente ese es el tipo de resultados que

Para avanzar en el análisis de la compatibilidad de este precepto con el Acuerdo SMC, pensamos que puede ser útil atender a los criterios decantados por el Órgano de Apelación en el caso «Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles» (104). En este asunto el OA se enfrentó a la interpretación de la Nota 4 del Acuerdo SMC, que se dirige a clarificar cuándo una subvención se considera «supeditada de jure o de facto a los resultados de exportación» (105). Dispone esta nota que «Esta norma se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aun sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. El mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación en el sentido de esta disposición».

El OA estimó que el cumplimiento del criterio de supeditación de facto a la exportación puede descomponerse en tres elementos, a saber: 1) «la concesión de una subvención»; 2) que ésta «está[...] vinculada a» y 3) «las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos». Por lo que hace al primer elemento, observa el OA que «la investigación inicial debe ocuparse de si la *autoridad otorgante* impuso una condición basada en los resultados de exportación al conceder la subvención». Por lo que hace al segundo elemento, se señala que «es necesario que los hechos «demuestren» que la concesión de una subvención está *vinculada a o supeditada a* exportaciones reales o previstas. No basta con demostrar únicamente que el go-

bierno que otorgó la subvención *previó* que daría lugar a exportaciones. La prohibición contenida en el párrafo 1 a) del artículo 3 se aplica a las subvenciones que están *supeditadas* a los resultados de exportación». Por su parte, por lo que hace al tercer elemento, se observa que éste no implica indagar las expectativas de la autoridad otorgante, sino que implica un análisis de los elementos de prueba objetivos para deducir si las exportaciones fueron previstas o esperadas. Y añade el OA: «Una subvención puede muy bien otorgarse sabiendo o previendo que dará lugar a exportaciones. Sin embargo, esto no basta por sí solo porque por sí solo no es prueba de que la concesión de la subvención esté *vinculada a* la previsión de la exportación».

Por supuesto, subyace en el establecimiento de la deducción del artículo 37 TRLIS la idea de que, en la generalidad de los casos, cuando una sociedad realiza este tipo de inversiones, será recompensada con exportaciones en el futuro. Aún así, esas exportaciones puede que nunca se materialicen o que lo hagan a un nivel decepcionante, y la deducción no quedará afectada por estas circunstancias. En este punto la norma española se distancia de la regulación estadounidense sobre las EVEs y la posterior «Ley IET», así como también de la regulación canadiense examinada en el mencionado caso de las aeronaves civiles, puesto que en todos esos asuntos la subvención se calculaba en función del importe de las exportaciones. Por tanto, carecemos de un antecedente relevante entre las controversias resueltas en la OMC para decidir de forma clara la compatibilidad o no de la medida española.

promueve la medida, la creación y mejora de instalaciones en el extranjero dedicadas a la actividad de exportación (con cargo al Erario español). Debe reconocerse que en buena medida la confusión es imputable a la propia literalidad de la norma, que además de llevar por título «Deducción por actividades de exportación», comienza diciendo «La realización de actividades de exportación dará derecho...».

(104) Los documentos de la OMC relativos a este asunto pertenecen a la serie WT/DS70, y en concreto el Informe del Órgano de Apelación es el documento WT/DS70/AB/R, de 2 de agosto de 1999.

(105) Véanse los párrafos 169 a 173 del Informe del Órgano de Apelación (WT/DS70/AB/R, de 2 de agosto de 1999).

Se trata, pues, de un caso que todavía podemos calificar como de resolución dudosa, la cual dependerá de lo que se interprete que implica la expresión «resultados de exportación» en el artículo 3 del Acuerdo SMC (106). Es evidente que la razón por la que la deducción del artículo 37 TRLIS se establece no es otra que la de promover las exportaciones (107). Ahora bien, aunque la medida española puede argumentarse que distorsiona los flujos comerciales, puesto que indirectamente favorece con recursos públicos las exportaciones españolas, pensamos que no puede concluirse de forma automática su incompatibilidad con el Acuerdo SMC, puesto que éste no necesariamente va a determinar la desaparición de todas las medidas que distorsionan el comercio internacional, sino sólo de aquellas que lo hacen de un modo que quede comprendido en el

consenso de los Estados acerca de las medidas que deben impedirse. Lo que vale tanto como recordar que, en este ámbito, es más importante atender a la literalidad de Acuerdo SMC que a una interpretación finalista acerca de los objetivos globales de la OMC como organización internacional (108).

Hemos de dejar constancia, no obstante, de la existencia de dos elementos que, indirectamente, apuntan en la dirección de favorecer la calificación de esta deducción como subvención prohibida. El primero de ellos consiste en la aplicación, por parte de la Comunidad, de derechos compensatorios contra Corea por la llamada «reserva para las pérdidas por inversiones en ultramar» (109). Esta medida fiscal permitía a determinadas compañías coreanas diferir la tributación, puesto que

(106) Se pronuncian claramente por el carácter de subvención prohibida ALMUDÍ CID, J.M.; LÓPEZ BARRERO, E.; y SERRANO ANTÓN, F.: «La Organización Mundial del Comercio como límite a la potestad tributaria de los Estados», *Quincena Fiscal*, n° 12, 2002, págs. 21-22. Con todo, tal y como observan estos autores, debe recordarse que, en el marco de la OMC, sólo se contemplan medidas compensatorias a partir del momento en que un Miembro incumpla la decisión por la que se declare que su normativa es contraria a los compromisos contraídos. Así pues, en tanto este precepto no sea cuestionado por los cauces previstos por el Derecho de la OMC y se declare su incompatibilidad, España no incurre en ningún tipo de responsabilidad.

Por otra parte, debe precisarse que el artículo 37 TRLIS no sólo se aplica cuando la presencia en el extranjero tiene como objetivo la exportación de mercancías, sino que también se aplica cuando lo que pretende exportar son servicios o cuando se pretenden contratar servicios turísticos en España. El Acuerdo SMC limita su ámbito de eficacia al comercio de bienes, en tanto que en el ámbito del comercio de servicios la norma aplicable es el Artículo XV GATS (Acuerdo de Servicios), que tiene una redacción bastante vaga y que no prevé la consecuencia jurídica en caso de que se aprecie la existencia de una subvención. De ahí que, aun cuando se apreciara que la medida española supone una subvención prohibida, la norma podría mantenerse vigente respecto de la exportación de servicios y la promoción de contratos turísticos.

(107) En el asunto «Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles», el OA realiza una apreciación directamente relevante al respecto cuando observa: «Señalamos que el Grupo Especial consideró que la forma más eficaz de comprobar si una subvención está supeditada *de facto* a los resultados de exportación es examinar si se habría otorgado *a no ser por* las exportaciones o los ingresos de exportación previstos (informe del Grupo Especial, párrafo 9.332). Aunque consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error en su enfoque general de la supeditación *de facto* a la exportación, nosotros –y también los grupos especiales– debemos interpretar y aplicar el lenguaje realmente utilizado en el tratado (véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación en el asunto *India - Patentes*, *supra*, nota 35 de pie de página, párrafo 45)» (WT/DS70/AB/R, en nota al pie n° 102).

(108) SLOTBOOM, M.M.: «Subsidies in WTO Law and in EC Law», *Journal of World Trade*, vol. 36, n. 3, pág. 517.

(109) Véase el Reglamento (CE) 619/1999, de la Comisión, de 23 de marzo de 1999 (*DO L* n° 79, de 24.03.1999, págs. 81-82). Véase también la versión en inglés de este Reglamento, no exactamente coincidente con la versión española (ofrece más detalles). La medida examinada dejó de aplicarse a partir del 1 de enero de 1998.

contemplaba una deducción en la base imponible igual al 20% de las cantidades invertidas en acciones de una sociedad extranjera o de los capitales remitidos para operar una actividad en el extranjero. Estas cantidades debían imputarse posteriormente en la base imponible, por partes iguales, durante los tres años posteriores a un período de gracia de dos años. Como puede observarse, la medida coreana es similar a la española (110), en el sentido de que no depende de la existencia real de exportaciones (puede invertirse en el extranjero o remitir capital y no obtener las apetecidas exportaciones) y porque el importe de la deducción tampoco se calcula en función de las exportaciones. Así pues, si la Comunidad apreció que esta medida era merecedora de la aplicación de derechos compensatorios (o «antisubvención»), parece que a la misma conclusión podría llegar la OMC respecto de la medida española. Ahora bien, la interpretación que las

instituciones comunitarias hagan del Reglamento CE 2026/97 (111) (que es el Reglamento de base que, en el ámbito comunitario, regula los derechos compensatorios y que, a su vez, se basa en el Acuerdo SMC) no condiciona en modo alguno la interpretación que puedan realizar, en su caso, el Grupo Especial o el Órgano de Apelación de la OMC.

El segundo elemento que favorece la calificación como subvención prohibida de la deducción del artículo 37 TRLIS estriba en su apreciación como ayuda de Estado por parte de la Comisión Europea, conclusión que ha sido posteriormente refrendada por el TJCE (112). Atendido que la norma española era pre-existente a la adhesión de nuestro país a las Comunidades Europeas, la Decisión de la Comisión sólo despliega efectos en el ámbito de los productos CECA, de modo que España puede mantener la medida sin contravenir el ordenamiento comunitario siempre que ex-

(110) Cabe apreciar, no obstante, una diferencia, y es que la medida coreana sólo se contemplaba respecto de determinados sectores industriales especialmente activos en el comercio de exportación.

(111) *DO L* n° 288, de 21 de octubre de 1997, págs. 1-33.

(112) Decisión de la Comisión de 31 de octubre de 2000 (*DO L* n° 60, de 1 de marzo de 2001). La Sentencia del TJCE de 15 de julio de 2004 (Asunto C-501/00) afirma la legalidad de la Decisión de la Comisión, si bien su escasa justificación acerca del carácter selectivo de la medida nos parece poco satisfactoria e incluso peligrosa en caso de generalizarse (véase el párrafo 120). Ello no obsta, a los efectos de este estudio, debe recordarse que el concepto de «subvención prohibida» en el Acuerdo SMC, a diferencia del concepto de ayuda de Estado, no requiere que concurra el carácter selectivo en la medida examinada, que se atribuye automáticamente (artículo 2.3).

Véase un comentario crítico a la Decisión de la Comisión en FALCÓN y TELLÁ, R.: «La desorbitada expansión del concepto ayuda de Estado en la práctica reciente de la Comisión: el ejemplo de la decisión de 31 de octubre de 2000, relativa a la deducción por actividades de exportación contemplada en el artículo 34 LIS», *Quincena Fiscal*, n° 7, 2001, págs. 5-9.

Aunque el análisis de esta medida en el contexto de la norma comunitaria sobre ayudas de Estado excede del objeto de nuestra exposición, no podemos dejar de señalar que la Decisión comunitaria (que estimamos jurídicamente muy discutible) podría responder en buena medida a presiones políticas por parte de los Estados Unidos. La existencia de tales presiones se pone de manifiesto expresamente en el *Joint Report of the Office of the US Trade Representative and the US Department of Commerce «Subsidies Enforcement. Annual report to the Congress»* (February 2001), donde se afirma que «the US had posed questions about this program during the course of the WTO Subsidies Committee's review of the EU's 1995 subsidies notification and expressed concerns to EU officials informally and during Committee discussions»; a continuación que «Following additional exchanges with both the EU and the domestic industry, on July 30, 1997, the competition authorities of the European Commission announced the initiation of a formal investigation to determine the compatibility of the tax provision with the EU's State aid rules in force for coal and steel products»; y que, «in December 1998, the USTR formally reiterated to the European Commission its interest in the EU's progress in resolving this matter, and it has followed up with informal inquiries to EU trade and competition officials periodically since then» (en páginas 30-31).

cluya los mencionados productos CECA de su ámbito de aplicación. A los efectos de nuestra discusión, no obstante, ha de señalarse la existencia de importantes diferencias entre el concepto de subvención prohibida en el Acuerdo SMC y el concepto de ayuda de Estado en el ordenamiento comunitario, lo que impide cualquier intento de inferir la solución en el ámbito de la OMC a partir de los resultados alcanzados a la luz de la norma comunitaria (113). A nuestro parecer, es especialmente relevante la circunstancia de que el concepto de subvención prohibida exija que ésta quede supeditada a los resultados de la exportación, en tanto que la ayuda de Estado se aprecia cuando existe una distorsión al comercio comunitario, la cual puede existir sin que las exportaciones queden afectadas. Obsérvese, por ejemplo, que basta con que se altere la competencia en el mercado interno del Estado que concede la subvención, en perjuicio de la posición en ese mercado de las compañías de otro Estado miembro (114). De ahí que concluyamos que la calificación de la medida que analizamos como ayuda de Estado tenga una trascendencia escasa a efectos de su posible consideración como subvención prohibida en el marco de la OMC.

El artículo 25 del Acuerdo SMC establece la obligación de los Estados de comunicar las subvenciones que conceden. España no incluyó esta medida en su infor-

me de 1995 (primer año para el que se comunicaron tales informes), pero ello no obstante la delegación de Estados Unidos se refirió a ella durante el examen de los informes en el seno del Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias (115). Por su parte, España defendió la compatibilidad de esta medida con el Acuerdo SMC, observando que «las medidas no están vinculadas ni directa ni específicamente a las exportaciones sino que la actividad exportadora constituye la condición objetiva determinante del derecho a la deducción», alegando por otra parte la cobertura que ofrece la nota 4 al artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC («el mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación en el sentido de esta disposición»), para concluir que «estas medidas pueden beneficiar a todos los sujetos pasivos del impuesto de sociedades, sin distinción por razón de nacionalidad, sector de actividad o territorio, dentro del ámbito de aplicación del impuesto, en el que se encuentren establecidos» (116).

Más problemática resulta la defensa de la norma contenida en el artículo 34 del TRLIS, mediante la cual se concede una bonificación del 99 por 100 de la parte de cuota íntegra correspondiente a rentas procedentes de la actividad exportadora de ciertos productos culturales españoles (117).

(113) Respecto a tales diferencias, véase LUJA, R.H.C.: «WTO Agreements versus EC fiscal aid regime: impact on direct taxation», *Intertax*, vol. 27, n. 6-7, 1999, págs. 207-225, especialmente págs. 217-218.

(114) En este sentido, Sentencia TJCE 1ª Instancia de 6 de marzo de 2002, asunto *Daewoo*, asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99, párrafo 214.

(115) El Informe español se integra en el Informe conjunto que elabora la Comunidad Europea, y que comprende un Informe de las subvenciones de las propias autoridades comunitarias y un Informe de cada Estado miembro. Respecto a las observaciones de EEUU, véanse los documentos de la OMC G/SCM/Q2/EEC/4 (de 24 de junio de 1996) y G/SCM/Q2/EEC/4/Suppl.1 (de 24 de septiembre de 1996).

(116) Documento de la OMC G/SCM/Q2/EEC/10, de 20 de febrero de 1997.

(117) Dice así este precepto: «Artículo 34. Bonificación por actividades exportadoras y de prestación de servicios públicos locales. 1. Tendrá una bonificación del 99 por 100 la parte de cuota íntegra que corresponda a las rentas procedentes de la actividad exportadora de producciones cinematográficas o audiovisuales españolas, de libros, fascículos y elementos cuyo contenido sea normalmente homogéneo o editado conjuntamente con aquellos, así como de cualquier manifestación editorial de carácter didáctico, siempre que los beneficios correspondientes se reinviertan en el mismo período impositivo al que se refiere la bonificación o en el siguiente, en la adquisición de

Existe en este caso una subvención puesto que dejan de recaudarse «ingresos públicos que en otro caso se percibirían», puesto que en ausencia de esta norma habríamos de acudir al precepto que, de forma general, regula el beneficio por reinversión (artículo 42 TRLIS), para concluir que éste sólo se reconoce a favor de ganancias patrimoniales, y en consecuencia no resultaría aplicable. Por otra parte, la subvención –fiscal– sí que aparece claramente supeditada a la exportación de mercancías españolas –los productos culturales que se relacionan en el precepto–, y la ayuda está «relacionada» con las exportaciones, puesto que va a ser justamente el volumen de exportaciones el que determine el importe de la ayuda (118).

La peculiaridad de esta medida estriba en que se contempla respecto de la exportación de ciertos «productos culturales». Ahora bien, no es posible encontrar en los Acuerdos de la OMC una norma que permita un tratamiento diferenciado para la exportación de bienes culturales respecto de otro tipo de bienes (119). No puede dejar de señalarse, sin embargo, que los «productos culturales» no constituyen un grupo homogéneo por lo que se refiere a su régimen jurídico en el derecho de la OMC, puesto que mientras algunos de ellos son considerados como «bienes» (películas cinematográficas, obras de arte, libros, discos, etc.) y, en consecuencia quedan sometidos a la disciplina –entre otros– del Acuerdo SMC, otros «productos cultura-

les» son considerados «servicios» (fundamentalmente, los programas de televisión y, con ciertas dudas, los contenidos transmitidos a través de internet), con la consecuencia de que éstos últimos quedan sometidos a la disciplina del Acuerdo GATS, que carece de una definición de subvención y que no establece una consecuencia jurídica frente a las normas que establezcan subvenciones (véase su Artículo XV). Más todavía, la CE formuló varias excepciones al Acuerdo GATS en el ámbito del sector audiovisual, resultando en su exclusión *de facto* de la disciplina del GATS. En atención a lo expuesto, la norma española podría reputarse «subvención prohibida» por lo que se refiere a los incentivos que concede a los productos culturales que tengan la consideración de bienes, pero podría mantener su vigencia respecto de los que sean considerados «servicios», dando con ello pie a situaciones conflictivas (por ejemplo, supóngase que una serie de televisión se exporta en formato DVD; o que una canción se vende al extranjero como archivo informático a través de internet).

Si el artículo 34 TRLIS fuera cuestionado ante la OMC y se concluyera que constituye una subvención prohibida, España sería requerida para adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar la subvención (artículo 7.8 Acuerdo SMC). Si en el plazo de 6 meses España no cumpliera este requerimiento, y en caso de que no se alcanzara

elementos afectos a la realización de las citadas actividades o en cualquiera de los activos indicados en los artículos 37, 38 y 39 de esta Ley.

Los elementos en los que se materialice la reinversión no disfrutarán de la deducción prevista en los artículos 37, 38 y 39.

La parte de la cuota íntegra derivada de las subvenciones concedidas para la realización de las actividades a que se refiere este apartado no será objeto de bonificación».

(118) En este caso coincidimos con el criterio expresado por ALMUDÍ CID, J.M.; LÓPEZ BARRERO, E.; y SERRANO ANTÓN, F.: «La Organización Mundial del Comercio como límite a la potestad tributaria de los Estados», *Quincena Fiscal*, n° 12, 2002, págs. 21-22.

(119) Las únicas especificidades en materia de productos culturales se refieren a la posibilidad de establecer cuotas de pantalla respecto de las películas cinematográficas (Artículo IV GATT'47) y la existencia de una excepción general «para proteger los tesoros nacionales de valor histórico o arqueológico» (Artículo XX, letra f) GATT'47). Respecto del tratamiento de los productos culturales en el comercio internacional, véase DE WITTE, B.: «Trade in culture: international legal regimes and EU constitutional values», *The EU and the WTO. Legal and constitutional issues*, Hart Publishing, Oxford, 2001, págs. 237-255.

un acuerdo de compensación con el Estado que hubiese formulado la disputa, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC podría conceder al Miembro reclamante autorización para adoptar contra-medidas proporcionadas (artículo 7.9 Acuerdo SMC). Estas medidas no tendrían efecto retroactivo y, en consecuencia, los contribuyentes beneficiados no habrían de ingresar el importe correspondiente a la deducción disfrutada (120). Ahora bien, el Estado perjudicado podría aplicar derechos compensatorios con ocasión de la importación en su territorio de las mercancías exportadas por el contribuyente beneficiado (aplicando normas análogas al citado Reglamento CE 2026/97), y por esta vía indirecta el exportador podría ser privado del beneficio que disfrutó en virtud de la bonificación que contempla el artículo 34 TRLIS.

Más allá de nuestras fronteras, los Estados Unidos solicitaron en 1998 la celebración de consultas (primer paso en el entramado del mecanismo de solución de diferencias de la OMC) con cinco gobiernos europeos, al apreciar que diferentes normas de su sistema tributario podrían

constituir violaciones de los Acuerdos de la OMC (121). De forma sintética, las cuestiones formuladas son las siguientes:

- Frente a Bélgica, se aduce la posible inadmisibilidad de la exención de 400.000 francos belgas (9.916 €, aproximadamente), en la imposición sobre la renta societaria, por la contratación de un jefe de departamento responsable de las exportaciones (122). Es interesante señalar que subyacen a esta norma –todavía vigente– dudas similares a las señaladas respecto del artículo 37 TRLIS español, puesto que se trata de un beneficio fiscal que no se condiciona a la existencia real de exportaciones (sino a la contratación de un responsable de exportación) y su importe no se calcula en función de las exportaciones (es una cantidad fija). Si la norma belga fuese finalmente llevada ante un Grupo Especial y ante el Órgano de Apelación, la solución dada a este asunto pensamos que determinaría el destino de la norma española.
- Frente a Holanda, se cuestiona la compatibilidad con las reglas de la

(120) Sólo excepcionalmente el Órgano de Solución de Diferencias ha otorgado efecto retroactivo a una decisión, en casos en que ello era necesario para dotar de sentido al remedio (por ejemplo, cuando se trata de una subvención ad hoc que además adopta la forma de pago único). Véase el caso analizado en los documentos de la OMC WT/DS126/R y WT/DS126/RW. Véase también LUJA, R.H.C.: «Anti-tax-avoidance rules and fiscal trade incentives», *Intertax*, vol. 28, n. 6-7, págs. 226-240, en pág. 234.

(121) En el texto referimos únicamente las controversias en materia de fiscalidad directa. No obstante debe señalarse que el campo de la fiscalidad indirecta ha sido fértil en controversias, cuyo estudio excedería las posibilidades de este trabajo, y que podemos relacionar así (entre paréntesis se indica la serie de los documentos de cada asunto): el caso llevado ante la OMC por Estados Unidos contra China por el régimen que aplica en el IVA a los circuitos integrados (WT/DS309); el caso llevado por los Estados Unidos contra México por el trato fiscal a ciertos edulcorantes en el impuesto sobre las bebidas (WT/DS308); el caso planteado por Brasil contra el «Impuesto especial de equiparación» aplicado por el Estado de Florida a los productos cítricos importados (WT/DS250); los casos llevados por Chile contra Perú (WT/DS255) y Uruguay (WT/DS261) relativos al régimen de importación aplicado a ciertos productos de alimentación; el caso llevado por EEUU contra Turquía por la imposición sobre la recaudación obtenida por la exhibición de películas extranjeras (WT/DS43); así como diversos casos relativos a la discriminación en el régimen tributario de las bebidas alcohólicas (contra Chile, llevado por la Comunidad –WT/DS110 y WT/DS87– y por EEUU –WT/DS109–; contra Japón, llevado por Canadá –WT/DS10–, por la Comunidad –WT/DS8– y por los EEUU –WT/DS11–; y contra Corea, llevado por la Comunidad –WT/DS75– y por los EEUU –WT/DS84–). Algunos de los casos reseñados han concluido ya con la decisión de que las normas enjuiciadas eran contrarias al derecho de la OMC.

(122) Documento OMC WT/DS127/1.

OMC de la norma que, en el ámbito de la imposición sobre la renta, establece la «reserva de exportaciones» (provisión por impagados) para los ingresos obtenidos por las ventas para la exportación (123).

- Frente a Grecia, se solicitan consultas respecto a la deducción anual especial, de nuevo en el ámbito de la imposición sobre la renta, que se establece a favor de los exportadores griegos y que se calcula como porcentaje de los ingresos por exportaciones (124).
- Frente a Irlanda, se aprecia que pudieran constituir un incumplimiento de sus compromisos en el marco de la OMC las disposiciones relativas a las *Special trading houses*, o Compañías de comercio exterior, que pueden acogerse a un tipo de gravamen especial en la imposición societaria respecto de los ingresos por operaciones de comercio exterior procedentes de la venta para la exportación de bienes de fabricación irlandesa (125).
- Frente a Francia, se cuestionan dos medidas. Por una parte, se observa que se permite a las empresas la deducción, de forma temporal, de determinados gastos de puesta en marcha de sus operaciones en el extranjero mediante una cuenta de reservas. Para acceder a este mecanismo se exige el establecimiento de una sucursal o filial en el extranjero cuyo capital pertenezca parcialmente a la empresa matriz francesa, así como que más del 50 por 100 del volumen de negocio de la sucursal o filial proceda de la venta

de productos fabricados por la matriz. Por otra parte, se cuestiona asimismo la posibilidad contemplada por el ordenamiento francés, en virtud de la cual una empresa puede dotar una provisión equivalente al 10 por 100 de las sumas pendientes de cobro a fin de año, por los riesgos de crédito a medio plazo derivados de ventas para la exportación (126).

Ninguna de estas controversias, que como hemos indicado se suscitaron en 1998, ha ido más allá de la solicitud de consultas. Desconocemos si ello responde a que los países implicados han retirado las medidas cuestionadas o bien a que han justificado, a satisfacción de los Estados Unidos, que tales medidas no vulneran el contenido de los Acuerdos de la OMC. Lo cierto es que la solicitud de estas consultas vino a coincidir en el tiempo con el cuestionamiento del régimen de las *Foreign Sales Corporations*, y que los Estados Unidos no han dado continuidad a los respectivos procedimientos a pesar de haber recibido una decisión contraria a sus posiciones en aquel asunto. Lo que cabe suponer es que este país permanecerá atento a las posibles normas tributarias, especialmente de países europeos, que puedan ser cuestionadas en el marco de la OMC. Actitud que, examinada desde un espíritu constructivo, puede colaborar —aunque no sea ese su propósito— a robustecer la eficacia de los Acuerdos de la OMC y a reafirmar la validez de los cauces jurídicos en el ámbito de la lucha contra la competencia fiscal perniciosa. Y, aunque se ha cuestionado la adecuación de la OMC como foro para dirimir controversias de naturaleza tributaria (127), en

(123) Documento OMC WT/DS128/1.

(124) Documento OMC WT/DS129/1.

(125) Documento OMC WT/DS130/1.

(126) Documento OMC WT/DS131/1.

(127) ROBERT GREEN ha señalado diversos argumentos por los cuales, a su juicio, la OMC no es un foro adecuado para resolver disputas de naturaleza tributaria («Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade disputes», *Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998, p. 79-139), posición que ha sido contradicha por REUVEN AVI-YONAH («Treating tax issues through trade regimes», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26, 2001, págs. 1683-1692). Este autor, no obstante, matiza su posición en un

nuestra opinión sí lo es en tanto se delimite adecuadamente el alcance de sus disposiciones en materia de fiscalidad directa. A nuestro parecer los problemas aparecen cuando se intenta erigir a la OMC en la organización que tutele un adecuado desenvolvimiento de la fiscalidad internacio-

nal. Como hemos señalado anteriormente, las normas fiscales perniciosas «proteccionistas» deben diferenciarse de las normas perniciosas «asimétricas», por más que ambas compartan notas comunes. Pensamos que a la OMC sólo le corresponde combatir a las primeras.

trabajo posterior (AVI-YONAH, REUVEN y SLEMROD, JOEL: «(How) should trade agreements deal with income tax issues?», *Tax Law Review*, vol. 55, 2002, p. 533-554, especialmente págs. 551-554).