

El concepto de subvención en la OMC: comparación con el sistema europeo de ayudas a raíz del caso de las empresas de venta en el extranjero.

GUSTAVO E. LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID*

SUMARIO : I. Introducción: algunas consideraciones sobre la problemática de las subvenciones en el comercio internacional.- II. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.- A. Naturaleza. B. Concepto de subvención. C. Tipología de subvenciones. 1. *Lista negra de subvenciones*. 2. *Lista gris de subvenciones recurribles*. 3. *Lista blanca de subvenciones no recurribles*. D. Conclusión sobre el Acuerdo SMC. III. Subvenciones en forma de medidas fiscales en el marco de la OMC.- A. Régimen fiscal de los Estados Unidos. B. Medidas fiscales estadounidenses favorecedoras de las exportaciones. C. El caso de las DISC. 1. *El panel de las DISC*. 2. *El panel en los casos europeos*. 3. *Las cuestiones post-panel de estos casos*. IV. El caso Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las “Empresas de Venta en el Extranjero”.- A. Las medidas relativas a las EVE. B. Problemas que plantean las medidas relativas a las EVE en el marco de la OMC: el Acuerdo SMC. C. Solución del caso. V. Reflexiones sobre el caso de las EVE.- A. Los sistemas fiscales en el marco de la OMC. 1. *Sistemas fiscales europeos: diferencia con las medidas relativas a las EVE*. 2. *Conclusión*. B. La fijación administrativa de los precios de transferencia. C. Art. 3.1.b) del Acuerdo SMC: subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. D. El argumento de la doble imposición. E. Valor del Entendimiento de 1981. F. Consecuencias del caso de las EVE. VI. Concepto de subvención en el sistema comunitario europeo.- A. Concepto de subvención en el Tratado CE: comparación con el Acuerdo SMC. B. Visión del caso de las EVE desde la perspectiva europea. 1. *Exportaciones en general*. 2. *Exportación a terceros países*. VII. Consideraciones finales.

* Licenciado en Derecho y Master en Derecho Comunitario Europeo por la U.A.M. Alumno de doctorado. Quisiera agradecer a los profesores Carlos Palao Taboada y Carlos Espósito y Andrés García Martínez la ayuda prestada en la elaboración de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LAS SUBVENCIONES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Desde sus inicios, el GATT se preocupó de las subvenciones, pero hubo dificultades para elaborar un consenso relativo a la regulación internacional de éstas. Parece claro la importancia que las ayudas públicas o subvenciones en sentido amplio pueden tener en los flujos del comercio internacional: son instrumentos proteccionistas que pueden llegar a ser discriminatorios cuando el acceso a dichas ayudas esté explícitamente limitado a determinadas empresas (normalmente nacionales) y con ello se persiga desplazar las importaciones del producto similar en el mercado del Miembro que concede la subvención¹; o cuando las subvenciones estén supeditadas de iure o de facto a la exportación, en cuyo caso lo que se intenta es que los productos exportados puedan mantener un precio bajo (y artificialmente más competitivo) en los mercados internacionales.

Una de las principales características del sistema de subvenciones es que enfrenta a los Estados directamente, a diferencia de otras medidas como pueden ser las de antidumping, donde el conflicto se produce entre las Administraciones nacionales y los particulares². Será, pues, en el ámbito de la OMC donde los Estados resuelvan sus disputas en materia de subvenciones³.

La existencia de una regulación internacional de las ayudas públicas o subvenciones puede resultar en sí misma contradictoria, ya que los Estados se deberían someter a unas normas internacionales que limitan su propia soberanía en esa materia. Pero como en otras tantas ocasiones, los Estados han elegido tal limitación en aras de conseguir un mercado internacional en el que los desplazamientos artificiales de mercados no sean causados por las subvenciones

¹ Como señala M. J. Fernández, “Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias”, en La Ronda de Uruguay del GATT, n° extraordinario del *Boletín Económico del ICE*, Ministerio de Comercio y Turismo, 1996, P. 77, la concesión de una subvención puede frenar las importaciones del producto en el país que la concede y convertirse en una barrera a la importación, siendo los efectos en cierta medida equivalentes al establecimiento de un arancel. Como puede verse, resulta muy tentador para un Estado que desea ayudar a sus empresas el procurar que, en especial a través de su fiscalidad, éstas se vean protegidas de la Competencia exterior, o que gocen del beneficio de una ayuda extraordinaria en relación con los mercados exteriores.

² Sobre las “perplejidades” en el tratamiento legal de las subvenciones en el comercio internacional, véase J. H. Jackson, “The Perplexities of Subsidies in International Trade”, en *The World Trading System: Law and Policy of International Economics Relations*, Ed. MIT Press, 1997, pp. 279-303.

³ No debe olvidarse que las Comunidades Europeas poseen un sistema de tratamiento de las ayudas de Estado, por el que las diferencias entre los Estados miembros en este ámbito son resueltas dentro del marco comunitario.

otorgadas por algún Miembro, en este caso, de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

El problema puede surgir, y surge en esta ocasión, cuando los Estados se ven despojados de cierta parte de su soberanía que no tenían por transferida. Éste es el caso de los Estados Unidos y las medidas fiscales relativas a las Empresas de Venta en el Extranjero (EVE)⁴, donde está en juego el sistema fiscal de los Estados Unidos, y quién sabe si también el del resto de los Miembros de la OMC.

Con el presente escrito pretendo analizar, en primer lugar, el concepto de subvención que ha establecido el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias en el marco de la OMC. Posteriormente, pasaré a comentar cómo las medidas fiscales de los Estados pueden entrar, y de hecho han entrado, dentro del concepto de subvención. En concreto, comentaré los asuntos fiscales que se dieron en los años 70, con el GATT de 1947, y el reciente asunto de las EVE, ya con el GATT de 1994. En la última parte de este trabajo realizaré un breve análisis comparativo del concepto de ayuda de Estado dentro de la Unión Europea con la normativa de la OMC, para poner de relieve las deficiencias de ambos sistemas.

II. ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES Y MEDIDAS COMPENSATORIAS

Este Acuerdo ha venido a poner cierto orden en lo que al concepto de subvención se refiere, al establecer su definición por primera vez en la historia del GATT. Además, ha establecido un sistema de solución de controversias en esta materia prácticamente jurisdiccional⁵.

A. Naturaleza.

El Acuerdo SMC es uno de los Acuerdos multilaterales anejos (Anexo 1A) al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

⁴ *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las Empresas de Venta en el Extranjero*: el Informe del Grupo Especial es de 8-10-1999 (WT/DS108/R), y el Informe del Órgano de Apelación es de 24-2-2000 (WT/DS108/AB/R), los cuales pueden consultarse en <http://www.wto.org>.

⁵ Comentarios al Acuerdo SMC son los trabajos de G. Kleinfeld y D. Kaye, "Red Light, Green Light? The 1994 Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Research and Development Assistance, and U.S. Policy", en *Journal of World Trade*, vol. 28, n° 6, 1994, Pp. 43 y ss; A. Beviglia Zampetti, "The Uruguay Round Agreement on Subsidies - A Forward-Looking Assesment", en *Journal World Trade*, vol. 29, n° 6, 1995, Pp. 5 y ss; y de M. Montaña Mora, "El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda de Uruguay", en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, n° D-27, Marzo 1997, pp. 239 y ss.

El objeto de dicho Acuerdo es eliminar el intervencionismo estatal que se produce, bien a través de la concesión de subvenciones o ayudas a la exportación, bien a través de contramedidas compensatorias a los productos subvencionados procedentes de otros Miembros. El efecto de este tipo de intromisión estatal es la distorsión de la libre competencia a escala mundial.

El sistema creado por el Acuerdo SMC sigue la misma filosofía del Acuerdo OMC, en cuanto que se basa en una total transparencia multilateral garantizada por la notificación recíproca de legislación y de los programas de subvenciones de los Miembros⁶, así como en un sistema de investigación y control desarrollados a instancia de la parte afectada por una determinada subvención⁷. Además, los conflictos entre los Miembros deben solventarse a través de unos procedimientos multilaterales *ad hoc* de solución de controversias, que incluyen mecanismos de consultas entre las partes contendientes para solucionar de forma pacífica sus problemas⁸.

Por último, debe señalarse que el Acuerdo SMC crea un Comité compuesto por representantes de los Miembros cuya funciones son emitir opiniones consultivas sobre la naturaleza de cualquier subvención así como ejercer una labor de vigilancia del cumplimiento del Acuerdo⁹.

B. Concepto de subvención.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias resultante de la Ronda de Uruguay de 1994 introdujo algunas variaciones con respecto a su predecesor de la Ronda de Tokyo de 1979. Este último carecía de una definición del concepto de subvención, lo cual venía provocando enfrentamientos entre, de un lado, la postura de los Estados Unidos, que se centraba en el beneficio resultante para los operadores económicos, y de otro lado, la postura de las Comunidades Europeas, la cual giraba en torno al coste para el Gobierno de la medida¹⁰.

⁶ Véase Arts. 25 y 26 del Acuerdo SMC.

⁷ Véase Art. 11 del Acuerdo SMC.

⁸ Véase Arts. 13 y 30 del Acuerdo SMC.

⁹ Véase Art. 24 del Acuerdo SMC.

¹⁰ Sobre el sistema del anterior Código de Subvenciones y la modificación del concepto de subvención, véase M. A. Díaz Mier y A. M. Ávila, *El concepto de subvenciones en el sistema de Derecho del GATT*, Serie Economía y Negocios Internacionales, n° 36, junio 1995. Sobre la aparición de la política antisubvenciones a nivel internacional y los antecedentes al Acuerdo SMC, véase C. López-Jurado Romero de la Cruz, *El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y de subvención*, Granada, 1993 (en concreto pp. 17-61).

El nuevo Acuerdo SMC pretende unir ambas posturas, por lo que en su Art. 1.1 señala que existe subvención:

- a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno"), es decir:
 - i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);
 - ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);
 - iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;
 - iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra* que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos;

o

- a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994;

y

- b) con ello se otorgue un beneficio.

De esta manera, el Acuerdo SMC establece los dos requisitos de manera cumulativa: que exista por acción u omisión una contribución por parte de los poderes públicos y que ésta implique un beneficio para el receptor.

Una subvención, tal como se define en el Art. 1.1 del Acuerdo SMC, sólo estará sujeta a las disposiciones de la Parte II (Subvenciones prohibidas), o a las disposiciones de las Partes III (Subvenciones recurribles), o V (Medidas compensatorias), cuando sea específica con arreglo a lo establecido en el Art. 2 del

mismo¹¹. Esto es, una subvención sólo estará prohibida o será recurrible conforme a las disposiciones del Acuerdo cuando sea específica.

Los criterios para determinar la especificidad de la subvención vienen recogidos en el Art. 2 del Acuerdo SMC y se pueden resumir como sigue¹²:

- cuando el acceso a la subvención esté explícitamente limitado a determinadas empresas;
- cuando la utilización de la subvención sea por un limitado número de empresas determinadas o la utilización sea predominantemente para determinadas empresas;
- cuando se conceda cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas;
- cuando la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención;
- o cuando la subvención se limite a determinadas empresas situadas en una región geográfica de la autoridad otorgante.

C. Tipología de subvenciones.

A continuación, el Acuerdo SMC establece una serie de listas negras, grises y blancas, según las cuales las subvenciones se consideran totalmente prohibidas, recurribles o no recurribles, respectivamente.

1. Lista negra de subvenciones.

Las subvenciones prohibidas por el Acuerdo SMC se encuentran recogidas en su Art. 3, conforme al cual:

¹¹ Así lo establece el Art. 1.2 Acuerdo SMC.

¹² Véase M. Holtmann Ydoate, “Derecho de la libre competencia en la Organización Mundial del Comercio: Los acuerdos sobre subvenciones y antidumping”, en *Noticias de la U.E.*, n° 172, mayo 1999, p. 42.

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*¹³ 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 I¹⁴;
- b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.

3.2 Ningún Miembro concederá ni mantendrá las subvenciones a que se refiere el párrafo 1.

De esta manera, tales subvenciones podrán ser recurridas por los Miembros a través de la solicitud de consultas que se establece en el Art. 4 Acuerdo SMC.

Además, todas las subvenciones descritas en el Art. 3 del Acuerdo SMC como prohibidas son calificadas por el Art. 2.3 del mismo como subvenciones específicas.

2. Lista gris de subvenciones recurribles.

El Art. 5 del Acuerdo SMC dispone que:

Ningún Miembro deberá causar, mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones a que se refieren los párrafos 1 y 2 del artículo 1, efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros, es decir:

- a) daño a la rama de producción nacional de otro Miembro;
- b) anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994, en particular de las ventajas

¹³ 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.

¹⁴ Las medidas mencionadas en el Anexo I como medidas que no constituyen subvenciones a la exportación no estarán prohibidas en virtud de ésta ni de ninguna otra disposición del presente Acuerdo. A este respecto, conviene decir que la Lista del Anexo I recoge una serie de ejemplos de subvenciones a la exportación. Las excepciones a las mismas están hechas a pie de página y, en mi opinión, las más claras son la nota n° 59 (medidas destinadas a evitar la doble imposición), y la nota n° 60 (sistema de impuestos sobre el valor añadido y ajustes en frontera).

de las concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II del GATT de 1994¹⁵;

- c) perjuicio grave a los intereses de otro Miembro.¹⁶

El presente artículo no es aplicable a las subvenciones mantenidas con respecto a los productos agropecuarios según lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura.

El Miembro que se considere afectado deberá solicitar del Miembro que concedió la subvención en conflicto la solicitud de celebración de consultas a los efectos de llegar a una solución mutuamente aceptada en un plazo de 60 días. De lo contrario, cualquiera de ellos podrá someter la cuestión al Órgano de Solución de Diferencias¹⁷.

3. *Lista blanca de subvenciones no recurribles.*

El Art. 8 del Acuerdo SMC establece que:

8.1 Se considerarán no recurribles las siguientes subvenciones:

- a) las subvenciones que no sean específicas en el sentido del artículo 2;
- b) las subvenciones que sean específicas en el sentido del artículo 2 pero que cumplan todas las condiciones establecidas en los párrafos 2 a), 2 b) o 2 c).

Tales condiciones pueden resumirse en:

a) subvenciones que tengan por objeto la asistencia de actividades de I+D, siempre que éstas no cubran más del 75% de los costes de las actividades de investigación industrial o del 50% de los costes de la actividad precompetitiva de desarrollo, y estén limitadas a los gastos de personal, costos de instrumentos, consulta y gastos generales.

¹⁵ Los términos anulación o menoscabo se utilizan en el presente Acuerdo en el mismo sentido que en las disposiciones pertinentes del GATT de 1994, y la existencia de anulación o menoscabo se determinará de conformidad con los antecedentes de la aplicación de esas disposiciones.

¹⁶ La expresión "perjuicio grave a los intereses de otro Miembro" se utiliza en el presente Acuerdo en el mismo sentido que en el párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994, e incluye la amenaza de perjuicio grave. Véase Art. 6 del Acuerdo SMC, sobre los criterios para determinar cuándo hay perjuicio grave.

¹⁷ Véase Art. 7 del Acuerdo SMC.

b) subvenciones con objeto de ayudas regionales, siempre que la ayuda afecte a una región geográfica claramente designada, que se considere desfavorecida sobre la base de criterios imparciales y objetivos.

c) subvenciones otorgadas como ayudas a la reconversión, siempre que sean medidas excepcionales y no recurrentes, con límite del 20% de los costes de adaptación.

Debe hacerse notar que, aun siendo calificadas estas subvenciones como de no recurribles, el Acuerdo SMC prescribe que si un Miembro tiene razones para creer que un programa de subvenciones ha tenido efectos desfavorables graves para su producción nacional, ese Miembro podrá solicitar la celebración de consultas. En última instancia, el Comité SMC podrá dictar una recomendación, que de no ser seguida, facultará a la parte dañada para que adopte las contramedidas pertinentes¹⁸.

D. Conclusión sobre el Acuerdo SMC

De lo expuesto, puede destacarse el enorme trabajo de clarificación realizado por el GATT en lo referente al tema de subvenciones. Con todo, dado el número de remisiones internas y las notas a pie de página del Acuerdo, su lectura resulta complicada¹⁹.

Lo que sí resulta claro del Acuerdo SMC es su vocación de norma jurídica. Dado que, como en cualquier otra norma, del Acuerdo pueden desprenderse varias interpretaciones, más que controlar las subvenciones, los órganos de la OMC van a tener que ir delimitando, vía “jurisprudencia”, lo que del Acuerdo señalado se entiende por subvención prohibida. Más adelante haré mención a otros aspectos interesantes referentes al Acuerdo SMC, al compararlo con el sistema comunitario de ayudas de Estado²⁰.

III. SUBVENCIONES EN FORMA DE MEDIDAS FISCALES EN EL MARCO DE LA OMC

Antes de entrar en lo que es el caso de las EVE, considero necesario hacer una mención sobre la problemática que ha supuesto el estudio de las medidas

¹⁸ De esta forma lo establece el Art. 9 del Acuerdo SMC.

¹⁹ Véase M. Holtmann Ydoate, *ob. cit.*, p. 41.

²⁰ Véase *infra*. Apartado VI.- del presente escrito.

fiscales consideradas como subvenciones en el marco del GATT de 1947. Básicamente las fricciones en esta materia se han producido entre los sistemas fiscales europeos (basados en el principio real o territorial), y el sistema fiscal de los Estados Unidos (de principio personal o de renta mundial).

Aunque la diferencia entre ambos será tratada más adelante, sí conviene señalar en este punto que el principio de tributación personal consiste en gravar todos los rendimientos obtenidos por los nacionales de un país, independientemente del lugar de la fuente donde se generaron; y el principio de tributación real solamente grava la renta de fuente nacional, con independencia de que el sujeto pasivo sea nacional o no de dicho Estado²¹.

Como puede observarse a primera vista, los regímenes territoriales no gravan las rentas obtenidas fuera de sus fronteras, mientras que los sistemas de tributación mundial sí lo hacen. Esto fue considerado por los Estados Unidos como una desventaja para sus empresas y sus productos en el mercado internacional²². Por ello, los Estados Unidos han ido desarrollando a lo largo del siglo XX una serie de remedios fiscales que, para su sorpresa, se encontraron con las disposiciones tanto del GATT de 1947 como de la actual OMC.

Para la comprensión de este apartado, comenzaré la exposición por las características básicas del sistema fiscal estadounidense en lo referente al tratamiento de los ingresos de fuente extranjera. Posteriormente, se verán las medidas fiscales que ha adoptado los Estados Unidos para favorecer las exportaciones. Finalmente, haré mención al caso de los primeros asuntos sobre legislaciones fiscales que fueron llevados ante los instrumentos del GATT.

A. Régimen fiscal de los Estados Unidos.

Los Estados Unidos cuentan con un sistema fiscal regido por el principio personal (o de tributación mundial), esto es, los Estados Unidos hacen valer el derecho a gravar todos los ingresos obtenidos por sus ciudadanos y residentes en todo el mundo. Una sociedad organizada al amparo de las leyes de uno de los 50

²¹ Sobre los conceptos de principio personal o de renta mundial (*universality o totality principle*), y principio real o territorial (criterio de la fuente o *source taxation*), puede verse el trabajo de J. M. Calderón Carrero, *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 21-25.

²² La idea es que si las empresas europeas no tributan por las actividades económicas en el extranjero en que ocurren ventas de bienes en transacciones de exportación, en virtud del principio real, las empresas norteamericanas estarían en peor posición competitiva al estar sujetas a gravamen por ese tipo de actividad, en virtud del principio personal o de renta mundial.

Estados americanos o del distrito de Columbia es una sociedad “nacional”, o una sociedad estadounidense, y se considera “residente” en los Estados Unidos a los efectos de este sistema impositivo de alcance mundial. Por el contrario, una “sociedad extranjera” será aquella que no ha sido constituida en uno de los 50 Estados o en el distrito de Columbia²³.

En general, la legislación fiscal de los Estados Unidos grava cualquier ingreso obtenido por las sociedades extranjeras en el territorio de los Estados Unidos, y no grava los ingresos obtenidos por las sociedades extranjeras fuera de ellos. Sin embargo, esos ingresos “de fuente extranjera” de una sociedad extranjera quedan sujetos al régimen impositivo estadounidense (34%) cuando tengan una “conexión efectiva con una actividad comercial o empresarial en los Estados Unidos”²⁴.

Respecto a los dividendos obtenidos por las matrices de sus filiales en el extranjero, los Estados Unidos prevén en su legislación un sistema de aplazamiento del pago de los mismo (hasta su cobro efectivo) y un sistema de imputación presunta de los dividendos obtenidos por las filiales, para casos donde la imputación efectiva de los mismos corriese peligro de desvanecerse (antiaplazamiento)²⁵.

Por otra parte, los accionistas estadounidenses que controlen empresas extranjeras (denominadas “Controlled Foreign Corporations”, CFC), son también gravados en proporción a las ganancias de las mismas, incluso aunque los beneficios no se hayan distribuido²⁶.

B. Medidas fiscales estadounidenses favorecedoras de las exportaciones

La primera medida adoptada por los Estados Unidos para reducir la fiscalidad de empresas dedicadas a la exportación de bienes y servicios fue la denominada “Western Hemisphere Trade Corporations” (WHTC), en 1942. Consistía en conceder a este tipo de empresas nacionales, que demostrasen que

²³ Así lo establece el Art. 7701(a)(4), (5) y (9) del Código de Rentas Internas (IRC).

²⁴ La empresa estadounidense puede beneficiarse de un sistema de deducciones sobre los impuestos que la sociedad en el extranjero haya pagado ya, para evitar la doble imposición internacional, según el Art. 882 (a) del Código de Rentas Internas (IRC). Véase P. R. McDaniel y H. J. Ault, *Introduction to US International Taxation*, Ed. Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1989, pp. 71 y 72.

²⁵ Sobre esos ingresos aplazados, la matriz estadounidense puede reunir las condiciones para beneficiarse de una deducción indirecta por impuestos pagados en el extranjero.

²⁶ Una CFC es una empresa extranjera cuyo accionariado está compuesto en más de un 50% por ciudadanos estadounidenses. Véase Subparte F, §§ 951-964 IRC.

más del 95% de sus ingresos brutos en un período continuado de tres años procedían de fuente extranjera, la reducción del tipo de gravamen en un 14%²⁷.

La segunda medida, adoptada en 1971, para estimular la exportación de bienes producidos en los Estados Unidos garantizaba unos especiales beneficios fiscales a las llamadas “Domestic International Sales Corporation” (DISC). Las DISC son empresas constituidas en los Estados Unidos cuyos ingresos proceden en más de un 95% de exportaciones. La ventaja fiscal que se les otorga es que no van a tributar por sus beneficios, sino que serán los accionistas de las DISC los que tributarán cuando tales beneficios se distribuyan (diferimiento)²⁸. En un principio, el beneficio del diferimiento era aplicado aproximadamente sobre el 50% de las ganancias de las DISC, lo cual suponía una exención fiscal en torno al 25%. Pero en 1976, el sistema cambió, permitiéndose solamente el diferimiento del 50% de la cantidad que excediese el 67% de las ganancias de la DISC durante un período base de 4 años. Con ello, la exención fiscal se redujo en torno al 17%²⁹. Esta medida fiscal fue llevada ante el Órgano de Solución de Controversias (OSD) del GATT de 1947, por ser considerada una subvención a la exportación prohibida por el Art. XVI. 4 del mismo. Dada la importancia del caso de las DISC, y debido a su conexión con el caso de las EVE, será tratado específicamente más adelante en este escrito. Pero sí decir que, como consecuencia del GATT, los Estados Unidos tuvieron que cambiar su legislación de las DISC.

La tercera medida fiscal adoptada por los Estados Unidos, para corregir los problemas que las DISC habían presentado ante el GATT, fueron los beneficios concedidos a las llamadas “Foreign Sales Corporations” (EVE), en 1984. Aunque este caso será analizado en detalle más adelante, puesto que fue llevado también ante el OSD de la OMC, conviene señalar respecto al mismo que las EVE son empresas situadas fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos, dedicadas a las actividades de exportación, a las cuales se les conceden unos beneficios fiscales que rondan el 15-30%. También, se siguieron permitiendo las DISC, eso sí, imponiéndolas un tipo de interés similar al legal para la porción de impuestos diferida. A su vez, se prohibió la posibilidad de que una empresa matriz tuviese simultáneamente DISC y EVE como filiales³⁰.

²⁷ Sobre las WHTC pueden verse los trabajos de S. Surrey, “Current Issues in Taxation of Corporate Foreign Investment”, en *Columbia Law Review*, n° 56, 1956, pp. 815 y ss; de D. Tillinghats, “The Western Hemisphere Trade Corporation: Comparison with Locally Incorporated Entities: Its Utility, Its Future”, en *NYU Inst. on Federal Taxation*, 1970, Pp. 437 y ss; y de B. I. Bittker y L. Lokken, *Fundamentals of International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*, Ed. Warren, Gorham & Lamout, USA, 1989, pp. 68-3 a 68-5.

²⁸ Hay, pues, un diferimiento del pago de impuestos sin la adición de ningún tipo de interés.

²⁹ Sobre la medida fiscal de las DISC, ver B. I. Bittker y L. Lokken, *ob. cit.*, pp. 68-5 a 68-10.

³⁰ Sobre esta medida fiscal, puede verse ver B. I. Bittker y L. Lokken, *ob. cit.*, Pp. 68-10 a 68-25.

C. El caso de las DISC.

Debido a la complejidad del tema, el caso de las DISC puso de manifiesto por primera vez las debilidades de los Grupos Especiales (paneles), cuyos componentes eran más diplomáticos que expertos juristas. Muchas fueron las luchas de los Estados Unidos por incluir, en la composición del panel que iba a tratar el caso de las DISC, a expertos en materia fiscal.

El objetivo de la medida relativa a las DISC, a parte de hacer frente a una descompensada balanza de pagos, era compensar las desventajas que sufrían los exportadores estadounidenses frente a otros con un sistema fiscal más beneficioso en este sentido. Hasta 1962, los exportadores estadounidenses podían acogerse a un beneficio fiscal que se otorgaba a las transacciones con los paraísos fiscales³¹. Pero en ese año, con la inclusión en el *Internal Revenue Code* (IRC) de la Subparte F, tales transacciones quedaron sujetas a tributación. Por el contrario, las empresas de los países que seguían el principio real (o de tributación territorial) podían beneficiarse del beneficio de los paraísos fiscales. Para compensar esta situación, los Estados Unidos, en vez de eliminar nuevamente la Subparte F del IRC, quisieron crear una especie de paraíso fiscal exento de tributación pero dentro de los propios Estados Unidos³².

Si la medida de las DISC entró en vigor el 1-1-1972, las Comunidades Europeas pidieron la celebración de consultas con los Estados Unidos el 4-2-1972. Se decía que este acto de las Comunidades Europeas tenía por fin incomodar a los Estados Unidos e intentar reducir el número de quejas de éstos contra aquéllas. Pero no tuvo ese efecto. Más bien, produjo que los Estados Unidos iniciasen consultas sobre los efectos del principio de tributación real de Francia, Bélgica y Holanda. Finalmente, las Comunidades Europeas establecieron procedimiento formal contra los Estados Unidos el 1-5-1973, y los Estados Unidos contra los países europeos señalados el 17-5-1973.

La razón del contraataque se debió a que los Estados Unidos pretendía basar la defensa de las medidas relativas a las DISC en que éstas producían los mismos efectos que el principio de tributación real de esos países, por lo que si las DISC eran contrarias al GATT de 1947, también lo serían las disposiciones fiscales

³¹ Digamos que un empresario estadounidense podía hacer exportaciones a esos paraísos fiscales exentos de tributación y desde ahí volver a exportar a otros lugares.

³² Como ha señalado R. E. Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Ed. Butterworth Legal Publishers, USA, 1993, p. 62, el contenido nacional ("domestic") de las DISC las distinguía de los beneficios fiscales concedidos a los paraísos fiscales por los sistemas de principio real.

de los otros países. La apuesta estadounidense fue fuerte, pero como se verá, terminó por meter la pata³³.

Los esfuerzos estadounidenses para que los asuntos sobre legislación fiscal fuesen tratados dentro de un mismo Grupo Especial de expertos fueron medianamente atendidos, pues se optó por constituir, en 1976, un Grupo Especial de 5 miembros (tres diplomáticos y dos expertos fiscales), pero los casos fueron tratados como cuatro asuntos separados.

1. *El panel de las DISC*

El caso de las DISC fue estudiado a tenor de lo establecido por el Art. XVI.4 del GATT de 1947, el cual prohibía cualquier clase de subsidio a la exportación de productos que no sean primarios, cuyo subsidio resulte de la venta de dicho producto para la exportación a un precio menor que al precio que pagan los compradores por el mismo producto en el mercado nacional.

El panel concluyó que el diferimiento de impuestos sin la imposición de un interés que se les permitía a las DISC era un subsidio a la exportación. Además comprobó como la medida, a parte del beneficio creado, había incrementado las exportaciones.

Por otra parte, el panel afirmó que el sistema de doble precio, que permitía fijar las transacciones entre la matriz y su DISC filial por debajo de los precios de un mercado en Competencia, era también contrario a las disposiciones del GATT.

En conclusión, las medidas adoptadas distorsionaban el comercio internacional, por lo que los instrumentos del GATT lo condenaron. Sin embargo, el panel del DISC ha sido criticado en cuanto que no fue del todo contundente y claro³⁴.

2. *El panel en los casos europeos.*

³³ El final del caso de las DISC fue el Entendimiento de 1981, cuyas conclusiones se verán más adelante, pero quisiera adelantar el error de los Estados Unidos: se declaró conforme al GATT el principio real o de tributación territorial, pero no las DISC. Esto tendrá gran transcendencia para el caso de las EVE.

³⁴ Como afirma R. Hudec, *ob. cit.*, pp. 74 y 75, el panel nunca dejó claro qué conclusión debía sacarse respecto de la naturaleza y cuantía del subsidio. Además, las conclusiones del panel fueron que la legislación de las DISC en algunos casos tenía efectos contrarios al Art. XVI.4 del GATT de 1947.

Recordemos que, según el principio real, el Estado grava la riqueza que considera tiene su origen económico en su territorio, y las ganancias producidas fuera del país no están sujetas a tributación. Gran parte de la argumentación usada por los países europeos ante los paneles fue una interpretación histórica del Art. XVI del GATT: la adopción de su párrafo 4º en 1955 no implicaba la renuncia al principio de tributación real, vigente en estos Estados desde mucho tiempo antes. Ésta no había sido la voluntad de los gobiernos firmantes.

Pero las conclusiones de los tres paneles fueron idénticas: en algunos casos podía tener efectos contrarios al Art. XVI.4 del GATT. Respecto al argumento histórico, el panel estableció que si las partes contratantes no querían que se produjeran esos efectos, lo debían haber declarado expresamente³⁵.

Sin embargo, dos distinciones deben señalarse de estos casos con respecto al de las DISC, que tendrán su importancia frente al panel del caso de las EVE. En primer lugar, los sistemas fiscales europeos, al contrario que las medidas DISC, no parecen estar diseñadas para intentar favorecer las exportaciones; y en segundo lugar, la práctica del principio territorial de los sistemas fiscales europeos se remonta a los principios del siglo XX, casi 50 años antes de que el GATT apareciese³⁶.

Por lo tanto, en 1979, los cuatro paneles de los asuntos fiscales llegaron a la misma solución: tales medidas fiscales eran una subvención a la exportación de las prohibidas por la normativa del GATT de 1947.

3. Las cuestiones post-panel de estos casos

Pronto se vio que las conclusiones adoptadas por los paneles iban a ser de difícil implantación, tanto por los Estados Unidos como por los países europeos. Éstos no querían cambiar sus sistemas fiscales y aquéllos no estaban por la labor de poner en desventaja a sus exportaciones con respecto a las europeas.

La Ronda de Tokyo de 1979, en la cual se dictó un Código de Subvenciones, parecía ser una buena oportunidad para aclarar la cuestión. De un

³⁵ Pudieron hacerlo en 1955, con la inclusión del apartado 4º del Art. XVI del GATT, o en 1960, cuando se introdujo una lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, en donde se incluía como tales las exenciones de impuestos derivadas de exportaciones.

³⁶ Véase J. H. Jackson, "The Jurisprudence of International Trade: The DISC Case in GATT", en *American Journal of International Law*, 1978, pp. 747 y ss (en concreto p. 775). Las mismas críticas de falta de lógica, de no cuantificación de la subvención, de la falta de claridad del panel han sido hechas con respecto a los informes de los países europeos.

lado, se introdujo el diferimiento sin intereses como subvención (caso DISC), y de otro lado estableció que las medidas destinadas a evitar la doble imposición no eran contrarias a la prohibición de subvenciones a la exportación (lo que indirectamente significaba la legalidad del principio de tributación real o territorial de los países europeos con el GATT)³⁷.

Finalmente, y dadas las posibilidades que ofrecía el GATT de 1947, se dio una solución negociada (“diplomática”) del tema. En 1981, se adoptó en el seno del Consejo del GATT un Entendimiento, según el cual:

“El Consejo adopta estos informes en el entendimiento de que con respecto a estos casos, y de una manera general, *los procesos económicos* (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) *situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General*. Queda asimismo entendido que el párrafo 4 del artículo XVI exige que se observe la fijación de precios en condiciones de libre competencia, es decir, que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control que ellas deberán ser, a los efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de libre competencia. Además, el párrafo 4 del artículo XVI no prohíbe la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera” (énfasis añadido).

Esta solución diplomática, con apariencia de pacto de no agresión entre caballeros en asuntos fiscales, no tuvo el resultado esperado por los Estados Unidos. He aquí la metedura de pata de los Estados Unidos antes señalada: con el Entendimiento de 1981 no se consideraba contrario al GATT el principio de tributación real o territorial, pero nada se decía del caso DISC. De hecho, muchos gobiernos asumieron que con el Entendimiento se estaba exonerando a los países europeos pero no al asunto DISC. Por su parte, los Estados Unidos intentaron hacer una interpretación autónoma del Entendimiento de 1981, estableciendo que el Art. XVI.4 del GATT no requería que los gobiernos gravasen los ingresos procedentes de exportaciones cuando los mismos estarían exentos de conformidad con el principio real. Las Comunidades Europeas y Canadá pronto se opusieron a esta interpretación y solicitaron al Consejo del GATT, en mayo de 1982, que obligase a suprimir a los Estados Unidos las medidas fiscales de las DISC. Los Estados Unidos intentaron argumentar que los beneficios de las exportaciones eran debidos a procesos económicos generados fuera del país, incluso si el exportador no actúa a través de una sociedad extranjera separada. Pero ningún Estado apoyó

³⁷ Véase R. Hudec, *ob. cit.*, p. 89.

tales argumentos, por lo que finalmente, en octubre de 1982, los Estados Unidos prometieron cambiar las medidas de las DISC³⁸.

En conclusión, el pacto de no agresión no tuvo ningún efecto, pues fue rápidamente contestado por las Comunidades Europeas. Además, los Estados Unidos debieron asegurarse de que en el Entendimiento de 1981 también se considerasen claramente exoneradas como subvenciones las medidas relativas a las DISC, cosa que como se vio posteriormente, ningún Estado apoyó.

IV. EL CASO ESTADOS UNIDOS - TRATO FISCAL APLICADO A LAS “EMPRESAS DE VENTA EN EL EXTRANJERO”

Visto lo visto, los Estados Unidos decidieron cambiar su legislación fiscal. De esta forma, en 1984, el Congreso de los Estados Unidos adoptó un nuevo tipo de preferencia fiscal para las denominadas “Foreign Sales Corporations” (EVE), que venían a sustituir el fracaso que las medidas relativas a las DISC habían supuesto en el marco del GATT.

Además, en la propia Tax Reform Act de 1984 incluyó una serie de medidas dirigidas a paliar la declaración del GATT en contra de las DISC. En primer lugar, todos los beneficios acumulados por las DISC antes del 31-12-1984 y distribuidos con anterioridad al 1-7-1985, se siguieron beneficiando del diferimiento. En segundo lugar, los ingresos de las DISC iguales o menores a 10 millones de dólares estaban sujetos en su diferimiento a un tipo de interés igual al legal del dinero. Por último, los Estados Unidos no tuvieron más remedio que imponer al diferimiento sobre los dividendos de las DISC un interés igual al de los préstamos del Tesoro estadounidense³⁹.

El razonamiento que siguió los Estados Unidos para crear las medidas relativas a las EVE fue que, si las reglas del GATT permiten otorgar una exención a los ingresos procedentes de exportaciones como procesos económicos que tienen lugar fuera del país, hagamos que las EVE sean empresas extranjeras cuyos procesos económicos se den fuera de los Estados Unidos⁴⁰.

³⁸ *Íbidem.*, Pp. 92-95.

³⁹ Véase P. L. Jelsma, “The Making of a Subsidy, 1984: The Tax and International Trade. Implications of the Foreign Sales Corporation Legislation”, en *Stanford Law Review*, vol. nº 38, Mayo 1986, pp. 1327 y ss (en concreto p. 1335).

⁴⁰ Véase P. R. McDaniel y H. J. Ault, *ob. cit.*, p. 150.

A. Las medidas relativas a las EVE

Una "empresa de ventas en el extranjero" (EVE) es una empresa constituida, organizada y mantenida en un país extranjero que cumpla las condiciones establecidas, o en una posesión de los Estados Unidos situada fuera del territorio aduanero de ese país, con arreglo a las prescripciones específicas de los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos (Internal Revenue Code, IRC). Las EVE gozan de una exención fiscal estadounidense sobre una parte de sus ganancias ("ingresos de comercio exterior"), es decir, los ingresos brutos de la EVE atribuibles a "entradas brutas de comercio exterior". Se entiende por tales a las entradas brutas de cualquier EVE generadas por operaciones que reúnan las condiciones establecidas, las que generalmente entrañan la venta o el arrendamiento financiero de "bienes de exportación".

Son bienes de exportación aquellos:

- destinados a la venta o el arriendo;
- fabricados, producidos, cultivados, criados o extraídos en los Estados Unidos;
- por una persona que no sea una EVE;
- vendidos, dados en arrendamiento financiero o alquilados para su uso, consumo o enajenación fuera de los Estados Unidos;
- y cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más del 50 por ciento a importaciones.

Las EVE deben satisfacer ciertas prescripciones relativas a la presencia en el extranjero. Por ejemplo, una EVE debe tener establecida una oficina fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos. Esta oficina debe contar con los elementos necesarios para efectuar las operaciones de la EVE. Asimismo, para que se considere que una EVE, no comprendida entre las clasificadas como pequeñas, ha tenido entradas brutas de comercio exterior durante el ejercicio fiscal correspondiente, la administración de la empresa durante ese ejercicio debe llevarse a cabo fuera de los Estados Unidos, y sólo puede considerarse que la empresa tiene entradas brutas de comercio exterior procedentes de cualquier operación si los procesos económicos relativos a ésta han tenido lugar fuera de los Estados Unidos. Para las EVE consideradas pequeñas, las cuales no exceden los 5 millones de dólares de ingresos, no necesitan cumplir con estos requisitos de administración exterior. El propósito de esta medida es permitir que los pequeños negocios se

beneficien de las exenciones a pesar de que no pudieran soportar los gastos derivados de esa administración en el extranjero⁴¹.

Una parte de los "ingresos de comercio exterior" se consideran "ingresos de fuente extranjera sin conexión efectiva con una actividad comercial o empresarial en los Estados Unidos" y no están, por tanto, gravados en los Estados Unidos; esta parte no gravada recibe la denominación de "ingresos de comercio exterior exentos". La EVE tributa por la parte restante, sobre la cual no puede deducirse, sin embargo, nada en concepto de un Tratado internacional firmado por los Estados Unidos y el país donde esté la EVE para evitar la doble imposición⁴². A los dividendos pagados por la EVE al accionista (de ordinario, el "proveedor vinculado") con los ingresos exentos y no exentos, les son aplicables en general la deducción completa (del 100%) por dividendos recibidos.

En las medidas aplicadas a las EVE se prevén tres tipos de exenciones:

1) La primera exención está relacionada con la aplicación por los Estados Unidos de normas "basadas en fórmulas" para determinar *si los ingresos de una EVE son de fuente nacional o de fuente extranjera*. En el párrafo a) del artículo 882 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos se establece que los ingresos imponibles de una empresa extranjera que desarrolla actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos comprende sólo los ingresos "que tienen conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos", y el artículo 864 del mismo cuerpo legal fija las normas para determinar si los ingresos de una empresa extranjera tienen "conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos". En el párrafo a) del artículo 921 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, no obstante, se establece que "los ingresos de comercio exterior exentos de una EVE se tratarán como ingresos de fuente extranjera sin conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos" (subrayado añadido). El párrafo a) del artículo 923 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos prescribe que el 32 por ciento, o el 16/32, de los ingresos de comercio exterior de una EVE (según que se apliquen o no las normas de fijación administrativa de precios) se tratarán como "ingresos de comercio exterior exentos". De esta manera, ha sido determinado por una ley que una parte de los ingresos de fuente extranjera de las EVE constituyen "ingresos sin conexión efectiva", por lo que no resultan imponibles⁴³.

⁴¹ Véase B. I. Bittker y L. Lokken, *ob. cit.*, p. 68-20.

⁴² Véase *Ibidem*., p. 68-22.

⁴³ Véase punto 7.95 del Informe del Grupo Especial y punto 16 del Informe del Órgano de Apelación.

2) La segunda exención está relacionada con el hecho de que no se apliquen a los ingresos de comercio exterior de una EVE las normas destinadas a impedir el *aplazamiento de la imposición* que se aplican a las "empresas extranjeras controladas" con arreglo a la Subparte F del Código de Rentas Internas. Los Estados Unidos gravan los ingresos de fuente extranjera de las filiales extranjeras de las empresas estadounidenses sólo en el momento en que esos ingresos se transfieren a la empresa matriz estadounidense en forma de dividendos. Este principio se denomina "principio del aplazamiento". Con arreglo al párrafo a) del artículo 951 del Código de Rentas Internas, no obstante, un accionista estadounidense de una empresa extranjera controlada debe incluir en sus ingresos brutos, cada año, una proporción *pro rata* de ciertas formas de ingresos no distribuidos de la empresa extranjera controlada, denominadas ingresos de la sección F. El párrafo e) del artículo 951 del Código de Rentas Internas exime a los ingresos de comercio exterior de una EVE de las disposiciones destinadas a evitar el aplazamiento de la imposición contenidas en la sección F. Por lo tanto, la matriz de una EVE no estaría obligada a declarar su parte a prorrata de los ingresos no distribuidos por la EVE derivados de los ingresos de comercio exterior de esta última, y tales ingresos no están sujetos a impuestos⁴⁴.

3) La tercera exención está relacionada con el trato fiscal dado a los *dividendos distribuidos por las EVE* a sus empresas matrices. En general, los dividendos recibidos por una empresa estadounidense que tienen su origen en ingresos de fuente extranjera de una empresa extranjera son imponibles. Con arreglo al párrafo c) del artículo 245 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, sin embargo, los accionistas de una EVE tienen derecho a una deducción del 100 por ciento por dividendos recibidos, sobre las distribuciones efectuadas con cargo a "ganancias y beneficios imputables a ingresos de comercio exterior" de una EVE. Con ello, la casa matriz de una EVE en general no está sujeta a impuestos sobre los dividendos que reciba derivados de los ingresos de comercio exterior de la EVE⁴⁵.

A mayor abundamiento, se da la problemática de la posible *fijación administrativa de los precios* de los productos de las matrices a sus EVE filiales. Dado que las EVE son en general filiales controladas por sus compañías matrices, los precios de las transacciones efectuadas entre aquéllas y éstas (y por consiguiente la asignación entre ellas de los beneficios de las mismas) deberían ser normalmente los correspondientes a las condiciones de plena Competencia, y ser

⁴⁴ Véase punto 7.96 del Informe del Grupo Especial y punto 17 del Informe del Órgano de Apelación..

⁴⁵ Véase punto 7.97 del Informe del Grupo Especial y punto 18 del Informe del Órgano de Apelación.

controlados con arreglo al artículo 482 del IRC⁴⁶. No obstante, se permite que las EVE y sus empresas matrices hagan caso omiso de esta norma y apliquen fórmulas especiales de "fijación administrativa de precios" entre ellas.

La primera norma de fijación administrativa de precios proporciona una exención del 15 por ciento (23 por ciento x 15/23) de los ingresos totales de comercio exterior obtenidos en la transacción, mientras que la segunda proporciona una excepción de hasta el 30 por ciento (46 por ciento x 15/23) de los ingresos totales de comercio exterior obtenidos en la transacción.

La posibilidad de aplicar las normas de fijación administrativa de precios está exclusivamente reservada a las transacciones relacionadas con las EVE. Tales normas pueden aplicarse transacción por transacción y producir resultados que son considerablemente diferentes de los que tendría la aplicación de la norma de fijación de precios en condiciones de libre competencia del artículo 482 del IRC.

Las normas de fijación administrativa de precios son sumamente ventajosas, ya que la cuantía de los beneficios que se atribuirían a las EVE con arreglo a las normas del artículo 482 del IRC que se aplican generalmente serían muy reducidas, habida cuenta de la limitada función que estas empresas desempeñan. Su interés resulta reforzado por el hecho de que pueden aplicarse *ex post* y transacción por transacción. El resultado es que este método se emplea en la enorme mayoría de las transacciones de las EVE.

B. Problemas que plantean las medidas relativas a las EVE en el marco de la OMC: el Acuerdo SMC

Como ha podido verse, el objetivo principal de los Estados Unidos seguía siendo encontrar algún mecanismo fiscal que permitiese compensar la desventaja que para sus exportadores supone el principio de tributación territorial europeo. Puesto que en 1982 no triunfó su argumentación de que las DISC eran empresas cuyos procesos económicos se generaban en el extranjero, creó las EVE a tal fin. Lo cierto es que de extranjeras las EVE tenían la apariencia, porque, si bien los requisitos de administración parecían suficientes, en la práctica el coste de mantener una EVE rondaba los 2.000 dólares⁴⁷. Además, a pesar de que la constitución de las EVE debía estar hecha fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos, en

⁴⁶ El Art. 482 del IRC prevé toda una gama de técnicas que han de emplearse de acuerdo con la interpretación más actualizada del principio de plena competencia enunciado en las Directrices de la OCDE. Sobre los ajustes fiscales cuando hay operaciones entre personas asociadas con precios de transferencia, puede verse el trabajo de J. M. Calderón Carrero, *La doble imposición internacional y los métodos...*, ob. cit., pp. 258-264.

⁴⁷ Véase punto 4.194 del Informe del Grupo Especial.

la práctica se veía como el 77% de ellas estaba en posesiones estadounidenses, en donde su jurisdicción fiscal era manifiesta⁴⁸.

El efecto económico de las DISC y de las EVE era el mismo: el fomento de las exportaciones de productos manufacturados en los Estados Unidos. El número de EVE se multiplicó por dos en menos de 10 años. Las exportaciones se incrementaron aún más que con las DISC, y los beneficios estimados por las exenciones fiscales rondaban actualmente los 4.000 millones de dólares al año⁴⁹.

Fue en noviembre de 1997, pasados ya 15 años desde el conflicto de las DISC, cuando las Comunidades Europeas presentaron solicitud de consultas con los Estados Unidos respecto de las medidas relativas a las EVE. Seguramente las Comunidades Europeas no vieron el Entendimiento de 1981 como un pacto entre caballeros de no agresión en temas fiscales. Más bien, aprovecharon las facilidades que el nuevo marco del GATT de 1994 había establecido, y en concreto, el Acuerdo SMC. Concretamente, las Comunidades Europeas consideraban que el régimen fiscal impuesto por los Estados Unidos a las llamadas “Empresas de Venta en el Extranjero” (EVE) constituían una subvención de las prohibidas por el Acuerdo SMC⁵⁰. En concreto era:

a) contrario al apartado a) del Art. 3.1  las medidas relativas a las EVE son una subvención supeditada de iure o de facto a los resultados de la exportación.

b) contrario al apartado b) del Art. 3.1  las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias.

Finalmente, en septiembre de 1998 se estableció un panel para conocer del asunto.

Argumentos de los Estados Unidos.

⁴⁸ El 66% de las EVE estaban constituidas en las Islas Vírgenes. Por ello, las EVE no dejaban de ser DISC (“domestic”). Véase punto 4.199 del Informe del Grupo Especial.

⁴⁹ Respecto a estas cifras, pueden verse los artículos de D. Wallance publicado en el South Florida Business Journal de 24-2-1997, artículos del *The Economist* de marzo de 1998, o el artículo de El País de 25-2-2000, p. 71. Sobre lo fácil que resulta aprovecharse de las medidas relativas a las EVE, puede verse el trabajo de R. J. Misy, Jr., “An A-to-Z Guide to Implementing a Foreign Sales Corporation”, en *The Tax Magazine*, vol. 78, n° 2, February, 2000, pp. 40 y ss.

⁵⁰ Debo señalar a estas alturas que en el estudio de este caso pienso centrarme exclusivamente en los fundamentos que se refieren a la subvención. Hay otros argumentos del caso, como por ejemplo, los problemas de prueba, de la fase de consulta, etc, que aún siendo interesantes, no van a ser objeto de estudio.

Los Estados Unidos van a tratar de poner de relieve que la medida relativa a las EVE no era otra cosa que la adecuación de su normativa fiscal al Entendimiento de 1981, puesto que cree haber cumplido con los requisitos que el mismo establecía. La Decisión del Consejo en 1981, para los Estados Unidos, no sería meramente persuasiva, como lo sería cualquier decisión de las Partes Contratantes del GATT de adoptar el informe de un grupo de expertos. En lugar de ello, la Decisión del Consejo en 1981 equivaldría a una interpretación autorizada del párrafo 4 del artículo XVI del GATT, que debe leerse armonizándola con las disposiciones análogas del Acuerdo SMC. A diferencia de la mayor parte de las decisiones de adopción del informe de un grupo de expertos, en las que no figura manifestación alguna de si las Partes Contratantes concordaron con el razonamiento expuesto en el informe o discreparon de éste, en su Decisión de 1981 el Consejo dio a conocer sus puntos de vista⁵¹. Esos puntos de vista, según los Estados Unidos, debían ser respetados en el presente caso, porque las cuestiones fundamentales que el Grupo Especial tiene ante sí son en el fondo las mismas que las que tuvo ante sí el Consejo en 1981, a saber, hasta qué punto el no gravar los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero infringe las disciplinas de la OMC en materia de subvenciones⁵².

El argumento de los Estados Unidos concluye, en lo referente a este punto, que para que la exención de impuestos a las EVE constituyese una subvención, tendría que llevar consigo la pérdida de "ingresos que en otro caso se percibirían" por parte de los Estados Unidos. Como se deja indicado⁵³, los Miembros de la OMC no están obligados, a tenor de las disposiciones de la OMC, a gravar los ingresos imputables a actividades económicas en el extranjero. Por consiguiente, dichos ingresos no pueden en modo alguno considerarse ingresos que "se percibirían". Dado que la exención de impuestos a las EVE no entraña una

⁵¹ Curiosamente, los puntos de vista del Consejo en este caso fueron contrarios a las conclusiones a las que llegaron los Grupos Especiales en los asuntos sobre legislación fiscal de principio de los años 80.

⁵² En concreto, recuérdese que la Decisión del Consejo invirtió las conclusiones del Informe del Grupo Especial y decía: "El Consejo adopta estos informes en el entendimiento de que con respecto a estos casos, y de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General. Queda asimismo entendido que el párrafo 4 del artículo XVI exige que se observe la fijación de precios en condiciones de libre competencia, es decir, que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control que ellas deberán ser, a los efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de libre competencia. Además, el párrafo 4 del artículo XVI no prohíbe la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera" (subrayado añadido).

⁵³ Véase nota anterior.

"contribución financiera" ni una condonación de ingresos "que en otro caso se percibirían", las EVE quedan fuera del ámbito del artículo 1 del Acuerdo SMC⁵⁴.

Sobre la fijación administrativa de precios, los Estados Unidos se limitan a decir que las Comunidades Europeas no han presentado pruebas que demuestren que tal método desplace indebidamente hacia el extranjero ingresos de fuente nacional con el fin de eludir el pago de impuestos⁵⁵.

En lo que respecta a la violación del Art. 3.1.b) del Acuerdo SMC, los Estados Unidos sostienen que el cumplimiento del requisito relativo al 50 por ciento se aplica al valor global del producto exportado y no solamente al contenido nacional en comparación con el contenido extranjero de sus partes componentes⁵⁶.

Respecto del Acuerdo SMC, para decir que las medidas relativas a las EVE no constituyen una subvención prohibida por el mismo, los Estados Unidos van a traer a colación la nota a pie de página de la letra e) del Anexo I del mismo, donde se contiene la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación:

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 (59).

(59) Los Miembros reconocen que el aplazamiento no constituye necesariamente una subvención a la exportación en los casos en que, por ejemplo, se perciben los intereses correspondientes. 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 actuaran en condiciones de plena competencia. Todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. En tales circunstancias, los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los Miembros se derivan del GATT de 1994, con inclusión del derecho de consulta establecido en la frase precedente.

⁵⁴ Para ver más detalladamente los argumentos de los Estados Unidos, véase puntos 4.532 a 4.536 del Informe del Grupo Especial, y puntos 22 al 30 del Informe del Órgano de Apelación.

⁵⁵ Véase punto 71 del Informe del Órgano de Apelación.

⁵⁶ De esta manera, un producto podría cumplir este requisito porcentual aun cuando consista totalmente de componentes importados, siempre que no más del 50 por ciento del precio justo de mercado del producto en cuestión sea imputable a tales componentes. Con esta argumentación podrían verse salvados algunos casos, donde se importen componentes, pero el mayor valor se le otorga al proceso tecnológico realizado en los Estados Unidos.

El párrafo e) 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.

Según los Estados Unidos, la práctica del GATT en lo relativo al régimen fiscal de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero pasó a la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC. Esa nota estaría redactada utilizando prácticamente los mismos términos que utilizó el Consejo del GATT, al declarar que el principio de plena competencia se aplica a las partes vinculadas en las transacciones de exportación. El propósito de la nota de pie de página 59, según los Estados Unidos, se pone de manifiesto en su texto: matiza la regla general estipulada en el párrafo e) con la indicación de que los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no necesitan ser objeto de imposición fiscal. Si así no fuere, carecería de sentido gran parte de la nota de pie de página n° 59, lo cual no es aceptable con arreglo a las reglas habituales de interpretación de los tratados.

Además, respecto a la última mención que contiene la nota n° 59, los Estados Unidos, en su recurso ante el Órgano de Apelación, argumentaron que las medidas relativas a las EVE eran un mecanismo para evitar la doble imposición⁵⁷.

Finalmente, los Estados Unidos utilizaron el mismo argumento amenazante que usaron en el asunto de las DISC: si las medidas relativas a las EVE son contrarias a las disposiciones del Acuerdo SMC, la mayoría de los sistemas fiscales europeos son igualmente contrarios al mismo. La legislación sobre las EVE emula el tipo de trato fiscal que recibe una filial de ventas en el extranjero de una empresa matriz en el marco de un régimen de ámbito territorial (esto es, los regímenes fiscales europeos). Al igual que esos regímenes, la legislación sobre las EVE exime de impuestos a los ingresos obtenidos fuera del territorio del país de origen. La OMC nunca estuvo orientada (y no está bien equipada para ello) a establecer normas fiscales internacionales, especialmente cuando existe tanta variedad de prácticas fiscales aceptadas. La OMC de manera alguna debería penalizar a un país cuyo régimen fiscal se basa en el principio personal o de renta mundial, por incorporar elementos de los sistemas basados en el principio real o territorial con objeto de obtener un trato fiscal comparable⁵⁸.

2. Argumentos de las Comunidades Europeas: para éstas, los dos requisitos de la definición de subvención del Art.1 del Acuerdo SMC están claros. De un lado, hay contribución financiera que el Gobierno de los Estados Unidos deja de percibir. De no existir las medidas para las EVE, los ingresos de éstas serían gravados por los Estados Unidos, de acuerdo con su régimen fiscal general. De otro lado, hay un claro beneficio para las EVE, que logran una exención fiscal entre un 30 y un

⁵⁷ Véase punto 26 del Informe del Órgano de Apelación.

⁵⁸ Véase puntos 4.321 y 4.349 del Informe del Grupo Especial.

65%⁵⁹. Este último porcentaje se puede conseguir mediante la fijación administrativa de precios, la cual puede agrandar la subvención, al permitir que se fijen precios menores de transacción entre las matrices y sus EVE filiales a los que se darían en condiciones de Competencia entre dos empresas completamente independientes.

Además, puesto que los productos que se pueden exportar a través de las EVE deben estar constituidos en más de un 50% por componentes no importados, esto es, de producción estadounidense, se está favoreciendo la industria y exportación de estos últimos con respecto a otros productos no nacionales.

Respecto del Entendimiento de 1981, las Comunidades Europeas le van a restar valor, puesto que se refería a la interpretación del párrafo 4° del Art. XVI del GATT de 1947, y el presente asunto se trataba de la violación del Art. 3 del Acuerdo SMC. En cualquier caso, las Comunidades Europeas reafirmaron su interpretación de dicho Entendimiento, según la cual cuando éste declaró que los procesos económicos situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitaban ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, estaba afirmando simplemente que el mero hecho de que un sistema fiscal sea territorial no habrá de considerarse una subvención a la exportación. No estaba, por supuesto, afirmando que una Parte Contratante del GATT puede eximir específicamente algunas transacciones supeditándolas a los resultados de exportación (como era el caso de las DISC y ahora el de las EVE).

Por último, en lo referente al argumento de la doble imposición, las Comunidades Europeas usaron un argumento jurídico-formal: es una nueva defensa en la que el Órgano de Apelación no debe entrar a conocer, pues para ello sería preciso examinar aspectos fácticos no estudiados por el Grupo Especial⁶⁰.

C. Solución del caso

⁵⁹ Como señalan las Comunidades Europeas, el coste de mantener una EVE ronda los 2.000 USD al año. Además, el 77% de ellas están establecidas en posesiones de los Estados Unidos, como las Islas Vírgenes, donde radican un 66% de ellas. Está exento de impuestos de los Estados Unidos un mínimo del 30 por ciento de los ingresos de comercio exterior de una EVE perteneciente a una empresa. No obstante, si la EVE compra las mercancías a un proveedor vinculado y reúne las condiciones para la aplicación de las normas especiales de fijación administrativa de precios, la exención se eleva aproximadamente al 65 por ciento. Véase puntos 4.193 a 4.207 del Informe del Grupo Especial.

⁶⁰ Véase punto 45 del Informe del Órgano de Apelación.

Tanto el Informe del Grupo Especial como el del Órgano de Apelación quitaron la razón a los Estados Unidos y declararon que las medidas relativas a las EVE eran contrarias al Acuerdo SMC, en concreto al Art. 3.1.a) del mismo.

Ambas argumentaciones siguen las líneas trazadas por las Comunidades Europeas: para determinar si "se deben o se han de pagar" impuestos u otras cantidades que constituyan ingresos públicos, es necesario, de no haber una indicación clara en contrario en el Acuerdo SMC, estudiar el propio régimen fiscal de ese gobierno. De esta forma, los ingresos que "en otro caso se percibirían" se obtienen de la comparación del régimen fiscal general de los Estados Unidos. La nota a pie de página n° 59 no matiza la expresión "que en otro caso se percibiría" del Art. 1.1.a)1.ii) del Acuerdo SMC, y tampoco dicha nota pretende establecer una excepción a la definición general de subvención contenida en el Acuerdo SMC⁶¹. Además, no consideran que el Entendimiento de 1981 forme parte del GATT de 1994 ni que represente una práctica ulteriormente seguida en la aplicación del GATT de 1947 por la cual conste el Acuerdo de las partes contratantes acerca de su interpretación. A su juicio, el Entendimiento de 1981 es una "decisión" en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC por la que "se regirá" la OMC en la medida en la que ello sea pertinente. Sin embargo, en este caso, estiman que el Entendimiento de 1981 no puede servir de orientación para entender disposiciones detalladas del Acuerdo SMC que no existían cuando se adoptó el Entendimiento⁶².

Respecto al beneficio, ambos concluyen que la contribución financiera otorga un beneficio importante, estimado en torno a un 15-30% del ingreso bruto por exportaciones⁶³.

En lo referente a la fijación administrativa de precios, ambos dejan esta cuestión de lado, pues al declarar que las medidas relativas a las EVE eran una subvención de las prohibidas por el Art. 3.1.a) del Acuerdo SMC, no consideran necesario adoptar otra resolución a ese respecto⁶⁴.

Sobre la violación del Art. 3.1.b) del Acuerdo SMC, ambos vuelven a pasar por encima de la misma. No concluyen nada porque ya han resuelto que las medidas relativas a las EVE son contrarias al apartado a) del referido artículo⁶⁵.

⁶¹ Véase punto 93 del Informe del Órgano de Apelación.

⁶² Véase puntos 7.85, 7.92 y 7.118 del Informe del Grupo Especial, confirmados por los puntos 99 y 120 del Informe del Órgano de Apelación.

⁶³ Véase punto 7.103 del Informe del Grupo Especial y punto 140 del Informe del Órgano de Apelación.

⁶⁴ Véase punto 7.127 del Informe del Grupo Especial y punto 173 del Informe del Órgano de Apelación.

⁶⁵ De esta manera nos quedamos sin conocer la opinión de ambos en lo que respecta a si los Estados Unidos estaban primando la exportación de sus productos nacionales frente a los no

Respecto al argumento de la doble imposición, el Órgano de Apelación lo va ha considerar como algo nuevo, cuyo debate no se realizó ante el Grupo Especial, y cuyo análisis requeriría la prueba de nuevos hechos⁶⁶.

Curiosamente, el argumento de los Estados Unidos sobre la pretendida incompatibilidad de los sistemas fiscales europeos con el Acuerdo SMC, en el caso en que fuesen declaradas contrarias al mismo las medidas en disputa, es mencionado casi de pasada por el Grupo Especial, mientras que el Órgano de Apelación ni lo menciona. De esta manera, el Grupo Especial lo expone: “Debemos insistir aquí en que la compatibilidad con la OMC de los sistemas fiscales de otros Miembros, sean de ámbito territorial o de otra índole, es ajena a nuestro mandato. Por lo tanto, no debemos especular ni especularemos sobre las repercusiones de nuestras constataciones en la presente diferencia, si las hubiera, sobre los sistemas fiscales de otros Miembros. Incumbirá a los futuros grupos especiales que pudieran establecerse el examinar la compatibilidad del régimen fiscal que tengan ante sí con los requisitos de la OMC”(subrayado añadido)⁶⁷.

IV.- REFLEXIONES SOBRE EL CASO DE LAS EVE

Muchas son las cuestiones que se pueden derivar del análisis del caso expuesto. Particularmente, quisiera centrarme en los puntos que tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación dejaron abierto, para futuros conflictos. El primero de ellos es sobre los sistemas fiscales en el marco del Acuerdo SMC. En segundo lugar, insistiré en la parte referente al Art. 3.1.b) del Acuerdo, sobre la subvención condicionada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. En tercer lugar, analizaré el argumento de la doble imposición, que quedó sin respuesta por motivos formales. Finalmente comentaré el valor del Entendimiento de 1981 y las posibles consecuencias de este caso.

nacionales. Véase punto 7.132 del Informe del Grupo Especial y puntos 174 a 176 del Informe del Órgano de Apelación.

⁶⁶ Este elemento pone claramente de manifiesto el cambio que ha sufrido el sistema de arreglo de controversias en el marco del nuevo GATT de 1994: de soluciones políticas o diplomáticas se ha pasado a resoluciones más jurídicas. El hecho de no admitir un nuevo argumento en apelación lo justificó el Órgano de Apelación en el caso *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles* (WT/DS70/AB/R), adoptado el 20-8-1999, en virtud del párrafo 6° del Art. 17 ESD. De esta manera, el Órgano de Apelación se ocupa de las cuestiones de Derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y de las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

⁶⁷ Véase punto 7.123 del Informe del Grupo Especial.

A. Los sistemas fiscales en el marco de la OMC

Como se expuso anteriormente, una de las alegaciones de los Estados Unidos en el caso de las EVE fue que, si tal medida era contraria al sistema del Acuerdo SMC, los sistemas fiscales europeos también lo eran en su conjunto, pues producirían el mismo efecto de subvención a las exportaciones.

¿Es ésta una pataleta de los Estados Unidos, intentando arrastrar consigo a su amiga/enemiga comercial?. Veamos los posibles argumentos.

1. Sistemas fiscales europeos: diferencia con las medidas relativas a las EVE .

En muchos países de las Comunidades Europeas se aplica el impuesto de la renta siguiendo el principio real, según el cual un país grava la renta obtenida dentro de sus fronteras (criterio de la fuente). Por lo general, el país de origen no grava los ingresos procedentes de actividades económicas realizadas fuera del territorio de la jurisdicción fiscal, independientemente de que esa actividad sea desarrollada por una empresa nacional o extranjera.

Según los Estados Unidos, los sistemas fiscales europeos otorgan un trato más favorable a los exportadores de bienes y servicios, ya que cuando las actividades relacionadas con una operación de exportación ocurren fuera del territorio de la jurisdicción fiscal, los ingresos procedentes de esas actividades no son imponibles de conformidad con los sistemas territoriales o de tipo real.

Además, los Estados Unidos ponen numerosos ejemplos, tomando como base las legislaciones de países como Francia, Bélgica, Países Bajos o España, en donde trata de comparar los efectos de los sistemas fiscales territoriales con los efectos de un sistema de tributación mundial como el suyo unido a las medidas relativas a las EVE⁶⁸.

Pero estos argumentos deben rechazarse. La exención fiscal de los ingresos derivados de actividades económicas desarrolladas en el extranjero (conocida en Derecho Tributario como "ingresos de fuente extranjera") no son ingresos condonados que en otro caso percibirían ni, en consecuencia, conforme a este criterio, una contribución financiera, en el sentido del Art. 3.1 del Acuerdo SMC. Es una categoría de ingresos definida en términos amplios, neutros y objetivos,

⁶⁸ Véase puntos 4.1040 a 4.1050 del Informe del Grupo Especial.

aplicable a todo tipo de ingresos de fuente extranjera, y que no desempeña ninguna función programática.

La naturaleza limitada, especial y programática, de las medidas relativas a las EVE se deduce claramente de sus términos y su estructura. Está expresamente limitado a los ingresos derivados de la exportación de "bienes de exportación" y está concebido para fomentar las exportaciones (con el agravante de fomentar las exportaciones de productos mayoritariamente nacionales). Los Estados Unidos lo describen incluso expresamente como un "incentivo fiscal para los exportadores de los Estados Unidos", y como una medida para contrarrestar los beneficios fiscales que obtienen las empresas europeas derivadas de los sistemas fiscales territoriales⁶⁹.

Debe señalarse, a los efectos de una subvención, que las actividades en el extranjero y las actividades de exportación son dos nociones distintas, contrariamente a lo que dan a entender los Estados Unidos. Una exención de los ingresos de fuente extranjera, como la que propugnan los sistemas fiscales europeos, no estaría prohibida por el Art. 3.1 del Acuerdo SMC, porque no es específica para las actividades de exportación⁷⁰.

De esta manera, para que no estén prohibidas conforme al Acuerdo, las subvenciones deben ajustarse a las prescripciones del párrafo 1 a) y b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Las exenciones impositivas dan lugar a subvenciones prohibidas sólo cuando están supeditadas de Derecho o de hecho, ya sea por sí solas o como uno de varios otros factores (acumulativos o alternativos), a las exportaciones o el contenido local. La diferenciación entre tipos de ingresos (como dividendos, regalías, intereses, etc.) es aceptable en la medida en que no esté supeditada al resultado de las exportaciones ni al contenido local.

Ésta es, por tanto, la principal diferencia entre los sistemas europeos y la medida propuesta por los Estados Unidos.

Como puede verse, algunas normas de la OMC pueden tener efectivamente repercusiones en determinadas prácticas fiscales de los Miembros, como es el caso de las EVE. En la esfera de las subvenciones, se desprende claramente del propio artículo 1 del Acuerdo SMC que las medidas fiscales de un Miembro de la OMC pueden dar lugar a subvenciones sometidas a las disciplinas del Acuerdo SMC. También resulta claro que, en la medida en que una subvención esté supeditada a los resultados de exportación, constituye una subvención a la exportación prohibida. Por ende, los Estados Unidos tienen libertad para mantener un sistema

⁶⁹ Véase puntos 4.336, 4.349 y 4.356 del Informe del Grupo Especial.

⁷⁰ Véase *infra*. Apartado VI.- del presente escrito, la similitud de este razonamiento con la posible justificación de una ayuda de Estado por motivos de "naturaleza y economía del 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 personal (mundial), otorgar una exención de impuestos directos específicamente relacionada con las exportaciones y después alegar que tienen derecho a otorgar tal subvención a la exportación porque es necesario eliminar una desventaja para los exportadores creada por el propio sistema fiscal estadounidense⁷¹.

2. Conclusión.

Como se ha podido ver en este caso, no se ha tratado a algunos Miembros más favorablemente que a otros sobre la base de que el Miembro tenga un sistema fiscal de ámbito mundial o territorial. Tampoco se han roto los principios a los que se refiere el preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, a saber, "obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales [...]". Las obligaciones siguen siendo, por tanto, recíprocas y simétricas.

Simplemente se ha aplicado el concepto de subvención prohibida por el Art. 3.1.a) del Acuerdo SMC, de tal forma que un Miembro es libre para gravar o no ingresos de fuente extranjera, pero no puede expresamente dejar de gravar los ingresos por el mero hecho de provenir de exportaciones.

B. La fijación administrativa de los precios de transferencia

El Grupo Especial en el caso de las EVE consideraba especulativo el entrar a analizar si un sistema de fijación administrativa de precios, como el de los Estados Unidos, constituía una subvención de las prohibidas por el Acuerdo SMC.

⁷¹ Debe señalarse que el Órgano de Apelación centró de manera tajante la cuestión en su punto 99: "(...) La cuestión *no* es, como sugieren los Estados Unidos, si un miembro está o no obligado a gravar una categoría determinada de ingresos de fuente extranjera. Como ya hemos dicho, un Miembro no tiene, en general, ninguna obligación de este tipo. La cuestión es si, *habiendo decidido gravar una categoría determinada de ingresos de fuente extranjera*, vale decir que aquellos ingresos que tengan una "conexión efectiva con una actividad comercial o empresarial en los Estados Unidos", *los Estados Unidos pueden crear una exención supeditada a la exportación en esa categoría de ingresos de fuente extranjera que están gravados en virtud de sus otras leyes fiscales (...)*" (cursiva no añadida).

Simplemente, como tal sistema era empleado para incrementar la cuantía de la subvención y ya había declarado la misma como una de las prohibidas por el Art. 3.1.a) del Acuerdo SMC, no se contestó la cuestión⁷².

¿Qué pasaría si los Estados Unidos eliminasen las medidas relativas a las EVE, pero mantuvieran el sistema administrativo de fijación de precios entre las matrices y sus filiales en el extranjero?. ¿Podría ser nuevamente una subvención a la exportación?.

La Sección 482 del IRC ha sido considerado como acorde con las directrices sobre transferencias de precios de la OCDE, en cuanto que las transacciones dentro de un grupo empresarial se realizan en los mismos precios que hubieran sido acordados entre dos sujetos independientes en el mercado⁷³. Principalmente, tres son los métodos de fijación de precios mediante los cuales vendrían determinadas las condiciones normales de mercado: el primero de ellos, llamado de “precio comparable no controlado” (*the comparable uncontrolled price method*), establece que el precio de transacción para ventas comparables sería el fijado por entidades sin vinculación; el segundo, llamado de “precio de reventa” (*the resale price method*), se fija en que el margen de beneficio en la operación de transacción sea comparable al de una venta entre dos entidades independientes; el tercer método, llamado de “con plus sobre el coste” (*the cost plus method*), se centra en el coste por unidad de producto, permitiendo un beneficio razonable. Subsidiariamente, se permite un cuarto método en los casos en que los anteriores no puedan ser aplicados⁷⁴.

Como se expuso anteriormente⁷⁵, a los métodos de fijación de precios de la sección 482 IRC, para el caso de las EVE se le añaden dos métodos más, los cuales permiten una exención de entre 15-30% de los ingresos totales de comercio exterior obtenidos en la transacción, además de su aplicación *ex post* y transacción por transacción⁷⁶.

⁷² Véase puntos 7.124 a 7.129 del Informe del Grupo Especial. Por su parte, el Órgano de Apelación no entra en esta materia al estimar que las Comunidades Europeas plantearon el tema de la fijación administrativa de precios como subsidiario, en caso de no ser aceptado su alegación del Art. 3.1.a) del Acuerdo SMC (véase puntos 172 y 173).

⁷³ Véase K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Ed. Kluwer Law International, 3rd Edition, 1997, pp. 528 y 529; J. J. Bayona Giménez, “Resultados del Informe presentado al Consejo por el Grupo del Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas, en *Quincena Fiscal (Aranzadi)*, n° 8, Abril, 2000, pp. 39 y ss (en concreto, p. 44).

⁷⁴ Sobre estos métodos, véase S. N. Frommel, *Imposición de filiales, sucursales y subsidiarias en Europa Occidental, Canadá y EEUU*, Ed. Edersa, Madrid, 1981, pp. 70 y 71; P. L. Jelsma, *ob. cit.*, P. 1342; K. Vogel, *ob. cit.*, pp. 530-532.

⁷⁵ Véase *supra*. Apartado IV.A. del presente trabajo.

⁷⁶ Para ver el funcionamiento y los beneficios de estos métodos, establecidos en el §925(a) del IRC, véase P. L. Jelsma, *ob. cit.*, p. 1343 (nota n° 101); B. I. Bittker y L. Lokken, *ob. cit.*, pp. 68-18 a 68-21.

Por su parte, el Acuerdo SMC, en su nota n° 59, ha establecido el principio de que los precios de las mercancías en las 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 independiente que actuasen en condiciones de plena Competencia.

Pues bien, hay varios estudios que prueban que las empresas extranjeras están injustamente evitando la imposición en los Estados Unidos usando los precios de transferencia⁷⁷. Además, la administración norteamericana (*Internal Revenue Service*) parece tener manga ancha en este tema⁷⁸. En mi opinión, según lo dispuesto en el apartado e) de la Lista ilustrativa del Acuerdo SMC, en conexión con la nota n° 59 y el Art. 1.1.a).1.ii), el sistema de transferencia de precios que se permite a las EVE constituirían una subvención de las prohibidas por el Art. 3.1.a) del Acuerdo SMC.

C. Art. 3.1.b) del Acuerdo SMC: subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados

Esta cuestión no fue expresamente contestada ni por el Grupo Especial ni por el Órgano de Apelación, por la sencilla razón de que, al haber sido condenadas las medidas relativas a las EVE por el Art. 3.1.a) del Acuerdo SMC, no era necesario entrar en la misma.

Cierto es que, como argumentación jurídica, tal afirmación es correcta. Sin embargo, quiero poner de relieve la importancia que esta medida tendría para el comercio internacional.

En el caso de las EVE, una de las condiciones de los bienes exportados era que el precio justo de mercado de los mismos no fuera imputable en más de un 50% a importaciones. Tal circunstancia tuvo dos interpretaciones:

⁷⁷ En este sentido, pueden verse los estudios citados por M. Nakazato, "Transfer Pricing: the Japanese Perspective", en el libro dirigido por K. Vogel, *Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*, Ed. Kluwer International Law, 1998, pp. 139 y ss (en concreto, p. 144).

⁷⁸ Véase P. L. Jelsma, *ob. cit.*, Pp. 1360-1361. Este autor plantea la posibilidad de que los Estados Unidos usasen el argumento de que su sistema de transferencia de precios es una medida de represalia (*retaliatory measure*) contra los sistemas utilizados por otros Miembros del GATT.

- *Comunidades Europeas*⁷⁹: el 50% se refiere a los componentes del producto, por lo que el mismo debería estar compuesto por más de un 50% de componentes estadounidenses. El efecto discriminatorio de la subvención es claro: empresas estadounidenses o no que utilizasen en sus productos componentes importados (esto es, no nacionales), no podrían beneficiarse de la exención fiscal (o ya podíamos llamarla “subvención”). Ello fomenta la producción nacional en claro detrimento de la no nacional.

- *Estados Unidos*⁸⁰: el 50% se refiere al valor total del producto, el cual puede estar hecho de muchos componentes importados. A la hora de poner el precio al producto, más de ese porcentaje sería atribuible al valor que tiene el proceso de creación o manufactura del producto en los Estados Unidos. Así, productos con componentes importados, pero de poco valor, serían considerados como “nacionales”.

Tal separación resulta, cuanto menos, absurda. El Art. 3.1.b) del Acuerdo SMC es claro: no se puede supeditar una subvención al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, lo cual hace expresamente las medidas relativas a las EVE.

De no ser así, se estaría potenciando la industria nacional en detrimento de las producciones importadas. Y no solamente eso, sino que además se estaría imponiendo una barrera no arancelaria a la entrada de productos importados, puesto que a las empresas, interesadas en la subvención, procurarían abastecerse de productos nacionales antes que de importados⁸¹.

Por ello, los Estados Unidos deben hacer desaparecer las medidas relativas a las EVE y no instaurar de nuevo un sistema contrario, esta vez, al Art. 3.1.b) del Acuerdo SMC.

D. El argumento de la doble imposición

⁷⁹ Véase puntos 66 a 68 del Informe del Órgano de Apelación.

⁸⁰ Véase puntos 72 y 73 del Informe del Órgano de Apelación.

⁸¹ En esta línea indican M. A. Díaz Mier y A. M. Ávila, *ob. cit.*, p. 15, que las subvenciones a la exportación equivalen a aranceles negativos. La subvención tendría como efecto directa o indirectamente aumentar las exportaciones o reducir las importaciones.

Esta cuestión fue desestimada por el Órgano de Apelación debido a motivos formales. Sin embargo, el mismo, al igual que el de la transferencia de precios, no deja de tener importancia con vistas a la futura modificación de las medidas relativas a las EVE. En mi opinión, los Estados Unidos pueden sacar ventaja de los vacíos que dejó el OSD en el caso de las EVE, para que, a la hora de modificar tales medidas, sus efectos perversos perduren en otra forma. De ahí que pase a analizar este punto.

Simplificando la cuestión, dos son los métodos para evitar que la misma riqueza (hecho imponible) sea gravado en varios Estados⁸²:

- el *método de exención*: consiste en que, para eliminar la doble imposición internacional, el Estado de residencia del contribuyente no someta a imposición las rentas (o patrimonio) de fuente extranjera que éste obtenga o posea, pese a que éstas resultan sujetas su impuesto, merced al establecimiento de una exención de las mismas del hecho imponible⁸³.

- el *método de imputación*: a través de esta técnica, el contribuyente que resulta gravado por su renta mundial puede deducirse de su cuota tributaria el impuesto foráneo análogo que ha sido exaccionado en el extranjero en relación con el mismo hecho imponible⁸⁴.

En el caso de las EVE, el método utilizado era el de exención, puesto que parte de los ingresos de las mismas se consideraban como "ingresos de fuente extranjera sin conexión efectiva con una actividad comercial o empresarial en los Estados Unidos", y quedaban exentos de tributación. Además, la parte no exenta de los ingresos de las EVE no podía acogerse a los beneficios de los tratados de doble imposición firmados por los Estados Unidos⁸⁵.

⁸² Sobre estos dos métodos, puede verse el comentario al Art. 23. A y B del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional, que realiza K. Vogel, *ob. cit.*, pp. 1118 y ss.

⁸³ De esta manera, cuando por los criterios de sujeción fiscal personal y real dos Estados someten a tributación el mismo tipo de renta (porque el Estado de la fuente somete a imposición al contribuyente por las rentas obtenidas en su territorio, y el Estado de residencia del mismo lo grava por su renta mundial), este mecanismo corrige los efectos de la yuxtaposición de soberanías fiscales. Véase J. M. Calderón Carrero, *La doble imposición internacional y los métodos...*, *ob. cit.*, pp. 137-178.

⁸⁴ La diferencia con el método de exención es clara: el método de imputación no elimina el origen de la doble imposición internacional, puesto que grava la renta y luego permite su deducción (normalmente con ciertos límites), mientras que con el método de exención, la renta gravada por otro Estado queda directamente exenta de tributación en el Estado de residencia del contribuyente. Véase *Ibidem.*, pp. 178-270.

⁸⁵ Véase §927(e)(4) del IRC.

Algunos autores han expresado sus reservas respecto de la compatibilidad del método de exención con los principios de GATT⁸⁶. Según ellos, “la exención en la residencia de las ganancias de la exportación (*export earnings*) vulnera el principio fundamental del GATT de imposición conforme al país de origen cuando el impuesto en el país importador es inferior al de origen de la exportación y éste exenciona dichos beneficios”. De esta forma, “la operación soportaría una imposición globalmente inferior a la del país de origen de la exportación, constituyendo por ello una subvención de las prohibidas por el Art. XVI.4 GATT”. Respecto a esta cuestión, debo discrepar, puesto que en mi opinión el GATT no establece ese principio de imposición⁸⁷. Veamos lo que contiene realmente el GATT.

El Art. XVI.4 GATT establece la prohibición de subvenciones a la exportación de una manera más estrecha que como lo establece el Acuerdo SMC⁸⁸. Básicamente, el primero de ellos se limita a prohibir las subvenciones, de la naturaleza que sean, que produzcan el efecto de reducir el precio de los productos de exportación por debajo del precio al que serían vendidos los mismos en el mercado nacional. Como se ha visto, el Acuerdo SMC establece una prohibición mucho más amplia contra cualquier subvención que esté “supeditada a los resultados de la exportación”⁸⁹.

Debe señalarse que, tanto el Art. XVI.4 GATT como el Art. 1.1.a).1. ii) del Acuerdo SMC tienen una nota explicativa de contenido similar, según la cual no se

⁸⁶ Así lo hace J. M. Calderón Carrero, *La doble imposición internacional y los métodos...*, ob. cit., P. 177 al citar a S. N. Frommel, *Imposición de filiales, sucursales y subsidiarias en Europa Occidental, Canadá y EEUU*, Ed. Edersa, Madrid, 1981, pp. 44-46; J. Jackson, ob. cit., Primera Edición, 1989, pp. 190 y ss; y a K. Vogel, ob. cit., Edición de 1991, p. 1075 (en la 3rd Edition es la p. 1256).

⁸⁷ Otro motivo de discrepancia es que, de los autores citados por J. M. Calderón Carrero, no puede deducirse dudas de compatibilidad del método de exención con los principios del GATT. K. Vogel se limita a analizar la variantes del método de imputación (*the tax sparing credit method* o método de imputación limitada/ *the matching credit method* o método de imputación íntegra), inclinándose por pensar que el primero de ellos sí podría ser un subsidio indirecto dado por el Estado de la fuente y permitido por el Estado de residencia, mientras que el segundo de ellos, en cuanto que el crédito fiscal que se tiene en el Estado de residencia no exceda de lo pagado en el Estado de la fuente, no sería un subsidio, sino simplemente un respeto a la jurisdicción fiscal del Estado de la fuente. Por su parte, J. H. Jackson hace una diferencia, a raíz de la nota del Art. XIV.4 del GATT, entre fiscalidad directa (rentas o capitales) y fiscalidad indirecta (productos), que será comentada más adelante.

⁸⁸ En concreto, el Art. XIV.4 del GATT establece que: “(...) las partes contratantes dejarán de conceder directa o indirectamente toda subvención, de cualquier naturaleza que sea, a la exportación de cualquier producto que no sea un producto primario y que tenga como consecuencia rebajar su precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar”.

⁸⁹ Sobre esta diferencia, puede verse el punto 117 del Informe del Órgano de Apelación en el caso de las EVE.

consideran subvenciones a la exportación la exoneración, en favor de un *producto exportado*, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando éste se destine al consumo interior, ni la remisión de estos derechos o impuestos en un importe que no exceda de los totales adeudados o abonados. Ello significa, sin lugar a dudas, que la exención del IVA que puede realizar, por ejemplo España, a los productos exportados, los cuales serían gravados en España con dicho impuesto indirecto, no sería considerado como subvención a la exportación. Además, en lo referente a los impuestos directos, lo mismo podría decirse, puesto que si se permite una exención parcial de las rentas de exportación de las empresas, el efecto es que tales productos exportados tienen una menor carga impositiva que si fueran vendidos en el mercado nacional. Pero, ¿es esto lo que ha querido permitir la actual normativa OMC?. En mi opinión, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa, pues sería extender demasiado su interpretación.

Uno de los primeros motivos para concluir que tal nota explicativa se refiere únicamente a los impuestos indirectos es que en ella se habla de “productos” y no de rentas o ingresos de exportación. Los primeros soportan la fiscalidad indirecta (como por ejemplo, el IVA), mientras que los segundos son gravados con impuestos directos (*i.e.*, Impuesto de Sociedades)⁹⁰.

Otro argumento es ver la evolución que se ha producido con el Acuerdo SMC, con respecto al Art. XVI.4 GATT.

La Declaración del Consejo, realizada en el marco del Entendimiento de 1981, estableció algo similar al contenido final de la nota nº 59 del Acuerdo SMC, según la cual el párrafo 4º del Art. XVI GATT no prohíbe la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera⁹¹.

⁹⁰ Sobre este argumento, véase J. H. Jackson, *The World Trading System*, ob. cit., pp. 218-221. Este autor pone de manifiesto como los Estados Unidos carecen de una fiscalidad desarrollada para los productos (impuestos indirectos), por lo que éstos se sienten tratados injustamente en el comercio internacional. Sobre la conveniencia para los Estados Unidos de que éstos adoptasen un impuesto similar al del IVA, puede verse el debate contenido en el libro dirigido por K. Vogel, *Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*, ob. cit., pp. 217 y 218.

⁹¹ Es preciso recordar que los paneles en los asuntos de legislación fiscal de finales de los años 70 concluyeron que, tanto las medidas relativas a las DISC como los sistemas fiscales europeos basados en el principio real o territorial, eran contrarios al Art. XVI.4 GATT. Posteriormente, y como se ha visto, el Entendimiento de 1981 legitimó el principio real con respecto a la normativa del GATT de 1947, mientras que el caso DISC no gozó del beneplácito del mismo. Por último, el panel en el caso de las EVE declara incompatible tales medidas con la actual normativa OMC (GATT de 1994 + Acuerdo SMC), mientras que parece apuntar la compatibilidad de los sistemas fiscales europeos basados en el principio real (Véase *supra*. Apartado V.- A) del presente trabajo).

En mi opinión, la nota n° 59 del Acuerdo SMC deja abierta la posibilidad de que los Estados adopten medidas destinadas a evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero. Nada se dice de cómo habrán de ser esas medidas. Pero, en el apartado e) de la Lista ilustrativa de subvenciones prohibidas por el Acuerdo SMC se hace referencia a la exención relacionada específicamente con las exportaciones de los impuestos directos que paguen o deban pagar las empresas. De esta manera, puede deducirse que el método de la exención para evitar la doble imposición estaría prohibido por el Acuerdo SMC⁹².

A pesar del contenido de las notas explicativas antes mencionadas, donde se decía que la exoneración de impuestos a los productos exportados, lo cual permitía un precio más bajo de éstos con respecto a los mismos si fueran vendidos en el mercado nacional y sujetos a dicho impuesto, el apartado e) debe prevalecer por su especificidad. Puesto que las notas explicativas dejan abierta la posibilidad de interpretarlas como referentes a impuestos directos e indirectos, el apartado e) de la Lista Ilustrativa despeja esa duda al declarar prohibida la exención de impuestos directos⁹³.

De esta forma, el GATT no contiene un principio de prohibición de imposición conforme al país de origen cuando el impuesto en el país importador es inferior al de origen de la exportación y éste exenciona dichos beneficios. El Acuerdo SMC, y por ende el GATT, no permite la exención de impuestos directos específicamente relacionados con las exportaciones que deben pagar las empresas.

Por lo tanto, la única vía posible que le quedaría a los Estados Unidos para utilizar el argumento de la doble imposición internacional, es la utilización de un método de imputación. Puesto que de los informes del OSD se puede deducir, de un lado, que con la OMC no se quiere primar unos sistemas fiscales en detrimento de los otros, y de otro lado, que lo que en ningún caso puede hacerse, una vez decidido el gravar una categoría determinada de ingresos de fuente extranjera (en

⁹² En cualquier caso, aunque creo que el razonamiento jurídico expuesto es correcto, la nota n° 59 del Acuerdo SMC, al referirse a los foros fiscales para discutir estos temas, puede permitir al OSD el evitar el conflicto directo de la normativa OMC con la OCDE, la cual permite los dos métodos de exención.

⁹³ La Lista Ilustrativa del Acuerdo SMC no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, pero puede tener utilidad para clarificar algunas situaciones concretas, como la que se nos presenta. Así lo ha puesto de manifiesto el Grupo Especial, en su Informe de 11-2-2000, en el asunto *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/R Y WT/DS142/R, (punto 10.196). Además, en ese mismo caso (punto 10.168), el Grupo Especial, refiriéndose a la nota del Art. 1.1.a)1)ii) del Acuerdo SMC, de contenido similar a la nota del Art. XVI.4 del GATT, establece que la aplicación del principio allí contenido (prohibición de exonerar a los productos exportados de los impuestos que gravarían los mismos productos si fueran vendidos en el mercado interno), se contempla con más detalle en la Lista Ilustrativa del Anexo I.

virtud del principio personal), es crear una exención supeditada a la exportación, tal vez una deducción amparada por el método de imputación para evitar la doble imposición internacional pueda ser compatible con la normativa de la OMC.

En cualquier caso, tal y como esta configurada las medidas relativas a las EVE, las cuales no permiten la eliminación de la doble imposición internacional de la parte de ingresos no exentos de las EVE, tal argumento no serviría en la actualidad⁹⁴.

E. Valor del Entendimiento de 1981

Parece ser que los Estados Unidos ya no pueden buscar adecuar sus medidas fiscales a lo que se dijo entonces. El Acuerdo SMC ha establecido unos criterios más específicos en lo que respecta al concepto de subvención de lo que existía anteriormente bajo la normativa del GATT de 1947.

Pero, a su vez, si la mayoría de los Estados estaban de acuerdo en que el Entendimiento de 1981 eximía a los sistemas fiscales regidos por el principio real y no a las DISC, ahora, al quitársele valor puede que las Comunidades Europeas tengan algún problema en justificar tal sistema. De ahí la insistencia de los Estados Unidos en volver a denunciar conductas fiscales de los Estados europeos basados en el mencionado principio. Pero, según lo que se ha dicho, no parece que los órganos de la OMC vayan a declarar contrario a sus normas el principio de tributación real o territorial.

De todas formas, si bien en 1982 todos los Estados miembros del GATT otorgaron valor jurídico al Entendimiento de 1981, incluso finalmente los Estados Unidos, éstos a la postre lo que han hecho con las medidas relativas a las EVE es crear una ficción jurídica para adecuarse al mismo. Podría decirse que el marco jurídico ha cambiado sustancialmente. A la solución diplomática dada en 1981 le ha sucedido un conjunto de nuevas normas jurídicas negociadas en el GATT de 1994.

⁹⁴ Quisiera hacer mención a que, en las Comunidades Europeas, la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, de régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOCE L 225 (1990)), trata de suprimir, dentro del territorio de la UE, la barrera fiscal que suponen estas sobreimposiciones, instaurando un sistema fiscal neutro para la creación de grupos de sociedades comunitarios en condiciones análogas a las de un mercado interior (Véase J. M. Calderón Carrero, *La Doble Imposición Internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 239 y ss.

F. Consecuencias del caso de las EVE

Si a los Estados Unidos ya les costó cambiar su legislación con respecto a las DISC, ahora les va a ser aún más difícil, dado que el OSD ha sido tajante esta vez, sin que hayan sido posible las soluciones diplomáticas. En cualquier caso, tal resultado no les debe de coger desprevenidos a los Estados Unidos, pues parte de la doctrina ya había puesto de manifiesto que el cambio de las DISC a las EVE no suponía ningún cambio trascendental, en cuanto a su legalidad⁹⁵.

V. CONCEPTO DE SUBVENCIÓN EN EL SISTEMA COMUNITARIO EUROPEO

Pretendo realizar en este apartado una síntesis de los elementos que integran el concepto de subvención en el Tratado CE, para compararlo con el instaurado por el Acuerdo SMC. Además, quisiera poner de manifiesto el tratamiento que, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), otorgarían a un caso similar al de las EVE dentro de la UE.

A. Concepto de subvención en el Tratado CE: comparación con el Acuerdo SMC

Se puede englobar dicho precepto bajo la denominación de “ayudas de Estado”, recogidas en el Art. 87 y ss TCE⁹⁶. Se califican como tales las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, en la medida en que afecten a los intercambios intracomunitarios.

Como se puso de relieve anteriormente⁹⁷, el concepto de subvención comunitario giraba en torno al origen de la ayuda (fondos públicos), mientras que los Estados Unidos se centraban en el concepto de otorgamiento o no de una ventaja o de un beneficio. Respecto a este último punto, las Comunidades

⁹⁵ Véase P. L. Jelsma, *ob. cit.*, Pp. 1351-1355; R. Hudec, *ob. cit.*, Pp. 95 a 98; P. R. McDaniel y H. J. Ault, *ob. cit.*, P. 156;

⁹⁶ Son los antiguos Arts. 92 y ss. Se citan los Arts. del TCE conforme a la nueva numeración del Tratado de Amsterdam.

⁹⁷ Véase *supra*. Apartado II.- B) del presente trabajo.

Europeas han prestado igualmente atención⁹⁸. En concreto, el propio TJCE ha señalado que, en la medida en que se concluya la inexistencia de una ventaja a una empresa, esta única consideración es suficiente para desestimar una denuncia por supuesta ayuda de Estado⁹⁹.

En lo referente al origen de la ayuda, la jurisprudencia comunitaria considera requisito ineludible que la ayuda sea financiada mediante el empleo de fondos públicos o la renuncia a los mismos¹⁰⁰. Resulta interesante destacar en este punto que el concepto de ayuda comprende no sólo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos¹⁰¹.

Como puede verse, los dos requisitos del concepto de subvención presentes en el Acuerdo SMC encuentran acogida en las Comunidades Europeas. De una parte, el requisito del origen estatal de la medida está expresamente recogido por el Art. 87.1 TCE. Además, el requisito, básico en el Acuerdo SMC, de la especificidad de la medida se encuentra también establecido expresamente en dicho precepto, al decir “favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. De otra parte, el concepto de ventaja o beneficio ha sido incluido vía jurisprudencia por el TJCE¹⁰².

⁹⁸ Véase STJCE de 15-3-1994, *Banco Exterior de España*, (as. C-387/92), Rec. P. I-877, apdos. 12 y 13, según la cual, el concepto de ayuda engloba las ventajas concedidas por las autoridades públicas que, bajo diversas formas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa.

⁹⁹ Véase STJCE de 9-12-1997, *Tiercé Ladbroke*, (as. C-353/95 P), Rec. P. I-7007, apdo. 26.

¹⁰⁰ Véase STJCE de 17-3-1993, *Sloman Neptun*, (as. Ac. C-72 y 73/91), Rec. p. I-927, apdo. 19, según el cual: “Como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 24 de enero de 1978, Van Tiggele (82/77, Rec. p. 25, apartados 24 y 25), sólo los beneficios concedidos directa o indirectamente mediante recursos del Estado pueden ser considerados como ayudas en el sentido del artículo 92 del Tratado. En efecto, de los propios términos de esta disposición (...) se desprende que las ayudas concedidas con medios que no sean fondos estatales no están incluidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones de que se trata. La distinción entre ayudas otorgadas por el Estado y ayudas otorgadas mediante fondos estatales está destinada a incluir en el concepto de ayuda no sólo las ayudas concedidas directamente por el Estado, sino también las otorgadas por los organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado”.

¹⁰¹ Véase STJCE de 11-7-1996, *SFEI y otros*, (as. C-39/94), Rec. p. I-3577, apdo. 58. Véase el paralelismo con la expresión “que en otro caso se percibirían” del Art. 1.1.a)1.ii) del Acuerdo SMC.

¹⁰² También el concepto de beneficio ha sido desarrollado por el OSD, en el caso *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, de 2 de agosto de 1999, (WT/DS70/AB/R), al cual se hará referencia más adelante, y en el cual, el Órgano de Apelación dijo: “Creemos también que la palabra “beneficio”, tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1, implica algún tipo de comparación. Esto debe ser así, porque no puede haber un “beneficio” para el receptor a menos que la “contribución financiera” lo coloque en una situación mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución. A nuestro juicio, el mercado proporciona una base de comparación apropiada al determinar si se ha otorgado un “beneficio”.”

Al igual que el Acuerdo SMC, el Art. 87 TCE establece una serie de listas de ayudas, pero solamente de color blanco y gris. Concretamente, como ayudas compatibles con el mercado común (*blancas*), señala el apartado 2 de dicho precepto¹⁰³:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos¹⁰⁴;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por acontecimientos de carácter excepcional;
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

Como ayudas que pueden ser compatibles con el mercado común (*grises*), el apartado 3 del Art. 87 TCE establece¹⁰⁵:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones con nivel de vida anormalmente bajo o con alto grado de desempleo;
- b) las ayudas para fomentar la realización de algún proyecto importante de interés europeo o a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una "contribución financiera" pueden identificarse determinando si el receptor ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado" (subrayado añadido). Otro caso en esta misma línea fue el de *Brasil - Programa de Financiación de Aeronaves*, de 2 de agosto de 1999, (WT/DS46/AB/R), en el que el Órgano de Apelación estableció que: "En consecuencia, a nuestro juicio, la comparación que ha de realizarse para determinar si un pago "se utiliza para lograr una ventaja importante", en el sentido del punto k), es la comparación entre el tipo de interés efectivo aplicable a determinada transacción de ventas de exportación una vez deducido el pago del gobierno (el "tipo de interés neto") y el Tipos de Interés Comercial de Referencia pertinente". La similitud con la jurisprudencia del TJCE en esta materia resulta total, ya que según la cual, existirá ayuda si se obtiene un beneficio que no se habría obtenido normalmente, dadas las circunstancias del mercado (véase jurisprudencia sobre el Estado como inversor privado, citada en STJCE de 29-4-1999, *Tubacex*, (as. C-342/96), Rec. P. I-2459, apdos. 43 a 49).

¹⁰³ La declaración de compatibilidad de iure de las ayudas no obsta para que la Comisión pueda realizar un control de tales ayudas, de conformidad con los Arts. 88. 1 y 2 TCE.

¹⁰⁴ Esta mención recuerda, en suma, a lo establecido por el Art. 3.1.b) del Acuerdo SMC (subvención supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados).

¹⁰⁵ La concesión o modificación de este tipo de ayudas requieren su notificación a la Comisión.

- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas, siempre que no alteren los intercambios comunitarios;
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de competencia en la Comunidad;
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.

Por tanto, una de las diferencias más evidentes entre el sistema europeo y el del Acuerdo SMC es que en el primero no se establece una lista negra de subvenciones, como sí ocurre en el segundo¹⁰⁶. Si bien ambos dan un concepto de subvención o ayuda prácticamente similar¹⁰⁷, es de aplaudir la claridad que pretende reflejar el Acuerdo SMC con la inclusión de esa lista.

Otra diferencia que presenta el sistema comunitario respecto al sistema de subvenciones en el marco de la OMC es la *recuperabilidad de la ayuda*. Si bien en la letra del Art. 88. 2 TCE nada se dice de ello¹⁰⁸, ha sido la jurisprudencia del TJCE la que ha desarrollado la posibilidad, por parte de la Comisión, de exigir la recuperación de la ayuda otorgada ilegalmente por un Estado miembro¹⁰⁹. Según la misma, el objeto de dicha recuperación es restablecer la situación anterior a la ayuda ilegal, haciendo que el beneficiario pierda la ventaja de que había disfrutado en el mercado respecto a sus competidores¹¹⁰.

¹⁰⁶ Dada la importancia que tenía la política de subvenciones de los Estados miembros en origen de la CEE, se optó por no incluir un principio de prohibición de las ayudas de Estado. En cambio, se introdujo el principio de control de las mismas. Véase G. Fernández Farreres, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 719 y ss.

¹⁰⁷ Si de la letra del Acuerdo SMC y del Art. 87 TCE no se saca esa conclusión, a la misma se llega tras un vistazo rápido a las principales líneas de la jurisprudencia del TJCE en el ámbito de las ayudas públicas. A este respecto, puede verse el trabajo de J. W. Rodríguez Curiel, "Actual concepto de ayuda de Estado (Artículo 92.1 del Tratado CE)", en *Gaceta Jurídica y de la Competencia*, n° 138, Noviembre 1998, pp. 5 y ss.

¹⁰⁸ Según el Art. 88.2 TCE: "Si, después de haber emplazado a los interesados para que presten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado mediante fondos estatales no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine" (subrayado añadido).

¹⁰⁹ Véase SSTJCE de 24-2-1987, *Deufil*, (as. 310/85), Rec. P. 901; de 21-3-1990, *Bélgica/Comisión*, (as. 142/87), Rec. P. I-959, apdo. 66; y de 4-4-1995, *Comisión/Italia*, (as. C-350/93), Rec. p. I-699, apdo. 21.

¹¹⁰ Sobre los problemas de la recuperabilidad de la ayuda, pueden verse los trabajos de J. R. Fernández Torres, "Reflexiones generales acerca de la obligación de reembolsar las ayudas ilegalmente otorgadas", en *Gaceta Jurídica de la CE*, n° 74, Pp. 5 y ss; y de G. Fernández

Esta consecuencia, que parece a todas luces lógica para evitar los efectos distorsionadores en el mercado que producen tales ayudas, no se produce a nivel de la OMC. En efecto, la letra del Acuerdo SMC es parecida a la del Art. 87.2 TCE¹¹¹, pero de la práctica del Órgano de Solución de Controversias no se ha derivado la obligación de recuperación de la subvención ilegal. A cambio, se ha articulado en el Acuerdo SMC todo un sistema de establecimiento de “*derechos compensatorios*”, los cuales tratan de asemejar sus efectos a los de la devolución de la ayuda o subvención. El objeto de estos derechos compensatorios es neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía. Tras unos procedimientos de investigación, pruebas y consultas, el Estado que se considere perjudicado por la subvención ilegal podrá adoptar una medida para compensar los daños causados por la misma¹¹².

¿Quién establece esa compensación y cuál es el límite de la cuantía de la misma?. Según el Art. 19.2 del Acuerdo SMC, la decisión de establecer o no un derecho compensatorio en los casos en que se han cumplido todos los requisitos para su establecimiento, y la decisión de fijar la cuantía del derecho compensatorio en un nivel igual o inferior a la cuantía de la subvención, habrán de adoptarlas las autoridades del Miembro importador. Además, continua dicho precepto, es deseable que el establecimiento del derecho sea facultativo en el territorio de todos

Farreres, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1993 (en concreto Pp. 121-127).

¹¹¹ En lo que respecta a las subvenciones prohibidas, el Art. 4.7 del Acuerdo SMC establece que: “Si se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el grupo especial recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora. A este respecto, el grupo especial especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida” (subrayado añadido). Respecto a las subvenciones recurribles (lista gris), el Art. 7.8 del Acuerdo SMC dice que: “Si se adopta un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación en el que se determina que cualquier subvención ha tenido efectos desfavorables para los intereses de otro Miembro, en el sentido del artículo 5, el Miembro que otorgue o mantenga esa subvención adoptará las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirará la subvención” (subrayado añadido). En este punto sí se deja la puerta abierta para que el Estado opte por una “medida apropiada”, la cual podría ser la devolución de la subvención. Para el resto de los casos, esto es, subvenciones en principio no recurribles, el Art. 9.4 del Acuerdo SMC dispone que: “Cuando se someta una cuestión al Comité, éste examinará inmediatamente los hechos del caso y las pruebas de los efectos mencionados en el párrafo 1. Si el Comité determina que existen tales efectos, podrá recomendar al Miembro que concede la subvención que modifique el programa de manera que se supriman esos efectos” (subrayado añadido). Para suprimir esos efectos cabe incluir la posibilidad de recuperación de la ayuda.

¹¹² Como puede verse, el sistema de la OMC mira hacia el futuro y no se preocupa por el pasado. Es decir, no se preocupa por recuperar la ayuda concedida, sino que concede a los Estados perjudicados la posibilidad de establecer derechos compensatorios, los cuales, si bien son medidas de futuro, producen una serie de problemas, como se verá a continuación.

los Miembros, y que el derecho sea inferior a la cuantía total de la subvención si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la rama de producción nacional.

De esta manera, al ser los propios Estados los que eligen la aplicación o no de la compensación, así como su cuantía, se deja un margen de actuación que puede producir más distorsiones en el mercado internacional. Resulta, por ello, preferible un sistema más centralizado como el europeo, donde la Comisión es la que establece la forma y cuantía de la compensación (en este caso, de la devolución de la ayuda).

Pero se presenta otra cuestión, ¿cuál es esa cuantía?. El Art. 14 del Acuerdo SMC parece establecer unas normas claras para calcularla, al centrarse en el beneficio obtenido por el receptor de la subvención. Tal claridad se ve desvanecida al preguntarnos si dicho beneficio es el que directamente adquirió el receptor a través de la contribución estatal o también se debe incluir en el mismo otros beneficios indirectos de la ayuda. Lo dicho por el Órgano de Apelación, en el caso *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*¹¹³, nos da idea de la solución a este punto:

“En el artículo 14 se establecen directrices para el cálculo de la cuantía de una subvención en función del "beneficio obtenido por el receptor". Aunque en las primeras palabras del artículo 14, se declara que las directrices que éste establece se aplican "[a] los efectos de la parte V" del Acuerdo SMC, que trata de las "medidas compensatorias", nuestro parecer es que el artículo 14 constituye, no obstante, un contexto pertinente a la interpretación de "beneficio" en el párrafo 1 b) del artículo 1. Las directrices establecidas en el artículo 14 se aplican al cálculo del "beneficio conferido al receptor a tenor del párrafo 1 del artículo 1". Esta referencia explícita al párrafo 1 del artículo 1 en el texto del artículo 14 nos indica que el término "beneficio" se utiliza en el mismo sentido en el artículo 14 y en el párrafo 1 del artículo 1. Por lo tanto, la referencia al "beneficio conferido al receptor" que figura en el artículo 14 implica también que el término "beneficio", tal como se utiliza en el párrafo 1 del artículo 1, alude al "beneficio conferido al receptor" y no al "costo para el gobierno", como sostiene el Canadá” (*subrayado añadido*).

El Órgano de Apelación aclara la diferencia entre contribución del Estado (o costo para el gobierno), y beneficio de la manera siguiente:

“La estructura del párrafo 1 del artículo 1 en su conjunto confirma nuestra opinión de que el párrafo 1 b) del artículo 1 se refiere al "beneficio" para el receptor y no al "costo para el gobierno". La definición de "subvención" en el párrafo 1 del artículo 1 consta de

¹¹³ Véase *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, de 2 de agosto de 1999, (WT/DS70/AB/R), en <http://www.wto.org>. Otro asunto que trata sobre el concepto de beneficio es *Estados Unidos - Establecimiento de Derechos Compensatorios sobre determinados productos de Acero al Carbono Aleado con Plomo y Bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido* (WT/DS138/AB/R), de 10-5-2000.

dos elementos separados: "una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" y "un beneficio" que "con ello se otorgue". El primer elemento de esta definición se basa en si el gobierno hace una "contribución financiera", en el sentido de esa expresión definido en el párrafo 1 a) del artículo 1. Está centrado en la acción del gobierno de hacer la "contribución financiera". Puesto que esto es así, nos parece lógico que el segundo elemento que figura en el párrafo 1 del artículo 1 se refiera al "beneficio" que "se otorgue" al receptor mediante esa acción del gobierno. Así pues, en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 1, la "subvención" se define por referencia, en primer lugar, a la acción de la autoridad otorgante y, en segundo lugar, a lo otorgado al receptor. Por lo tanto, el argumento del Canadá de que el "costo para el gobierno" es pertinente a la cuestión de si existe un "beneficio" para el receptor con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1 no tiene en cuenta la estructura global del párrafo 1 del artículo 1" (*subrayado añadido*).

De esta manera, la cuantía de la compensación, calculada de conformidad al beneficio del receptor, puede escapar de la mera contribución o coste para el Estado (todos los beneficios que se otorguen al receptor derivados de la acción del gobierno)¹¹⁴. Ésta vuelve a ser otra diferencia importante con el sistema comunitario. La Comisión sólo puede pedir al Estado miembro que recupere las sumas concedidas en concepto de ayudas ilegales¹¹⁵. En mi opinión, tales sumas representan el coste de la misma para el Estado miembro, pero no los beneficios que de tal ayuda hubieran podido obtener sus destinatarios.

En conclusión, debido a la diferencia de sistemas, ninguno de ellos aplica correctamente el objetivo que conllevaría declarar ilegal una ayuda o una subvención.

De una parte, el sistema comunitario, al estar centralizado, permite que no se produzcan nuevas distorsiones en el mercado a la hora de dejar las cosas como estaban antes, recuperando la ayuda ilegal; pero como la cuantía de dicha devolución no se ajusta a los beneficios reales atribuidos a los receptores de la ayuda ilegal, ello no evita que se hayan producido efectos anticompetitivos.

De otra parte, el sistema de la OMC no aprovecha las ventajas que supone calcular los beneficios de la subvención de manera extensiva (sin reducirla a los meros costos para el gobierno), ya que son los Estados perjudicados por la subvención ilegal los que aplican los derechos compensatorios que estimen cada uno convenientes, los cuales algunas veces serán mayores al daño realmente producido. Así, a fin de cuentas, la distorsión del mercado no se destruye sino que se transforma.

¹¹⁴ Dentro de estos beneficios se incluirían tanto los directamente otorgados por el gobierno (costo para el mismo), como los que indirectamente implican la medida otorgada (beneficios supracompetitivos de las empresas receptoras).

¹¹⁵ Ello se deriva del asunto *Deufil*, antes citado, apdo. 24.

A falta de una situación ideal, personalmente, considero más adecuado a los fines de control de un sistema de subvenciones, el sistema europeo de ayudas de Estado y su posibilidad de recuperación de las ayudas ilegales. Ciertamente es que en este sistema ciertos beneficios supracompetitivos perdurarían tras la recuperación de la ayuda, en el caso en que ésta se pudiera hacer. Pero las consecuencias de los derechos compensatorios en el sistema de la OMC son mucho más desastrosos. En primer lugar, pueden darse casos, como el de las EVE, en que las subvenciones se concedían desde hace más de 15 años hasta su condena. Declarada la misma, los beneficios recibidos por las EVE quedarían impunes (sin devolución). En segundo lugar, las posibilidades de aplicar retroactivamente derechos compensatorios, recogida en el Art. 20 del Acuerdo SMC, son muy limitadas en el tiempo, pues se conectan con la aplicación de medidas provisionales adoptadas por el Estado dañado por importaciones subvencionadas¹¹⁶. Y en tercer lugar, si el Estado condenado no retirase la subvención ilegal, los derechos compensatorios tienen un plazo máximo de duración de 5 años¹¹⁷.

Una vez vistas alguna de las diferencias entre el sistema de subvenciones de la UE y de la OMC, y visto el análisis realizado por el Órgano de Solución de Controversias del caso relativo a las EVE, pasaré a analizar el mismo desde un punto de vista comunitario¹¹⁸.

B. Visión del caso de las EVE desde la perspectiva europea

¹¹⁶ Concretamente, la duración de las medidas provisionales no pueden exceder de 4 meses, según el Art. 17.5 del Acuerdo SMC. Si a eso unimos que los períodos de tiempo a los que resultan aplicables los derechos compensatorios por retroactividad, abarcan el tiempo de las medidas provisionales (máximo de 4 meses), o de 90 días anteriores a las mismas para casos críticos, de conformidad a los apartados 2 y 6 del Art. 20 Acuerdo SMC, la posibilidad de compensar daños producidos más allá de esos límites temporales se ve imposibilitada.

¹¹⁷ Si bien es cierto ese plazo máximo, el Art. 21.3 del Acuerdo SMC permite la prórroga de los mismos si se demuestra que la supresión a los mismos daría lugar a la repetición de la subvención o del daño producido por ésta. Ello salvaría los efectos perjudiciales de la ayuda en el futuro, pero los daños producidos en el pasado quedan tal cual, como se ha expuesto en la nota anterior.

¹¹⁸ Antes de terminar este punto, quisiera señalar que las Comunidades Europeas han adoptado el Reglamento (CE) n° 3284/94, de 22 de diciembre, sobre defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea (DOCE L 349/22, de 31-13-1994), en el que se define el concepto de subvención en forma casi de transcripción literal del Acuerdo SMC. Además, ya que existen diferencias entre el sistema OMC y el de la UE, pueden darse casos en que la UE no considere una determinada medida como ayuda de Estado, y sin embargo, el OSD sí la considere como una subvención del Acuerdo SMC. Sobre este punto, véase B. Slocock, "Who can be the beneficiary of a State Aid?", en *Competition Policy Newsletter*, n°1, February, 2000, Pp. 7 y ss, en concreto la diferente forma de entender uno y otro sistema la doctrina del "pass-through".

¿Cómo reaccionaría el sistema comunitario en el caso de que un Estado miembro aplicase una medida similar a las EVE de los Estados Unidos?. Dejando a un lado las consideraciones de los sistemas fiscales europeos¹¹⁹, si un Estado miembro decidiese no gravar los ingresos de las empresas nacionales derivados de sus actividades de exportación, ¿sería una ayuda de Estado?. Quisiera analizar este supuesto desde un doble punto de vista: si tal medida se aplica a las exportaciones en general, o si sólo se restringen a las exportaciones fuera de la Comunidad¹²⁰.

En cualquier caso, debe dejarse claro que la discriminación hecha por los Estados Unidos a favor de sus productos, haciendo que sólo puedan beneficiarse de la exención fiscal las exportaciones de productos cuyo valor no sea imputable en más del 50 por ciento a importaciones, estaría prohibida bajo la normativa europea¹²¹.

1. Exportaciones en general

Tal medida sería declarada ayuda de Estado, pues afectaría directamente a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Los efectos de las medidas relativas a las EVE serían, como se dijo, que determinadas empresas (que dedicasen parte de su producción a la “exportación”)¹²², se beneficiarían de una rebaja en sus costes (*exención fiscal*), la cual podrían repercutir en el precio final

¹¹⁹ Recuérdese la diferencia entre no gravar actividades en el extranjero y actividades de exportación. Véase *supra*. Apartado V.- A) a) del presente escrito.

¹²⁰ Como el caso de las EVE se refiere específicamente a un exención fiscal en el marco del impuesto sobre la renta (de sociedades), dejaré a un lado las consideraciones hechas por el Art. 132 TCE, respecto de las devoluciones de impuestos indirectos para las mercancías exportadas desde un Estado miembro a un tercer país, las cuales no serían ayudas de Estado, en cuanto que no superen la cuantía de los gravámenes directos e indirectos que recaen sobre los productos exportados. Sobre la compatibilidad del IVA con la normativa OMC, véase *supra*. Apartado V.- D) del presente trabajo.

¹²¹ Según el Art. 90 TCE (antiguo Art. 95 TCE), los Estados miembros no pueden usar los tributos con fines extrafiscales de carácter proteccionista de la producción nacional, por cuanto es obvio que con ello se discrimina a los productos de los demás Estados miembros, falseando la Competencia y el comercio intracomunitario. Además, como ha señalado el TJCE en sentencia de 21-5-1980, *Comisión/Italia*, (as. 73/79), Rec. P. 1533, una tasa discriminatoria puede ser considerada al mismo tiempo como ayuda de Estado del Art. 87 TCE y como una discriminación fiscal del Art. 90 TCE. Véase G. Fernández Farreres, *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*, ob. cit., Pp. 62-64. En otro orden de cosas, tampoco se permiten las discriminaciones fiscales que afecten a la libertad de establecimiento del Art. 43 TCE (antiguo Art. 52 TCE), como demostró la STJCE de 28-1-1986, *Comisión/Francia*, (as. 270/83), Rec. P. 285, apdos. 18 y 20.

¹²² Debe decirse que el concepto de “exportación” dentro del mercado común no existe como tal, y se sustituye por el de intercambio intracomunitario. En cualquier caso, usaré tal término para aclarar mi exposición.

del producto, haciéndolo artificialmente competitivo dentro del mercado común, y desplazando a los mercados¹²³.

El TPI ha declarado que la renuncia efectiva a fondos que, de otro modo, habrían debido abonarse a los presupuestos del Estado, entra dentro del requisito del Art. 87.1 TCE referente a la transferencia de fondos estatales al beneficiario¹²⁴.

Además, existe un claro precedente de esta situación. Me refiero a una Decisión de la Comisión, de 3 de mayo de 1989, relativa a una medida de carácter fiscal del gobierno griego¹²⁵. En concreto, Grecia quería imponer un tipo único de gravamen a las empresas bajo su jurisdicción, permitiendo la previa deducción de la parte de los beneficios de tales empresas que procediesen de ingresos brutos de exportación. La Comisión declaró la medida como una ayuda de Estado de las prohibidas por el antiguo Art. 92 TCE, declarando que:

“El efecto del impuesto para las empresas beneficiarias equivale a la de una ayuda a la exportación y, por tanto, debe considerarse que la citada exención constituye una ayuda. (...) Al permitir que dichas empresas eludan parcialmente la imposición sobre sus beneficios, dicha exención aumenta los medios financieros propios de que disponen y la ayuda financiera que se les concede fortalece de este modo su posición en relación con las empresas competidoras de los demás Estados miembros. (...) En consecuencia, la citada ayuda, por su naturaleza, puede afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y, concretamente, entre Grecia y los demás Estados miembros”.

De esta manera, una medida como la de las EVE que fuese aplicada en el territorio de la Comunidad sería declarada como una clara ayuda de Estado.

2. Exportación a terceros países

Si la medida sólo fuera de aplicación a las exportaciones fuera de la Comunidad, también podríamos encontrarnos con una ayuda de Estado, por el motivo de que afectase a la competencia intracomunitaria. Efectivamente, dada la interdependencia de los mercados en que actúan las empresas comunitarias, no cabe excluir que una ayuda de este tipo pudiera hacer que las empresas del Estado miembro que se benefician de la misma puedan adquirir, del resultado de sus exportaciones, ventajas con respecto al resto de empresas europeas no

¹²³ De esta manera se verían cumplidos los requisitos de ventaja, afectación al comercio intracomunitario y especificidad de la medida.

¹²⁴ Véase STPI de 27-1-1998, *Ladbroke/Comisión*, (as. T-67/94), Rec. P. II-1, apdo. 109. De esta manera, el paralelismo con la expresión “ingresos que en otro caso se percibirían” del Acuerdo SMC resulta patente.

¹²⁵ DOCE L 394/1, de 30-12-1989.

beneficiadas, que luego puedan repercutir en la Competencia dentro del mercado común¹²⁶.

Pero, dejando a un lado ese importante argumento, que sería analizado en cada caso concreto¹²⁷, ¿podría una medida fiscal justificar tal comportamiento?.

Resulta muy ilustrativo para esta cuestión la exposición del reciente asunto *Maribel*¹²⁸. Se trataba de unas ayudas que Bélgica había concedido a los empresarios que contratasen a trabajadores manuales. Iban destinadas a los sectores más expuestos a la Competencia internacional (industria química, metalurgia, fabricación de instrumentos ópticos y de precisión), y posteriormente se amplió a otros sectores, como el de transporte internacional, horticultura y explotación forestal. En concreto, la medida consistía en una cantidad, más o menos elevada, de exención de las cotizaciones sociales de los empresarios por los trabajadores manuales a su cargo.

Pese a los argumentos de Bélgica de que la medida era de política económica general, el TJCE va a resultar claro en su exposición: dicha medida libera a las empresas de una parte de sus costes, lo cual les proporciona ventajas financieras que mejoran su situación competitiva¹²⁹.

Independientemente de que la medida sea de carácter social o fiscal, el TJCE va a calificarla o no de ayuda de Estado en función de sus efectos. En concreto, tales efectos, a parte de los anticompetitivos¹³⁰, eran que la medida resultaba específica, pues de tal bonificación no se veían beneficiados otros sectores (como, por ejemplo, el de la construcción), claramente caracterizados por el gran número de trabajadores manuales que contenían.

¹²⁶ Estas conclusiones se pueden derivar de las SSTJCE de 13-7-1988, *Francia/Comisión*, (as. 102/87), Rec. P. 4082, apdo. 19; y de 21-3-1990, *Bélgica/Comisión*, (as. C-142/87), Rec. P. 1005, apdo. 35.

¹²⁷ Podría darse el caso en que la afectación a la competencia intracomunitaria no fuese lo suficientemente importante o “sensible”, con lo que el obstáculo aquí presentado quedaría salvado. Véase a este respecto las SSTJCE de 14-10-1987, *Alemania/Comisión*, (as. 248/84), Rec. P. 4013, apdo. 18; y de 2-2-1988, *Van der Kooy*, (as. ac. 67, 68 y 70/85), Rec. P. 219, apdo. 58.

¹²⁸ STJCE de 17-6-1999, *Bélgica/Comisión* (*Maribel bis/ter*), (as. C-75/97), no publicada todavía, pero que se puede consultar en <http://www.curia.eu.int>.

¹²⁹ *Ibidem.*, apdo. 24.

¹³⁰ Sí quisiera hacer mención a lo señalado en los apartados 47 a 51 del asunto *Maribel*, en lo que respecta a la afectación a los intercambios intracomunitarios. Cuando una ayuda estatal fortalece la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta en los intercambios intracomunitarios, estos últimos deben considerarse afectados por la ayuda, incluso cuando la propia empresa beneficiaria no participe en las exportaciones, pues disminuiría las posibilidades de las empresas establecidas en otro Estado miembro de exportar sus productos hacia el mercado de dicho Estado miembro (Véase STJCE de 14-9-1994, *España/Comisión*, (as. ac. C-278, 279 y 280/92, Rec. p. I-4103, apdo. 40).

Además, el TJCE va a entrar a analizar el criterio referente a “*la naturaleza y la economía del sistema*”. Este criterio, enunciado por el TJCE hace bastante tiempo¹³¹, ha cobrado importancia en el análisis de los casos de ayudas de Estado¹³². Consiste, básicamente, en que una ayuda puede estar justificada dada la estructura y la naturaleza del sistema. En concreto, en el asunto *Maribel*, el TJCE señala que una medida que tiene por finalidad favorecer la creación de empleos reduciendo, para determinadas empresas, el importe de las cotizaciones sociales debe calificarse de ayuda de Estado cuando no está justificada por la naturaleza o el sistema del régimen general de previsión social. Por ello, el TJCE comprueba que el objeto del sistema de previsión social belga es de protección de los trabajadores frente a riesgos sociales (paro, asistencia social, sanitaria, etc), y que el efecto de dicha medida era conceder una ventaja específica a una serie de empresas, las cuales se veían liberadas de una parte de costes sociales que normalmente deberían de soportar. Tal medida no se encontraría, pues, justificada por la naturaleza y el sistema del régimen de la Seguridad Social belga, por lo que el TJCE las condenó, finalmente, como ayudas de Estado¹³³.

Las conclusiones de este caso se pueden transportar al de las EVE, en materia fiscal. Si las exenciones fiscales a las empresas fuesen generales, es decir, que se pudiesen beneficiar de ellas cualquier sector económico, y dejando a un lado la cuestión de que exportasen productos mayoritariamente nacionales¹³⁴, podría intentarse buscarse apoyo como justificación en el criterio de la naturaleza y sistema del régimen fiscal.

En este sentido, la Comisión ha señalado que “las medidas de política económica, fiscal o social, aunque pueden dar una ventaja competitiva a las empresas del país que las aplica, no están incluidas en las normas de competencia en materia de ayudas estatales, sino que constituyen medidas generales, sometidas a las disposiciones del Tratado en materia de aproximación de legislaciones” (*subrayado añadido*)¹³⁵.

Además, la Comisión ha establecido en una Comunicación sobre el “Control de las Ayudas de Estado y reducción de los costes laborales”¹³⁶, que “el

¹³¹ Véase STJCE de 2-7-1974, *Italia/Comisión*, (as. 173/73), Rec. P. 709, apdo. 33.

¹³² Sobre jurisprudencia reciente en esta materia, puede verse el trabajo de F. Castillo de la Torre y J. P. Keppenne, “Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 1999”, en *Gaceta Jurídica y de la Competencia*, n° 205, Enero/Febrero 2000, Pp. 52 y ss.

¹³³ Véase apdos. 32 a 39 del asunto *Maribel*.

¹³⁴ Respecto a este punto, resulta evidente que una subvención condicionada a que los productos exportados sean nacionales, aunque fuese a terceros países, sería contraria a las disposiciones de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, enunciada de manera general en el Art. 12 TCE.

¹³⁵ Véase XXVI Informe sobre Política de Competencia, apdo. 172.

¹³⁶ DOCE C 1/1997.

hecho de que ciertas medidas beneficien más a determinados sectores o empresas que a otros no implica necesariamente que entren en el ámbito de aplicación de las normas de competencia. En este sentido, las medidas encaminadas a aliviar la fiscalidad laboral a todas las empresas tienen un efecto relativamente más importante para las industrias con gran intensidad de mano de obra, mientras que las medidas de alivio de la fiscalidad sobre el capital tienden a favorecer a las industrias con fuerte intensidad en capital, sin constituir por ello ayudas estatales¹³⁷.

Por último, la Comisión considera que, siguiendo lo establecido por el TJCE¹³⁸, no constituiría ayuda de Estado las medidas cuya naturaleza diferencial implicase una excepción a la regla general, siempre que su racionalidad económica las hiciese necesarias o funcionales para la eficacia del sistema. Ello se refleja normalmente en el carácter no discriminatorio de su ámbito de aplicación, basado en criterios o condiciones objetivas u horizontales, así como en su alcance temporal ilimitado¹³⁹. De esta manera, la Comisión admite la posibilidad de que determinadas medidas selectivas o específicas no sean ayudas de Estado, en cuanto que sean necesarias para el funcionamiento y la efectividad del sistema. No serían, por tanto, medidas discriminatorias, sino más bien definitorias de los parámetros del sistema.

En conclusión, una medida general de exención fiscal a todas las EVE por parte de un Estado miembro es claro que afectaría a los intercambios comunitarios de manera sensible. Y, si se restringiese tal medida a determinados sectores de exportación, sin relevancia (sensible) en el comercio intracomunitario, tampoco podría escapar del concepto de ayuda de Estado, pues, además de ser específica, no sería una excepción justificable dada la naturaleza y economía del sistema fiscal. Una excepción de este tipo sí podría ser, por ejemplo, las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición internacional¹⁴⁰.

¹³⁷ *Ibidem*, apdo. 13. Como puede verse, en el asunto *Maribel*, el problema era que no era una medida general, sino específica para una serie de sectores, excepción que no se justificaba por la naturaleza y economía del sistema de previsión social belga.

¹³⁸ Véase STJCE de 2-7-1974, *Italia/Comisión*, ya citada.

¹³⁹ Véase Decisión 96/369/CE, en DOCE L 146/1996, p. 46, segundo párrafo.

¹⁴⁰ Para una visión más extensa sobre la fiscalidad y las ayudas de Estado, puede verse el trabajo de W. Schön, "Taxation and State Aid Law in the European Union", en *Common Market Law Review*, n° 36, 1999, Pp. 911 y ss. Sobre la doble imposición en la UE, véase Directiva 90/435, antes mencionada. También, quisiera mencionar la STJCE de 28-1-1986, (as. 270/83), *Comisión/Francia*, Rec. P. 273, antes citada, en la que Francia otorgaba un crédito fiscal a las compañías de seguros que tenían su domicilio en Francia, inclusive a las filiales constituidas en Francia de sociedades extranjeras, mientras que a las sucursales y agencias establecidas en Francia por compañías de seguros cuyo domicilio estaba en otro Estado miembro. En este caso, Francia alegó que esa medida era para evitar la doble imposición de dividendos, reconocida en convenios internacionales que deben ser respetados por el antiguo Art. 220 TCE. Sin embargo, el TJCE va a poner por encima la libertad fundamental del Art. 52 TCE, en aras de conseguir un

Para concluir con este apartado, quisiera poner de relieve la importancia que desde las propias instituciones comunitarias (y según lo visto, también por la OMC), se está poniendo en las medidas fiscales de los Estados como técnica encubierta para subvencionar a las exportaciones. En concreto, hay una específica Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas¹⁴¹. En ella, la Comisión trata de exponer qué medidas fiscales pueden considerarse ayudas de Estado y cuáles no, siguiendo los criterios expuestos de contribución estatal (bajo cualquier forma), ventaja, afectación al comercio intracomunitario, específicas y que no se puedan justificar por la naturaleza o la economía de los sistemas. Con todo ello, las cosas parecen estar clarificándose a nivel comunitario.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El ámbito de las subvenciones a nivel internacional es, como ha podido apreciarse, complejo e incompleto. Los Estados miembros de la OMC deben ir con más cuidado que de costumbre a la hora de elaborar sus políticas, pues, incluso en una materia tan soberana como parece la regulación de los sistemas fiscales, el Acuerdo SMC puede tener algo que decir.

Así sucedió en los asuntos de legislación fiscal de los años 70 y ha vuelto a suceder en el caso de las EVE, cuyo informe fue finalmente adoptado por el OSD el 21-3-2000, con la satisfacción de las Comunidades Europeas y con la protesta de los Estados Unidos¹⁴². Esta vez no hay soluciones diplomáticamente negociadas, como ocurrió en 1981. Además, parece que los Estados Unidos no tendrán desmantelado el sistema de las EVE para el plazo dictado por la OMC (1-10-2000), no sólo por falta de tiempo, sino también por lo impopular que resultaría la medida en esas fechas, coincidentes con elecciones a la Presidencia. La juridificación del sistema de la OMC parece, pues, consagrarse.

Varios son los casos en marcha, iniciados por los Estados Unidos, por medidas de Estados europeos relativas al impuesto de la renta que constituyen

mercado común, y porque tal medida era considerada desproporcionada para evitar las evasiones fiscales (apdos. 23-25).

¹⁴¹ DOCE C 384, de 10-12-1998, pp. 3 y ss. Su lectura es particularmente ilustrativa.

¹⁴² Los Estados Unidos han declarado que tal resultado es una discriminación injustificable entre los Estados miembros de la OMC, basada en los sistemas fiscales.

subvenciones¹⁴³. Alguno de ellos resulta sospechosamente parecido al de las EVE estadounidenses¹⁴⁴. Sin embargo, dadas las apreciaciones que hizo el Órgano de Apelación en el asunto de las EVE, parece que el sistema fiscal de los países europeos, basado en el principio real o territorial, puede quedar definitivamente salvado dentro del nuevo marco de la OMC, y en concreto por el Acuerdo SMC. Además, la falta de respuesta de los argumentos del sistema de fijación de precios y de la doble imposición internacional pueden darle guías a los Estados Unidos a la hora de reformar sus medidas fiscales de cara a la OMC, aunque sea para ganar tiempo y conseguir que los efectos proteccionistas a su producción y comercio se perpetúen. De todas formas, veamos quién sale triunfante en esta nueva batalla.

¹⁴³ Véase los asuntos en consultas de *Francia - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones*, (WT/DS131), *Grecia - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones*, (WT/129), *Irlanda - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones*, (WT/DS103), y *Bélgica - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones*, (WT/DS127).

¹⁴⁴ En concreto, en el asunto de *Irlanda*, los Estados Unidos entienden que, con arreglo a la Ley irlandesa del impuesto sobre la renta, las compañías especiales de comercio exterior denominadas "special trading houses" pueden acogerse a un tipo impositivo especial en el caso de los ingresos del comercio exterior procedentes de la venta de exportación de bienes de fabricación irlandesa; y en el caso de *Grecia*, los Estados Unidos entienden que, con arreglo a la Ley griega del impuesto sobre la renta, los exportadores griegos tienen derecho a una deducción fiscal anual especial calculada como porcentaje de los ingresos de exportación.