

SISTEMA TRIBUTARIO Y NORMAS DE LA OMC: LECCIONES DEL CASO “FOREIGN SALES CORPORATION”

WELBER BARRAL*, GILSON MICHELS**, NICOLÁS PERRONE***

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los dos principales efectos de la internacionalización de las relaciones económicas ha sido la proliferación, por todo el mundo, de regímenes tributarios destinados a atraer capitales externos o al aumento de la competitividad de las empresas locales. Esos regímenes se materializan en la forma de normas tributarias que conceden beneficios a inversores internacionales y exportadores. Pero en algunas ocasiones estos regímenes acaban configurando subvenciones ilegales a la luz de los acuerdos internacionales vinculados al comercio internacional, en especial aquellos que componen el conjunto normativo de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Las reglas sobre subvenciones en la esfera del sistema multilateral de comercio vienen evolucionando en el sentido de restringir algunas prácticas estatales, inclusive a través de una definición cada vez más precisa del concepto de “subvenciones”. El actual Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) representa un importante avance en relación con sus antecesores —el art. XIV del GATT 1947 y el Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias de Tokio—, entre otras razones, porque busca definir con más detalle el concepto de subvención¹. Con la actual definición,

* Visiting Scholar (Georgetown University), Profesor de Derecho Internacional Económico (Universidad Federal de Santa Catarina).

** Doctorando en Derecho Internacional (Universidad Federal de Santa Catarina) e investigador de IRI/UFSC.

*** Abogado (Universidad de Buenos Aires), docente UBA y tutor del equipo de arbitraje internacional de la misma universidad.

¹ Para una visión general del desarrollo histórico de la regulación de las políticas de subvenciones, ver Barral (1998) y Cherem (2003).

receptada en el art. 1º del ASMC, se considera que existe un subvención cuando “se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)”², lo que abarca los beneficios de naturaleza tributaria.

Es cierto que los Estados no sólo utilizan subvenciones tributarias, sino que también se valen de otras medidas no-tributarias, pero las de naturaleza tributaria predominan en razón de que son más fáciles de defender que las demás. En la búsqueda de alternativas a los acuerdos internacionales que tratan las subvenciones, los Estados no dudan en justificar sus beneficios impositivos por vía de la afirmación de su soberanía tributaria³.

En este marco, uno de los grandes desafíos que tienen por delante los Estados en la actualidad es el de conciliar beneficios tributarios concedidos y obligaciones asumidas en el ámbito de los acuerdos internacionales. Esta tarea puede revestir una gran complejidad, dado que en muchos casos la concesión de beneficios tributarios en la esfera de las relaciones internacionales está asociada a la necesidad de compensar desventajas competitivas originadas en las propias características del sistema tributario interno⁴.

Esta complejidad es aumentada por otros dos factores: por un lado, hay que observar que los sistemas tributarios no sólo tienen por objetivo la recaudación, sino que también están vinculados con intereses públicos nacionales o regionales; por el otro, no existe una arquitectura jurídica que establezca los límites de los sistemas tributarios nacionales. Como consecuencia, existe un creciente grado de conflicto en este área⁵.

El objetivo del presente artículo es analizar la delicada relación entre la regulación del comercio internacional y los sistemas tributarios nacionales. Para ello, examinaremos la diferencia entre la Comunidad Europea (CE)⁶ y los Estados Unidos de América (EE.UU.), a propósito del derecho tributario norteamericano. Este conflicto, denominado “*United States - Tax treatment for foreign sales corporations*” (Caso FSC), fue juzgado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, y de él se pueden inferir varias lecciones sobre el tema en estudio, toda vez que trata

² ASMC, art. 1.1 a) 1) ii).

³ O, como afirma Rosendo López-Mata, “subvenciones tributarias pueden ser más convenientes para los gobiernos nacionales, porque pueden ser justificadas en el campo de la soberanía estatal” (López-Mata, 2001).

⁴ López-Mata, 2001.

⁵ En el ámbito del MSC de la OMC, de los aproximadamente 300 casos juzgados hasta la mitad de 2004, alrededor del 10% se relacionan con cuestiones tributarias.

⁶ A lo largo de este artículo no se utilizará la expresión “Unión Europea”, en razón de que las “Comunidades Europeas” son las que son, formalmente, Miembros de la OMC.

justamente de una diferencia acerca de una norma nacional que creaba un régimen tributario especial para las empresas exportadoras, posteriormente declarado ilegal frente a las reglas multilaterales del comercio⁷.

El Caso FSC es un conflicto paradigmático respecto de las implicancias tributarias de los acuerdos comerciales, entre otros motivos, porque involucra la sanción más alta alguna vez autorizada por la OMC (aproximadamente U\$S 4 mil millones), pero además, y en especial, porque a pesar de que la OMC ya se ha manifestado acerca de cuestiones tributarias en decisiones anteriores, este caso tiene repercusión directa y expresa sobre la materia. De hecho, a partir del análisis de las características de los sistemas tributarios de los EE.UU. y de los países de la CE, resolvió la adopción de medidas que, en la práctica, no representan la obligación de adecuar determinadas normas (como aquellas que crean o implementan un tributo o instituyen un incentivo específico), sino la modificación de todo un régimen tributario regularmente dictado conforme las leyes norteamericanas, y que está, desde hace varias décadas, incorporado a la cultura jurídico-tributaria de los EE.UU. La decisión de la OMC, así, innova en el sentido de que establece principios jurídicos y, a partir de ellos, demanda ajustes en el sistema tributario de un Estado.

A partir del Caso FSC, este artículo pretende inferir conclusiones sobre las consecuencias tributarias del sistema multilateral del comercio, y los riesgos que presenta para países que, como Argentina y Brasil, descuidan las repercusiones que su sistema tributario puede tener en el plano del derecho económico internacional. Para alcanzar este objetivo, en el apartado siguiente se examinan el Caso FSC y los argumentos jurídicos involucrados en la diferencia. Luego, se delimitan las repercusiones del caso en los procesos de integración regional, específicamente en el marco del Mercosur. La parte final contiene las conclusiones.

II. EL CASO FSC

1. La solución de diferencias en la OMC

La actual estructura jurídica del comercio internacional tiene un origen reciente en los acuerdos de Bretton Woods, al final de la Segunda Guerra Mundial. A partir de aquel acontecimiento histórico, se firmaron las bases para la creación de un orden jurídico internacional fundado en la creación

⁷ "United States - Tax treatment for foreign sales corporations". Ver, en especial: WT/DS108/2, del 9/7/1998, WT/DS108/R, del 8/10/1999, WT/DS108/AB/R, del 24/2/2000, WT/DS108/RW, del 20/8/2001, WT/DS108/ARB, del 30/8/2002 y WT/DS108/26, del 25/4/2003.

de instituciones internacionales con poder regulador, destinadas a evitar las crisis económicas del período de entreguerras. De aquella reunión surgirán los proyectos para la creación del Fondo Monetario Internacional (FMI), del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y de la Organización Internacional del Comercio (OIC). Las dos primeras iniciativas fueron implementadas, pero la creación de la OIC nunca se concretó, fundamentalmente por la oposición del Senado norteamericano. En su lugar, entró provisoriamente en vigencia el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT-1947, conforme las siglas en inglés), cuyo objetivo primordial era servir como foro de negociación para la reducción de las barreras arancelarias.

El GATT-1947 no contenía reglas sobre un sistema para la solución de diferencias entre las Partes Contratantes. Tampoco estaba prevista la posibilidad de un recurso ante un tribunal internacional existente en aquella época, como la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Apenas existían dos artículos al respecto en el GATT, que acabarían evolucionando con la práctica.

Cuando la Ronda Uruguay se inició, en 1986, la reforma del sistema de solución de diferencias era uno de los dos temas principales a ser negociados. El resultado fue el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD), que pasó a constituir uno de los acuerdos obligatorios para los Miembros de la recién creada OMC. Puede afirmarse que el ESD consolidó una visión más legalista (*rule-oriented*) de las relaciones comerciales internacionales⁸.

De acuerdo con el ESD, el sistema de solución de diferencias tiene jurisdicción para resolver cualquier controversia entre los Miembros de la OMC que derive de los acuerdos firmados en el ámbito de la OMC, inclusive de su acuerdo constitutivo⁹. Este sistema es administrado por el OSD, que está compuesto por todos los miembros de la OMC, y se reúne regularmente para tomar las decisiones que le incumben. Sus facultades incluyen: “establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados”¹⁰.

⁸ Para una mirada más completa sobre la historia y el actual mecanismo de solución de diferencias de la OMC, véase: Barral et al. (2004), Cretella (2003) y Pérez Gabilondo (2003).

⁹ ESD, art. 1:1.

¹⁰ ESD, art. 2:1.

En otras palabras, las fases para la solución de diferencias son: consultas entre los países Miembros involucrados en la disputa, establecimiento del panel (cuyo denominación oficial es “grupo especial”), recurso al Órgano de Apelación (OAp), implementación, compensación o retaliación.

La etapa inicial, por lo tanto, se refiere a las consultas. Si las partes consiguieran alcanzar una solución para la disputa, que sea compatible con los acuerdos de la OMC, el procedimiento queda concluido, comunicándose al OSD la solución acordada¹¹.

Si, en cambio, una solución negociada no es alcanzada en 60 días, el Miembro reclamante puede llevar el pedido de establecimiento de un panel al OSD, indicando que fueron realizadas las consultas e identificando las medidas controvertidas, junto con la exposición de los fundamentos jurídicos para la reclamación¹². Sometido el informe del panel al OSD, éste será aprobado, a menos que todos los Miembros de la OMC voten en contra (el denominado “consenso negativo”) o que una de las partes de la diferencia recurra al OAp, lo que generalmente ocurre¹³.

Ante el OAp, las partes presentan sus argumentos en forma escrita y oral en una audiencia. Las deliberaciones de los jueces del OAp son confidenciales, y su informe final —que confirma, modifica o revierte el informe del panel— es remitido al OSD, donde será aprobado, a no ser que, nuevamente, ocurra el consenso negativo¹⁴.

Obtenida la decisión del OSD, el proceso pasa a su fase de implementación, una etapa pos-jurisdiccional, en la que se buscará el cumplimiento de la decisión, de manera que la medida nacional impugnada sea puesta en compatibilidad con los acuerdos de la OMC. Es importante realizar una observación: la decisión del OSD no tiene carácter reparador, ni de penalidad al Miembro que eventualmente había trasgredido las normas de la OMC por medio de una medida nacional. El objetivo fundamental de la fase de implementación, y de la eventual suspensión de concesiones, es forzar al Miembro a cumplir con la decisión, adaptando su legislación interna a las obligaciones asumidas en el ámbito de la OMC¹⁵.

En resumen, el procedimiento para la implementación será el siguiente: si la medida impugnada fue juzgada incompatible con determinado

¹¹ ESD, art. 3:6.

¹² ESD, art. 6:2.

¹³ ESD, art. 16:4.

¹⁴ ESD, art. 17:14.

¹⁵ Por eso, el ESD afirma que “ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados”. ESD, art. 22:1.

acuerdo de la OMC, el Miembro reclamado deberá informar al OSD su intención con relación a la implementación de las decisiones y recomendaciones del OSD¹⁶. El OSD debe aprobar un “período razonable de tiempo” para que el Miembro reclamado pueda derogar la medida objeto de la diferencia, o adaptarla a los acuerdos de la OMC¹⁷.

Si la medida no es compatibilizada, se deben iniciar consultas entre los Miembros reclamante y reclamado, buscando establecer una compensación aceptable. Si no alcanzan un acuerdo respecto de esta compensación, el Miembro reclamante podrá solicitar la autorización del OSD para “suspender concesiones”, o sea, retirar ventajas negociadas en el ámbito de la OMC, sobre todo ventajas arancelarias, aplicables a los productos provenientes del territorio del Miembro reclamado¹⁸.

Frente a este pedido, y a la no implementación voluntaria por parte del Miembro reclamado, el OSD concederá autorización para la suspensión de concesiones. Si el reclamado objeta el monto de las suspensiones propuestas por el reclamante, la cuestión es sometida a arbitraje para determinar el valor debido de la suspensión¹⁹. La tarea del árbitro, que preferentemente será el panel original que decidió la diferencia, es resolver si la suspensión propuesta es equivalente al *quantum* del perjuicio causado al Miembro reclamante por la medida considerada ilegal²⁰.

Por fin, puede observarse que, a pesar de algunos defectos del procedimiento, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC aporta un mayor grado de previsibilidad y estabilidad a las relaciones económicas internacionales. Prueba de esto es que el OSD es hoy el mecanismo internacional que más reclamaciones recibe, alcanzando más de trescientas en los últimos diez años.

Esta breve explicación sobre el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es necesaria porque el Caso FSC recorrió efectivamente todas estas fases (y todavía continúa pendiente de implementación).

2. Cronología del caso

El 18 de noviembre de 1997, la CE inició la fase de consultas con los EE.UU., con base en el art. 4º del ESD, en el art. 4º del ASMC y en el art. XXIII:1 del GATT-1994.

¹⁶ ESD, art. 21:3.

¹⁷ En la práctica, este período puede variar entre 3 a 15 meses.

¹⁸ ESD, art. 22:2.

¹⁹ ESD, art. 22:6.

²⁰ ESD, art. 22:7.

El reclamo europeo sostenía que esas normas internacionales estaban siendo violadas por las secciones 921 a 927 del *Internal Revenue Code* de los EE.UU. y por otras medidas legales relacionadas, que establecían un tratamiento tributario especial a las FSC.

Las partes no consiguieron resolver la diferencia por medio de consultas, y un panel fue establecido por el OSD para analizar el caso. El 8 de octubre de 1999, el panel concluyó que el tratamiento fiscal aplicado por los Estados Unidos a las FSC era contrario al art. 3.1 a) del ASMC y al art. 3.3 del Acuerdo sobre Agricultura (AA)²¹⁻²². Los EE.UU. presentaron un recurso, y el 24 de febrero de 2000 el OAp confirmó las recomendaciones del panel con respecto a las violaciones del ASMC, concluyendo además que el tratamiento fiscal aplicado a las FSC era contrario a los arts. 3.3, 9.1 d) y 8 del AA²³.

Como consecuencia, el 24 de marzo de 2000, el OSD recomendó que los EE.UU. adecuasen las medidas incompatibles con el ASMC a las disposiciones de ese Acuerdo, para lo que le otorgó un plazo que vencía el 1 de octubre de 2000, y que retirase las subvenciones a las exportaciones hasta esa fecha²⁴. Este plazo fue posteriormente prorrogado²⁵, hasta que el 15 de noviembre de 2000 el presidente de los EE.UU. firmó el "*FSC Repeal and Extraterritorial Income Exclusion Act of 2000*", también llamado "*replacement law*" (RL), que modificó el régimen tributario de las FSC y creó el ETI (*Extraterritorial Income Exclusion Regime*).

Esta modificación legislativa no satisfizo a la CE, que el 17 de noviembre de 2000 solicitó la adopción de contramedidas y la suspensión de concesiones²⁶, consistentes en la imposición de un derecho adicional de 100% *ad valorem* sobre los derechos aduaneros aplicables a las importaciones provenientes de los EE.UU. Por su parte, los EE.UU. objetaron el nivel de las medidas solicitadas por la CE²⁷. Además de ello, la CE solicitó el envío de la cuestión a un nuevo panel, que fue establecido el 20 de diciembre de 2000²⁸.

²¹ WT/DS108/R.

²² Aun cuando sea el ASMC el principal de los acuerdos de la OMC en el que se establece una definición de subvenciones, otros acuerdos también disciplinan la materia, como el Acuerdo sobre Agricultura (AA).

²³ WT/DS108/AB/R.

²⁴ WT/DS108/10.

²⁵ WT/DS108/11 y WT/DS108/12.

²⁶ WT/DS108/13, con fundamento en el ASMC, art. 10, y en el ESD, art. 22.

²⁷ WT/DS108/15.

²⁸ WT/DS108/14.

Este segundo panel concluyó que el ETI tampoco era compatible con el ASMC, con el AA, ni con el art. III del GATT-1994. En ese sentido, recomendó la anulación del ETI, de acuerdo con el art. 3.8 del ESD²⁹. Hubo un nuevo recurso al OAp, que nuevamente mantuvo lo decidido por el panel³⁰.

Inmediatamente después, fue reactivado el procedimiento arbitral relativo a la retaliación europea. La decisión del arbitro, que autorizó la imposición de sanciones en el orden de U\$S 4.043 millones, fue conocida el 30 de agosto de 2002³¹. Finalmente, la CE, el 25 de abril de 2003, pidió autorización para adoptar contramedidas apropiadas y suspender concesiones de conformidad con la decisión arbitral³².

Desde entonces, los EE.UU. y la CE continúan discutiendo la cuestión, sin haber sido cumplida aún la decisión por parte de los norteamericanos, por lo menos no con los alcances que la CE pretende³³. Finalmente, en marzo de 2004, la CE comenzó a retaliar las exportaciones estadounidenses, imponiendo las sanciones aprobadas por el OSD de la OMC³⁴.

3. Los argumentos del Caso FSC

¿Cuál es el fundamento de esta importante sanción de los europeos sobre las exportaciones estadounidenses? En realidad, el Caso FSC se inserta en una sucesión de diferencias que, desde 1971, han aislado las relaciones entre norteamericanos y europeos. Es que antes de las FSC existían las DISC (*Domestic International Sales Corporation*), empresas que también

²⁹ WT/DS108/RW.

³⁰ WT/DS108/AB/RW.

³¹ WT/DS108/ARB.

³² WT/DS108/26.

³³ De conformidad con lo dicho, los EE.UU. implementaron cambios en su sistema tributario, pero ellos no fueron considerados suficientes por la CE, la que demandó, inclusive, la apertura de un nuevo panel para analizar aquellas reformas (WT/DS108/14).

³⁴ Después de que el MSC de la OMC decidió la diferencia en su favor, y vista la falta de voluntad de los EE.UU. de implementar las modificaciones requeridas, la CE solicitó al MSC autorización para adoptar contramedidas y la suspensión de concesiones, de conformidad con el art. 4.10 del ASMC, con el art. 22.7 del ESD y con el laudo del arbitraje que definió las sanciones en U\$S 4.043 millones. La implementación de las sanciones fue aprobada y, después de postergar por más de un año la utilización de las medidas de retaliación, la CE acabó imponiéndolas a partir de marzo de 2004. Las sanciones han sido aplicadas sobre sectores económicos políticamente sensibles para los EE.UU. y en porcentajes progresivos: se iniciaron con el 5% y serían aumentadas en 1% por mes, hasta abril de 2005, o hasta que los EE.UU. aprobaran las medidas requeridas (*International Tax Review*, 2004, p. 1).

gozaban de beneficios fiscales que fueron declarados, en 1981, ilegales por decisión del Consejo del GATT.

Con la reprobación del régimen de las DISC, los EE.UU. crearon, entonces, la figura de las FSC y el tratamiento tributario correspondiente. Como se describió arriba, también este régimen tributario fue declarado ilegal, pero esta vez por el OSD de la OMC. En seguida, el régimen tributario de las FSC fue reformado por el ETI (*Extraterritorial Income Exclusion Regime*), también impugnado por la CE, con el fundamento de que no satisfacía la decisión anterior de la OMC, lo que implicó una nueva decisión de la Organización declarando ilegal este nuevo régimen³⁵.

El Caso FSC involucró varias cuestiones vinculadas con la tributación, entre las cuales figuran la tributación directa de las rentas (*direct income tax*) y las interrelaciones de distintos sistemas tributarios. El problema inmediato, sin embargo, está asociado a las distintas formas con que los EE.UU. y algunos países de la CE hacen tributar las ganancias obtenidas en el exterior por empresas que tienen su sede en esos territorios, y los medios utilizados por los norteamericanos para compensar la desventaja competitiva resultante de esta diferencia. En otras palabras: los EE.UU. y los países de la CE poseen diferentes sistemas de tributación sobre la renta, y estas diferencias han alimentado, a lo largo de los años, muchas discusiones acerca de las subvenciones tributarias aplicadas a las exportaciones³⁶.

Para comprender mejor la diferencia, es preciso explicar un poco más los detalles de la cuestión. Existen en el mundo, esencialmente, dos sistemas básicos de tributación de la renta: uno basado en el criterio de la "residencia" (que es llamado *worldwide system* - WS), adoptado por los EE.UU., y otro basado en el criterio "territorial" (*territorial system* - TS), predominante en los países de la CE³⁷. En verdad, ningún país utiliza un sistema "puro", sino alguna combinación de los dos criterios, pero con uno de ellos como predominante³⁸.

Con el WS, en el país se tributan todas las ganancias obtenidas por los entes residentes en su territorio. Así, un ciudadano norteamericano que

³⁵ Crane y Rangel (2003) hacen una exposición general de la historia de la disputa entre EE.UU. y la CE.

³⁶ Carmichael, 2002.

³⁷ Para un abordaje más amplio de los sistemas de tributación de la renta, ver Torres (2001, ps. 61-92) y Xavier (2000, ps. 339-343). Cabe destacar que estos autores se refieren al *worldwide system* como "principio de la universalidad". Por su parte, Graetz (2003, ps. 12-18), compone un cuadro comparativo entre el *worldwide system* y el *territorial system*, enfatizando las diferencias entre el sistema adoptado por los EE.UU. y por buena parte de los países que componen la CE (entre ellos, Holanda y Francia).

³⁸ Graetz, 2003, p. 13.

obtiene renta en otro país, queda sujeto a la tributación en los EE.UU., aun cuando esa renta ya haya tributado en el exterior. Por otro lado, con el TS, en el país se tributan apenas las ganancias obtenidas en ese territorio, sin importar si el contribuyente es o no residente. A título ilustrativo, cabe notar que a partir de esta primera distinción, aparece una segunda: al adoptar el WS, los EE.UU., para evitar la doble imposición internacional, están obligados al uso de un sistema basado en la concesión de créditos respecto de lo que fue pagado en otro país (crédito que se compensa con lo debido internamente); por otro lado, los principales países de la CE, por haber adoptado el TS, no necesitan este artificio, porque en ese caso la doble tributación es evitada por el hecho de que las ganancias habidas en el exterior no son tributadas internamente.

La adopción de uno u otro criterio —WS o TS— importa, además, otra sustancial distinción de extrema relevancia para la OMC. En el ámbito de las operaciones comerciales internacionales, las empresas europeas tienen ventajas para operar en mercados externos de baja tributación, dado que sus ganancias en ellos no están sujetas a tributación en sus países de origen (en este caso, estas empresas calculan sus costos a partir de la tributación más baja); sin embargo, las empresas norteamericanas no tienen este beneficio, toda vez que, al final de cuentas, aun cuando estén actuando en un mercado externo de bajo nivel de tributación, estarán sujetas —respecto de sus ganancias— a la presión tributaria establecida en el sistema de los EE.UU., perdiendo competitividad. De esta forma, las empresas europeas poseen una ventaja relativa importante respecto de sus semejantes norteamericanas.

Para supuestamente contrabalancear esta ventaja de las empresas europeas es que los EE.UU., atendiendo a muchas presiones internas, crearon las *Foreign Sales Corporations* (FSC), instituyendo para ellas, como ya había ocurrido en relación con las DISC, un régimen tributario especial³⁹.

Las FSC son empresas constituidas fuera de los cincuenta Estados norteamericanos y del distrito de Columbia y que atienden a algunos requisitos complementarios: a) deben dedicarse a la venta de productos elaborados en los EE.UU. a otros países; b) deben ser establecidas en países con los cuales los EE.UU. mantienen acuerdos bilaterales o multilaterales de intercambio de información o tratados para evitar la doble tributación de la renta y que, además, permitan el intercambio de información; c) no pueden tener más de veinticinco accionistas en cualquier momento durante el ejercicio fiscal y no pueden emitir acciones preferenciales; d) deben mantener registros de sus operaciones en las oficinas ubicadas fuera de los EE.UU.;

³⁹ Este régimen estaba previsto en las secciones 921 a 927 del *Internal Revenue Code* y en algunas disposiciones legales complementarias.

e) por lo menos uno de los directores debe ser una persona no residente en los EE.UU. y; f) las reuniones entre directores y accionistas deben ser hechas fuera de los EE.UU.

Es muy común que empresas norteamericanas que fabrican productos en los EE.UU. tengan su propia FSC. Los bienes pueden ser suministrados a las FSC para revender en el exterior o, por ejemplo, puede establecerse una comisión relacionada con tales ventas. No hay obligación de que las FSC estén asociadas a empresas norteamericanas o que sean controladas por éstas, pero como existen beneficios tributarios extra para los casos en que tal asociación existe, normalmente ellas son subsidiarias extranjeras de compañías norteamericanas. Más de setenta de las mayores compañías estadounidenses se beneficiaban del sistema tributario de las FSC, entre ellas: 3M, Cargill, Boeing, Microsoft, Eli Lilly, Eastman Kodak, Exxon Mobil, Lockheed Martin, General Motors, General Electric, Motorola y Walt Disney Company⁴⁰.

A pesar de que las FSC son empresas extranjeras no domiciliadas en suelo norteamericano, los EE.UU. extienden su jurisdicción fiscal sobre ellas, una vez que están involucradas en operaciones comerciales del país. Sin embargo, los contribuyentes que hacían uso de una FSC recibían beneficios fiscales que, en la práctica, transformaban en exentas la casi totalidad de sus ganancias con estas empresas. De esta forma, en relación con las ganancias por exportaciones sujetas a tributación, una parte era tratada directamente como exenta de tributos en el ámbito de las FSC. Otra porción no tenía este beneficio directo, dado que era considerada como regularmente tributable, pero incluso en relación con esta categoría había un beneficio: los dividendos pagados a los accionistas (normalmente las compañías establecidas en el suelo norteamericano) eran integralmente deducibles como gastos en la determinación de los tributos debidos dentro de los EE.UU. O sea, las operaciones de exportación ejecutadas por vía de las FSC estaban prácticamente libres de tributación.

Además de estos beneficios fiscales, varias otras ventajas distinguían el régimen tributario de las FSC del régimen general de tributación norteamericano. Primero, las FSC disponían de tres sistemas alternativos de reglas de precios de transferencia (reglas destinadas a la cuantificación de las operaciones comerciales realizadas entre las FSC y su controlante en suelo norteamericano, y a la definición del porcentaje de ganancias de las FSC con operaciones exentas), que podían ser utilizados según la conveniencia de la empresa. Tales sistemas alternativos, cabe resaltar, eran diferentes y más favorables que los aplicables dentro del régimen normal de tributación

⁴⁰ Carmichael, 2002.

de los EE.UU. Segundo, el accionista de una FSC no precisaba declarar las ganancias que le generaba la empresa, hasta que las hubiese efectivamente recibido. Esto contrasta con la regla genérica norteamericana de que las ganancias provenientes de subsidiarias extranjeras deben ser tributadas por el accionista, independientemente de su efectivo cobro.

La ofensiva de la CE contra el régimen tributario de las FSC se inició a partir de este conjunto de exenciones y alternativas. Para ella, el problema era que una empresa, para poder beneficiarse de estas exenciones y alternativas, tenía que estar constituida en la forma de una FSC y, además de eso, estar involucrada con transacciones vinculadas específicamente a las exportaciones norteamericanas, lo que, a la luz de los arts. 1.1 a) i) y 3.1 a) del ASMC⁴¹ y de los arts. 3.3 y 8 del AA⁴², conformaría una concesión de subvenciones prohibidas⁴³.

Conforme se relató antes, la diferencia vinculada al régimen tributario de las FSC recorrió un largo proceso: se resolvió la apertura de dos

⁴¹ [ASMC] “Art. 1.— *Definición de subvención*:

“1.1. A los efectos del presente Acuerdo, se considerará 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: [...] ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)”.

“Art. 3.— *Prohibición*

“3.1. A reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre Agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del art. 1º, se considerarán prohibidas: a) las subvenciones supeditadas *de jure* o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I”.

⁴² [AA] “Art. 3.— *Incorporación de las concesiones y los compromisos*

“1. Los compromisos en materia de ayuda interna y de subvenciones a la exportación consignados en la Parte IV de la Lista de cada Miembro constituyen compromisos de limitación de las subvenciones y forman parte integrante del GATT de 1994.

“2. A reserva de las disposiciones del art. 6º, ningún Miembro prestará ayuda a los productores nacionales por encima de los niveles de compromiso especificados en la Sección I de la Parte IV de su Lista.

“3. A reserva de las disposiciones de los párrafos 2 b) y 4 del art. 9º, ningún Miembro otorgará subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo I del art. 9º con respecto a los productos o grupos de productos agropecuarios especificados en la Sección II de la Parte IV de su Lista por encima de los niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades especificados en la misma ni otorgará tales subvenciones con respecto a un producto agropecuario no especificado en esa Sección de su Lista”.

⁴³ En el sistema del ASMC, la existencia de una subvención no es, por sí sola, causa de irregularidad. Tal es así que las subvenciones están clasificadas en tres tipos: prohibidas (art. 3.1), recurribles (art. 5º) y no recurribles o permitidas (art. 8º, hoy expirados). De tal forma, el orden de análisis debe ser: primero ver si *existe* subvención, en los términos del art. 1º del ASMC, para sólo después tratar de definir *en qué modalidad éste encaja*.

paneles distintos (uno para analizar el propio régimen de las FSC y otro para considerar el régimen que lo sustituyó, el ETI), cuyas decisiones fueron apeladas —mediante un recurso— ante el OAp. Posteriormente, hubo además un procedimiento arbitral para definir el *quantum* de la suspensión de concesiones.

Durante todo el transcurso de la diferencia en el ámbito del primer panel, los EE.UU. argumentaron que la OMC estaría penalizando un país que, por usar el WS, precisaba incorporar algunos elementos del TS con el fin de obtener, para sus empresas, un tratamiento tributario comparable al concedido a las de otros países. En respuesta, la OMC dijo que los EE.UU. eran libres de adoptar el WS o el TS, o cualquier otro sistema de tributación; lo que no podían hacer era justificar la concesión de una subvención dirigida específicamente a algunas operaciones de exportación, bajo la alegación de que esto sería necesario para eliminar una desventaja para los exportadores que fuera creada por el propio sistema tributario norteamericano. Esta afirmación constituye un importante factor acerca de la relación entre las decisiones de la OMC y las características de los sistemas tributarios nacionales.

Durante el segundo panel (el que analizó el régimen ETI), los EE.UU. tuvieron igual suerte. En este litigio, los norteamericanos defendieron que el régimen tributario impuesto por la RL, y que había sustituido el de las FSC, cumplía lo determinado por el primer panel. En líneas generales, el régimen ETI modificó la definición de renta bruta, para excluir las ganancias extraterritoriales; o sea, los EE.UU. pasaban a adoptar, específicamente para las ganancias asociadas a las ventas en el exterior, el criterio de territorialidad. De este modo, los EE.UU. argumentaban que la exclusión de las ganancias extraterritoriales por la RL era un criterio similar al de la exclusión de las ganancias extraterritoriales en el ámbito de las TS, sistema adoptado por los países de la CE.

Pero la CE atacó la RL, afirmando que con ella los EE.UU. no estarían cumpliendo con sus obligaciones convencionales. Por el contrario, a su entender, los EE.UU. continuarían con la práctica de no recaudar tributos “que de otra manera serían debidos”, vulnerando, con ello, el art. 1.1 a) 1) ii) del ASMC. La CE afirmó, además, que la RL incluía nuevamente subvenciones condicionadas al desempeño exportador, contrariando el art. 3.1 a) del ASMC. Según la CE, en la práctica, el régimen continuaba privilegiando sólo a los exportadores norteamericanos; el resultado concreto era, en su visión, prácticamente el mismo del régimen anterior⁴⁴.

⁴⁴ Una vez más hay que decir que excede los límites de este artículo el detalle del curso de toda la diferencia acerca del ETI. Los avatares del caso, la complejidad de los efectos

La decisión del nuevo panel (confirmada por el OAp) estableció que, al final de cuentas, el ETI producía resultados casi idénticos a los del régimen tributario de las FSC. Existían distinciones, pero estaban centradas en cuestiones formales, no respecto de los efectos concretos. El régimen de las FSC partía de la premisa de que las ganancias extraterritoriales eran generalmente tributadas, a menos que estuvieran entre aquellas excluidas de la imposición fiscal por el propio régimen. Por su parte, el ETI partía de la premisa de que una ganancia extraterritorial no es tributada, a menos que cayese dentro de una de las excepciones previstas, caso en el que estaría sujeta a la tributación norteamericana. En ambos casos, entendió el panel que los EE.UU. estaban excluyendo ganancias de la tributación sólo si determinados requisitos estaban presentes, y ocurre que tales requisitos eran prácticamente idénticos en los dos regímenes.

4. Consecuencias de la decisión de la OMC

¿En qué grado el Caso FSC tiene importancia para el derecho tributario interno? ¿Qué lecciones aportan la diferencia y las decisiones que la resolvieron para los procesos de armonización tributaria?

En un primer lugar, podría pensarse que estas cuestiones no tienen contenido práctico, dado que las decisiones de la OMC no tratan directamente la materia tributaria. De hecho, como no existen reglas de derecho internacional que obliguen a los Estados a adoptar un sistema tributario único, es razonable afirmar que cada cual tiene libertad para definir su propia estructura impositiva fiscal, por lo que la OMC no podría intervenir de forma alguna en este área.

Hay en estas afirmaciones, sin embargo, un claro equívoco. De modo general, los miembros de la OMC concuerdan en que no debe ser objetivo de aquella organización formular normas de tributación internacional; concuerdan también en que la libertad que cada miembro tiene para establecer un sistema tributario es beneficiosa, porque permite la creación de normas tributarias que promuevan los objetivos nacionales. Mientras tanto, aun cuando el poder de tributación sea una de las principales manifestaciones de la soberanía estatal, la libertad de producir normas tributarias internas se debe sujetar, en principio, a las mismas limitaciones puestas a otras disciplinas en el plano de los procesos de integración económica. En otras palabras, los acuerdos internacionales vinculados al comercio no exceptúan las

alegados y la gran extensión de las discusiones, hacen que sea impracticable realizar aquí un análisis de éste.

medidas tributarias de la subordinación al compromiso de liberalización de los flujos comerciales internacionales.

Es un hecho que la OMC no tiene, en principio, competencia normativa para interferir en las cuestiones tributarias de sus miembros. Sin embargo, la cuestión surge cuando, al tratar una de las materias vitales para el comercio internacional —concretamente, la de las subvenciones concedidas por los Estados a sus exportaciones—, aparecen beneficios creados en forma de desgravaciones tributarias (exenciones, reducciones de alícuotas, suspensión de exigencias fiscales, prórroga de pagos, etc.) que, por ser concedidos a operaciones o sujetos específicos, violan los acuerdos internacionales.

Por otro lado, los beneficios fiscales considerados en conflicto con los compromisos internacionales no siempre pueden ser retirados con medidas legislativas simples. Hay situaciones en que la violación es resultado de características intrínsecas del sistema tributario nacional, tales como los criterios de tributación adoptados, lo que hace que la enmienda de la irregularidad no pueda ser efectivizada sin una revisión de la propia estructura tributaria. El Caso FSC es un ejemplo concreto de esa situación.

En efecto, la divergencia entre los EE.UU. y la CE tiene como punto central un régimen especial de tributación que tuvo su génesis en una importante diferencia entre las matrices tributarias de los EE.UU. y de la CE. Los EE.UU., al adoptar en su sistema tributario el criterio de la WS, crearon una desventaja para sus empresas en relación con sus iguales localizadas en los países de la CE, que se favorecen, en el ámbito internacional, a partir de la elección del TS por parte de sus países. Para compensar esta desventaja originada en el propio diseño de su sistema tributario, los EE.UU. crearon, específicamente para las empresas afectadas, un régimen tributario más ventajoso para las exportaciones, que fue impugnado por la CE y considerado como una subvención prohibida por la OMC.

A pesar de las interpretaciones divergentes de la diferencia en las discusiones ante la OMC, puede verse que, al final de cuentas, la resolución de la cuestión se resumió en una sola disposición: la modificación del régimen impugnado, una medida que, desde el punto de vista de quien ve el poder de tributar como uno de los principales corolarios de la soberanía estatal, parece excesiva e inaceptable (en verdad, son muchos los que, dentro de los EE.UU., opinan en este sentido⁴⁵). Con todo, a la luz de las características del sistema tributario norteamericano, ¿qué otra solución sería posible?

⁴⁵ Por ejemplo, respecto de las críticas a la actuación de la OMC, véase: Dougherty (2003), Cherry (2000) y Sparshott (2003).

Una consecuencia práctica del Caso FSC es que los EE.UU., en el marco de la decisión de la OMC y del monto de sanciones autorizadas, fueron puestos dentro de un problema que, a pesar de no ser insoluble, ofrece alternativas dolorosas de solución, la mayor parte de gran efecto tributario. Candace Carmichael realiza un sumario de las posibles reacciones de los EE.UU. en relación con el desenlace de la diferencia⁴⁶. Según esta autora, los EE.UU. podrían: a) ignorar la decisión de la OMC y enfrentar la retaliación; b) pagar las sanciones, si fueran concretamente impuestas por la CE; c) remover las exoneraciones tributarias impugnadas, aumentando la carga tributaria de las empresas norteamericanas; d) adoptar el TS para la tributación de la renta, de forma similar a la del sistema tributario de los países de la CE; e) mantener el WS como base de su estructura y conceder subvenciones a los fabricantes norteamericanos, incluidos los exportadores, que no estén condicionados al desempeño exportador; y f) desafiar el sistema tributario de la CE, impugnando de forma sistemática, en la OMC, eventuales subvenciones irregulares concedidas a empresas europeas.

No se puede, aquí, comentar en extenso cada una de las opciones propuestas, ni sus alternativas en términos de ventajas y desventajas. Lo que es posible afirmar, no obstante, es que las alternativas c), d), y e), que están vinculadas a importantes alteraciones de la estructura tributaria de los EE.UU., parecen ser las más plausibles, aun teniendo gran repercusión en la vida cotidiana de las empresas norteamericanas. Las demás opciones —excepción hecha de la b)—, por vincularse a acciones de enfrentamiento político y económico, crearían un escenario de confrontación indeseado, trayendo un ingrediente de fuerte potencial para la inauguración de una verdadera guerra comercial y para un consecuente retroceso del fenómeno de multilateralización de las relaciones comerciales; tal enfrentamiento tampoco sería positivo para los EE.UU., dada la actual necesidad política de mantener relaciones internacionales armoniosas.

Respecto de la factibilidad de las opciones de naturaleza tributaria, cabe decir, en relación con la opción c) —relativa a la remoción de las exoneraciones tributarias impugnadas—, que se presentan dos grandes problemas: primero, como los mayores perjudicados serían las grandes empresas norteamericanas, existiría mucha presión política interna contra la medida, dado que estas empresas mantienen *lobbies* poderosísimos; segundo, como las exportaciones de los EE.UU. significan un tercio del crecimiento económico del país, la reducción de los beneficios de los exportadores traería grandes consecuencias para la economía norteamericana.

⁴⁶ Carmichael, 2002.

En cuanto a la opción d) —adopción del TS—, existen también algunos otros problemas: primero, el acogimiento del sistema desanimaría las exportaciones de los EE.UU., porque las empresas norteamericanas preferirían producir fuera del país, en lugares con menor presión tributaria; segundo, habría una importante reducción de la recaudación tributaria.

En lo que se refiere a la opción e) —mantener el WS y conceder subvenciones que no estén condicionadas al desempeño exportador—, esto demandaría una gran reforma del sistema tributario, a partir de la reducción de la tributación de las ganancias de todos los exportadores, incondicionalmente.

Hale E. Sheppard agrega a las opciones de Candace Carmichael una más que, en verdad, es muy defendida dentro de los EE.UU.: se trata de que los EE.UU lleven la discusión fuera de la OMC, resolviendo la cuestión o por vía de discusiones diplomáticas de carácter bilateral o por medio de la remisión de la diferencia a otra organización internacional, como ser la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁴⁷. Tal opción, sin embargo, no es atractiva para los EE.UU —y tampoco lo es para la CE (que en ese marco tendría que consentir)— porque esta conducta representaría un claro vaciamiento de una organización internacional que, a fin de cuentas, representa un eje de credibilidad relacionado con la liberalización de las relaciones comerciales internacionales.

De este modo, puede percibirse que, aunque no sean de fácil adopción, las opciones a disposición de los EE.UU. —que no representan desgaste internacional— son aquellas vinculadas a modificaciones significativas en su sistema tributario, lo que implica reconocer que, en un escenario de multilateralización de las relaciones comerciales con un fuerte énfasis en el libre mercado y la acentuación de la liberalización económica, las decisiones de la OMC influyen en forma importante en la conformación de los sistemas tributarios nacionales.

La decisión de la OMC en el Caso FSC lo ejemplifica bien, aun una regla que, por su importancia, se presenta como un verdadero principio seguido por los países en la conformación de sus sistemas tributarios: la libertad de los Estados para definirlos puede ser excepcionada y no ser hábil para justificar la concesión de una subvención prohibida con el fundamento de que ello sería necesario para eliminar una desventaja que fue creada por el propio sistema tributario⁴⁸. El precepto evidencia, como nunca antes fue hecho, una importante vinculación entre las decisiones de la OMC y la conformación de los sistemas tributarios nacionales.

⁴⁷ Sheppard, 2003.

⁴⁸ WT/DS108/AB/R, párrafo 179.

Hace mucho que el Mecanismo de Solución de Diferencias viene afirmando que, de modo general, en cualquier circunstancia y en relación a cualquier materia, no pueden los Estados alegar las características de su propio orden jurídico para justificar una subvención irregular⁴⁹. La regla parece razonable, dado que parte de un proceso de integración es también adecuar el orden interno a los acuerdos internacionales.

Es en este sentido que se evidencia la relación entre la materia tributaria y las decisiones del MSC de la OMC. Por un lado, es innegable, y el Caso FSC lo demuestra, que los países precisan tener en cuenta los acuerdos suscriptos en el marco de los procesos multilaterales que integran, en lo que se refiere a sus matrices tributarias. Por otro lado, también, debe existir una mayor preocupación de los miembros de la OMC en el sentido de la incorporación, a los acuerdos firmados, de reglas que concedan —en alguna medida— tratamiento diferenciado en relación con cuestiones, como la tributaria, que poseen extrema relevancia porque se trata de importantes prerrogativas de las soberanías estatales, o porque son asuntos complejos para la comunidad internacional.

III. REPERCUSIONES DEL CASO FSC

1. Repercusiones en los sistemas tributarios nacionales

Todo proceso de integración económica, sea bilateral, regional o multilateral, demanda cierta armonización tributaria. Sin embargo, de la misma forma que no hay un único tipo de integración económica, tampoco existe un único patrón de armonización tributaria. En cualquier caso, debe ponderarse el nivel de integración pretendida y el grado de ajuste de los sistemas tributarios nacionales requerido, aunque es cierto que no existe una relación unívoca entre un determinado tipo de integración y un determinado tipo de armonización tributaria.

En la práctica, establecer correlaciones entre órdenes jurídicos significa lograr, en alguna medida, la conciliación de sus normas o principios. Referimos “en alguna medida”, porque hay niveles diferentes de profundidad para tal conciliación. Gabriela Pinheiro, por ejemplo, al abordar, en el plano teórico, el proceso de armonización (en sentido lato) en el ámbito tributario, afirma que los conceptos de aproximación, armonización (en sentido estricto) y coordinación son distintos; conforme esta clasificación, la “aproximación” representaría la creación de una base común de princi-

⁴⁹ En el Caso FSC (WT/DS108/AB/R, párr. 179), esta regla está bien desarrollada en materia tributaria.

pios y reglas, la “armonización” traduciría una reducción más acotada de las disparidades y la “coordinación” sería un mero medio de colocar en concordancia algunas reglas específicas⁵⁰⁻⁵¹.

Más allá de las diferencias de nomenclatura, puede percibirse que las clasificaciones parten de una etapa en la cual son compatibilizadas cuestiones específicas, puntuales (coordinación o instrumentación); pasan a una siguiente fase de conciliación de reglas (armonización); y llegan a una etapa de definición de una base común de reglas y principios (aproximación o unificación). En este artículo, a los efectos de facilitar la organización de las ideas, se adopta la expresión “armonización” como el género del cual los medios de conciliación son especies. Esta definición se realiza en razón de la más amplia difusión de aquella expresión como sinónimo del fenómeno aquí analizado.

Independientemente de estas cuestiones semánticas, la verdad es que no faltan, en el plano de las relaciones interestatales, ejemplos de armonización tendientes a viabilizar arreglos de variado orden. El fenómeno es tan evidente y progresivo, que hoy está por afectar incluso manifestaciones básicas de la soberanía nacional, como ser el poder tributario.

Ocurre que armonizar sistemas tributarios dispares es una tarea compleja, dado que, aun superadas las dificultades políticas asociadas a la resistencia de los países a renunciar a sus prerrogativas recaudatorias (reconocidas como uno de los pilares de la soberanía estatal), existen problemas vinculados a las peculiaridades de las economías y culturas locales, que impregnan al proceso de un alto grado de complejidad.

Uno de los elementos que aumentan la complejidad del proceso de armonización es el uso extrafiscal de las obligaciones tributarias. Como son incontables las peculiaridades de cada país que pueden ser contempladas, por vía de la extrafiscalidad, en sus respectivos sistemas tributarios, representan un notable desafío para la armonización tributaria internacional. Tal desafío es agravado por los que afirman que la armonización compromete la autonomía del Estado en la conducción de sus políticas internas.

En este sentido, las decisiones de la OMC poseen enorme relevancia para la conformación de los sistemas tributarios nacionales, una vez que esas decisiones son determinantes para la definición de procesos de armonización tributaria, ya sea que estén vinculados a acuerdos regionales, bilaterales o multilaterales.

⁵⁰ Hugo González Cano (1986, ps. 23-26) aporta una clasificación semejante: para él, los mecanismos referidos a la llamada “integración de legislaciones” son, por orden creciente de complejidad, los de instrumentación, compatibilización y unificación.

⁵¹ Pinheiro, 1998, ps. 57-58.

Como se demostró, la violación de los acuerdos comerciales puede darse no sólo a través de disposiciones legales específicas, sino también a través de principios y filosofías de tributación elegidos por los países en sus sistemas tributarios nacionales. Así, por medio de las decisiones de la OMC se puede llegar a alcanzar tanto una simple “coordinación” de legislaciones tributarias (por la modificación de las discrepancias aisladas entre las reglas jurídicas - armonización del tipo regla-regla), como una “conciliación” (por la supresión de divergencias entre las reglas y principios - armonización de tipo regla-principio), o una ambiciosa “unificación” (por la resolución de conflictos sistémicos - armonización principio-principio).

En el marco de las circunstancias actuales del comercio internacional y de los elementos que definen la estrategia competitiva de los Estados, es una medida absolutamente irrealista y contraproducente la insistencia en una versión jurídicamente formalista y cerrada del concepto de soberanía, que, asociada a una desproporcionada sacralización del poder tributario, acaba resultando en una dañosa subestimación de los importantes resultados traídos por las decisiones del sistema multilateral de comercio.

No se quiere con esto hacer una defensa irrestricta de la actuación de la OMC, concediéndole un papel de supremacía en el orden internacional. En verdad, más allá de las innumerables oposiciones que el acuerdo multilateral recibe a partir de su ideología liberal que busca diseminar y de los desequilibrios de poder que respalda por vía de la conformación de los acuerdos comprendidos, sus críticos también apuntan a la ampliación de los límites de sus competencias⁵².

No obstante, incluso involuntariamente, conforme observa Gregory Lubkin, la OMC puede transformarse, por vías indirectas, en una verdadera corte tributaria y, con ello, influir en los complejos procesos de armonización tributaria internacional. Al comentar los efectos de la decisión de la OMC en el Caso FSC, aquel autor alerta sobre la posición particularmente agresiva adoptada, consistente en la afirmación, por parte de la

⁵² En efecto, la OMC no sólo puede extender sus prerrogativas por medio de la vía más evidente, que es ultrapasarse los términos de los acuerdos firmados en su ámbito, sino que también puede hacerlo por otros mecanismos: i) no considerar los conflictos entre su actuación y la de otras organizaciones internacionales (un ejemplo concreto es la divergencia suscitada entre las decisiones de la OMC que vedan las subvenciones tributarias a las exportaciones y las indicaciones del Fondo Monetario Internacional, dirigidas en especial a los países en desarrollo, en el sentido del uso de exenciones tributarias justamente para ampliar su base exportadora [Stewart, 2002, p. 23]), ii) avanzar sobre materias que serían mejor resueltas en el ámbito de las negociaciones directas entre los países (Charnovitz, 2000) y; iii) adoptar posiciones que chocan directamente con prerrogativas estatales que están en la base de la idea de soberanía.

Organización, de su autoridad y competencia técnica para evaluar sistemas tributarios. Argumenta Lubkin, además:

“[...] De modo general, la pretendida habilidad/competencia de la OMC para tornarse en sistema judicial mundial para la apreciación de impugnaciones contra los sistemas tributarios nacionales, debería considerar que gobiernos y emprendimientos comerciales aún no están listos para un órgano supranacional que dicte políticas tributarias nacionales. Aunque muchos países hayan adherido a una o más organizaciones comerciales multilaterales, probablemente pocos de ellos esperaban que interpretaciones imprevistas de leyes comerciales de orden convencional pudiesen automáticamente sobreponerse a sus leyes tributarias internas siempre que los regímenes legales entren en conflicto”⁵³.

Lubkin sostiene que la OMC, en los hechos, busca debilitar la noción de que la tributación es una materia ubicada en el centro de la idea de soberanía nacional y transformar su MSC en una verdadera corte tributaria internacional, lo que representaría la intención de inducir a un proceso de armonización tributaria que aún está lejos de ocurrir en el mundo⁵⁴.

La preocupación de Lubkin encuentra fundamento cuando se percibe que los procesos de armonización tributaria, en el ámbito de los esfuerzos de integración económica, son extremadamente complejos y demandan tiempo, competencia técnica y voluntad política.

Incluso aquellos que defienden a la OMC como una institución armonizadora de legislaciones, como Arie Reich, exponen que en materia tributaria esto debe ocurrir con atención, con objetivos restringidos al establecimiento de patrones generales ligados a tributación del capital o al control de las prácticas vinculadas a las competencias tributarias nocivas⁵⁵.

Michael J. Graetz, a su vez, al tratar la cuestión de la conciliación de sistemas tributarios dispares, destaca las dificultades asociadas a la definición de una estructura para un pretense sistema tributario internacional:

“[...] predominan divergencias acerca de cuál sería la mejor estructura para un sistema tributario internacional. Las dificultades para lograr consensos en esta materia son atribuidas en parte al debate sobre cuáles serían los patrones adecuados para evaluar un sistema tributario internacional. En la tributación interna, los analistas generalmente concuerdan que un

⁵³ Lubkin, 2002.

⁵⁴ Lubkin, 2002. Recuerda este autor que incluso dentro de la CE la armonización de impuestos directos está lejos de terminar y que los países europeos mantienen decenas de disposiciones legales tributarias destinadas a favorecer sus posiciones en la competencia internacional.

⁵⁵ Reich, 2003, p. 25.

sistema tributario debería ser evaluado respecto de tres criterios: eficiencia, simplicidad y equidad, aunque existen divergencias sobre el sentido, el peso relativo o el grado de prioridad de cada uno de estos factores. La introducción de múltiples naciones en el contexto vuelve al debate sobre el criterio adecuado mucho más espinoso. Por ejemplo, ¿debe una nación preocuparse con cuestiones de equidad o bienestar económico que involucren a ciudadanos de países extranjeros, o debe una nación simplemente tratar de maximizar el bienestar de sus propios ciudadanos, sin consideración de los efectos sobre los extranjeros? [...] Hay una notable ausencia de consenso en cuestiones como éstas⁵⁶.

La complejidad de los procesos de armonización tributaria también queda evidenciada por el hecho, ya antes mencionado, de que establecer correlaciones entre órdenes jurídicos significa adoptar, en alguna medida, una conciliación no sólo de normas sino de principios.

Las dificultades y especificidades vinculadas a la aproximación de las legislaciones tributarias son de tal importancia que no faltan, incluso, propuestas de una organización internacional destinada a la búsqueda de acuerdos internacionales sobre las reglas fundamentales de la tributación de los flujos internacionales de rentas vinculados a los negocios y al capital: sería, en la acepción de Charles E. McLure, una “Organización Mundial de la Tributación” (*WTaxO*), estructurada de forma análoga a la OMC, que tendría competencias en lo que hace a la coordinación de las políticas tributarias en el ámbito internacional, aquello que el GATT y la OMC hicieron y están haciendo en el marco del comercio y de las políticas comerciales internacionales⁵⁷.

Si la creación de una organización de estas características es viable o posible en un futuro próximo, es cuestión que escapa al objeto de este artículo; sin embargo, no es difícil prever las dificultades inherentes a tal cometido (dadas, justamente, las prerrogativas estatales vinculadas al poder de tributar). Lo que se puede decir, no obstante, es que mientras no haya una instancia internacional que promueva la formación de acuerdos dirigidos a establecer criterios generales de tributación de las operaciones internacionales, será inevitable que organizaciones como la OMC tengan que, en varias oportunidades, inmiscuirse en materia tributaria. Como consecuencia, se van creando reglas como aquella acerca de la imposibilidad de un Estado de alegar peculiaridades de su sistema tributario para justificar la creación de una subvención. Tal vez, en una *WTaxO* esta cuestión

⁵⁶ Graetz, 2003, p. 5.

⁵⁷ McLure, 2003, p. 539.

pudiese ser abordada con más legitimidad, pero ésta es una hipótesis hoy meramente especulativa.

Así es que, dentro del cuadro actual, los dos caminos que se revelan como inmediatamente aplicables para los Estados son: primero, la consideración de las decisiones del OSD en la formulación de sus sistemas tributarios; segundo, la promoción, en el ámbito internacional, de esfuerzos en el sentido de la inclusión de estas preocupaciones en materia tributaria en los acuerdos de la OMC.

2. Lecciones para la Argentina

Es importante resaltar, además, las lecciones que el Caso FSC trae para la República Argentina. En primer lugar, el país tiene una importante similitud con el sistema tributario de los EE.UU.: la Argentina —a partir del año 1992— introdujo en su Ley de Impuestos a las Ganancias⁵⁸ el criterio del WS, que fue complementado por la ley 25.063, con vigencia desde el 31/12/1998, para posibilitar su efectiva aplicación. Tal circunstancia, a la luz de los acuerdos de la OMC, coloca al país en una posición bastante parecida a la que se encuentran los norteamericanos en su indefinible disputa con la CE.

Actualmente, es cierto, la Argentina no utiliza instrumentos similares a los EE.UU. para apoyar sus exportaciones o para incentivar la salida de capitales al exterior. Respecto de esta última alternativa, resulta claro que este país ha sido históricamente importador de capitales y no exportador. Incluso, podría argumentarse que el objetivo del legislador argentino está más vinculado con lograr cumplir el principio de neutralidad respecto de la exportación de capitales, evitando un trato más beneficioso para quienes colocan sus capitales en el exterior⁵⁹.

Sin perjuicio de lo dicho, al menos es necesario analizar si los mecanismos de incentivo a las exportaciones previstos en la Ley de Impuestos a las Ganancias (LIG) son legales en el marco estudiado, a pesar de que “en los últimos tiempos, gran parte de las exenciones y las desgravaciones quedaron eliminadas, en tanto que otras han sido mantenidas”⁶⁰.

La propia definición de exención genera de por sí grandes reparos en relación con la legalidad de la herramienta a la luz del Caso FSC:

“Las exenciones y los beneficios (o desgravaciones) del IG otorgados han obedecido a razones de política económica (promoción sectorial o

⁵⁸ Ley 20.628 -t.o. por decreto 649/1997.

⁵⁹ Schindel, 2003.

⁶⁰ García Vizcaino, 2002 (Lexis Online 5606/000892).

regional, alicientes a actividades económicas), políticas en general (fiscos nacional, provinciales y municipales; diplomáticos, agentes consulares), sociales, etc.”.

“Las desgravaciones, previstas generalmente como una especie de incentivos, consisten en la liberación temporaria —total o parcial— de tributos, o en el diferimiento de su pago, o en la admisión de ciertas deducciones o rebajas, respecto de la base imponible determinada según las reglas generales, o ventajas para quienes realicen inversiones o emprendan actividades a las que el Estado pretende promocionar”⁶¹.

Como puede verse, no parece viable que la Argentina utilice las exenciones como un recurso para impulsar las exportaciones, o para paliar las desventajas generadas por el régimen del WS. En el texto de la LIG puede encontrarse una referencia específica al caso de las exportaciones⁶²; sin embargo, por el art. 1º de la ley 26.073 se ha prorrogado la suspensión de esa exención hasta el 31 de diciembre de 2006, inclusive.

El Poder Ejecutivo Nacional, al argumentar a favor de esta suspensión, sostuvo que las nuevas reglas que rigen en el mercado de cambio otorgan a las exportaciones una altísima competitividad y que esto no justifica que el Estado resigne ingresos.

Con relación a esta herramienta, hoy en desuso, del art. 20, inc. 1), cabe puntualizar que la OMC admite los reintegros y no los considera una subvención, siempre y cuando esos reintegros no excedan el valor de los impuestos efectivamente cargados a las exportaciones. Lamentablemente, la ley hace referencia a una “exención” y no a un “reintegro o devolución”, lo que genera dudas respecto de su naturaleza. En ese sentido, se ha imputado a la Argentina un exceso en el valor de sus reintegros y que, por lo tanto, allí había una ganancia oculta de los exportadores, que constituía una subvención.

En su intervención en el debate producido en el Senado de la Nación, el senador Terragno afirmó que la suspensión impulsada implicaba reconocer que los fondos originados en el reintegro del inc. 1) son una ganancia, con las consecuencias derivadas del art. XVI del GATT⁶³.

⁶¹ García Vizcaíno, 2002 (Lexis Online 5606/000892).

⁶² Art. 20, inc. 1), “Las sumas percibidas por los exportadores de bienes o servicios correspondientes a reintegros o reembolsos acordados por el Poder Ejecutivo en concepto de impuestos abonados en el mercado interno, que incidan directa o indirectamente sobre determinados productos y/o sus materias primas y/o servicios”.

⁶³ Terragno, 2003.

Por otra parte, la LIG en su art. 20, inc. b)⁶⁴, también establece un mecanismo de exenciones que se otorga en función de una actividad determinada. Al respecto, simplemente cabe mencionar que a la luz de las normas de la OMC están prohibidas las subvenciones que tienen por objeto impulsar las exportaciones, o están vinculadas con el desempeño exportador de los beneficiarios.

En segundo término, Argentina también podría enfrentar dificultades en relación con los contornos que su matriz tributaria ha adoptado a lo largo de los últimos años. Es que su intrincada legislación tributaria impone a los contribuyentes obligaciones principales y accesorias en número y complejidad desmesuradas, lo que dificulta la gestión de las empresas dedicadas a la exportación, que deben competir con similares de países con diseños más claros y simples.

Finalmente, corresponde examinar una medida adoptada por el gobierno argentino en los últimos tiempos. Se trata de las retenciones a las exportaciones impuestas por las Resoluciones 11 y 35 del Ministerio de Economía y Producción⁶⁵, respecto de materias primas en general, granos oleaginosos, cueros, manufacturas de origen agropecuario e industrial, petróleo, aceites crudos de petróleo o de mineral bituminoso.

En la práctica, estas retenciones funcionan como impuestos a las exportaciones, es decir, las operaciones de exportación realizadas desde la Argentina respecto de esos productos son gravadas por el Estado. Evidentemente, estas medidas implican una suba en el precio de tales productos en el mercado internacional, con la consiguiente pérdida de competitividad. Aun así, tampoco puede dejar de mencionarse que la Argentina realiza un importante esfuerzo en mantener la paridad del peso argentino respecto del dólar norteamericano bastante devaluada, medida ésta que sí favorece a los exportadores.

Es cierto que en algunos medios⁶⁶ se ha indicado que estas retenciones vulnerarían los acuerdos asumidos por la Argentina en el ámbito de la OMC; sin embargo, de la lectura del ASMC surge claramente que el establecimiento de medidas que graven las exportaciones no es ilegal en los términos del Acuerdo. Cuestión muy distinta es si la política cambiaría

⁶⁴ Art. 20, inc. b), "entidades exentas por leyes nacionales, en caso de comprender al IG, y siempre que las ganancias deriven directamente de la explotación o actividad principal que motivó la exención".

⁶⁵ Modificadas por decreto 690/2002 y resoluciones 160/2002, 307/2002, 530/2002, 653/2005 y 655/2005.

⁶⁶ Orgambide Márquez, 2005.

(y no sólo de Argentina) podría considerarse como una subvención, problemática extremadamente compleja que escapa al objeto de este trabajo.

IV. CONCLUSIÓN

Frente a las inmensas sanciones que pueden sufrir, los EE.UU. recientemente demostraron interés en modificar las normas impugnadas por la CE. En la actualidad, todavía no es posible afirmar que los cambios en las leyes norteamericanas atenderán las exigencias de la decisión de la OMC, o si se trata de nuevos intentos para ocultar beneficios ilegales a luz de los acuerdos internacionales⁶⁷.

Pero independientemente de su resultado final, el Caso FSC brinda varias lecciones relevantes para la relación entre la regulación del comercio internacional y los sistemas tributarios nacionales. Por un lado, queda demostrado que las decisiones del MSC de la OMC frecuentemente tienen repercusiones tributarias, dado que ha sido una práctica común de los Estados la promoción comercial por medio de instrumentos tributarios. Por el otro, el Caso FSC muestra la necesidad de que los Estados comiencen a pensar, de modo concreto, en aquello que se podría llamar una estructura tributaria mundial, capaz de contemplar, a nivel internacional, no sólo la importante tarea de depurar las incongruencias normativas entre los sistemas tributarios nacionales, sino también cuestiones como la evasión impositiva, la competencia tributaria y la tributación del comercio electrónico.

Como se observó, son enormes las complejidades y las divergencias acerca de cómo se deben implementar las iniciativas de armonización de los sistemas tributarios en el ámbito internacional. Ello evidencia, a su vez, que no parece razonable que decisiones puntuales del MSC de la OMC, al demandarse ajustes en las legislaciones internas de sus Miembros, impongan, a partir de una óptica estrictamente comercial, condiciones desarticuladas con las filosofías de tributación.

Admitir esto no representa defender la creación de una *WTaxO*, ni decir que las decisiones del MSC de la OMC no pueden tener repercusiones tributarias, pero cabe afirmar que existen límites —de naturaleza tanto política como jurídica—, ¿hasta dónde puede abarcar la materia tributaria

⁶⁷ Se encuentra en trámite en el Poder Legislativo Federal de los EE.UU. la *American Jobs Creation Act of 2004*, proyecto por el cual el régimen tributario considerado ilegal por el MSC de la OMC es sustituido por otro en el cual son concedidos incentivos a los fabricantes norteamericanos y ampliados los poderes de la Administración Impositiva (o *Internal Revenue Service*) a fines de luchar contra las prácticas de evasión fiscal (*International Tax Review*, 2004, p. 1).

un acuerdo multilateral vinculado al comercio internacional? La existencia de estos límites justifica la mencionada necesidad de que, en cuestiones tributarias y en otras de extrema relevancia para la comunidad internacional, los países actúen en dos ámbitos: tanto en el plano de la consideración de las decisiones del MSC de la OMC en la conformación de sus matrices tributarias, como en el plano de la construcción de acuerdos que incorporen preocupaciones como éstas y otras materias externas a la estrecha esfera del comercio internacional.

Por otro lado, es intelectualmente improductivo negar la correlación entre tributación y decisiones de la OMC. En un mundo que avanza a grandes pasos en la integración económica, las reformas tributarias que implementan muchos países no pueden dejar de tener en cuenta las disposiciones del sistema multilateral de comercio⁶⁸. El nivel de injerencia de estas disposiciones en el ámbito de las prerrogativas estatales, si bien no puede ser desmesurado, precisa ser comprendido en la esfera de las negociaciones de los acuerdos multilaterales. En otras palabras, es preciso reconocer el lugar de lo jurídico y el de lo político, del derecho y de la diplomacia, sin subestimar una u otra esfera.

Más allá de estas observaciones, el Caso FSC representa una importante advertencia para países que adoptan el régimen de tributación de renta por el WS y que disponen de reglas contra los paraísos fiscales. Para estos países, a partir del entendimiento expreso de la OMC, queda la tarea de mantener un equilibrio aceptable entre la promoción de sus exportaciones y la subordinación a los acuerdos multilaterales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARRAL, Welber, "Subsídios e medidas compensatórias na OMC", en CASELLA, Paulo B. - MERCADANTE, Araminta de Azevedo, *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?*, São Paulo, LTr, 1998, ps. 371-382.
- BARRAL, Welber - DREYZIN DE KLOR, Adriana - PIMENTEL, Luiz Otávio - KEGEL, Patricia, *Solução de controvérsias: OMC, Mercosul e União Européia*, Rio de Janeiro, Fundação Adenauer, 2004.
- CANO, Hugo G., *A harmonização tributária em processos de integração econômica*, Ed. da ESAF, Brasília, 1986.
- CARMICHAEL, Candace, "Foreign sales corporations - subsidies, sanctions and trade wars", *Vanderbilt Journal of International Law*, vol. 35, 2002. Disponible en: http://www.questia.com/PM.qst?actio_n=print&docId=5000714708&pgNum=1. Acceso en: 11/6/2003.
- CHAVES, Mauro, "Proibido o sonho de crescer", *Jornal o Estado de São Paulo*, 14/6/2003, São Paulo, p. A-2.
- CHEREM, Giselda da Silveira, *Subsídios*, Organização Mundial do Comércio - Economia, Direito, Subsídios. Curitiba, Juruá, 2003.

⁶⁸ Stewart, 2002, p. 23.

- CHERRY, Sheila R., "Trading away U.S. sovereignty", *Insight on the news*, vol. 16, nro. 34, 11/9/2000. Disponible en: <http://www.questia.com/PM.qst?action=print&docId=5001080021&pgNum=1>. Acceso en: 11/6/2003.
- CRANE, Phil y RANGEL, Charlie, "Building a level playing field for U.S. exports", *Tax Foundation's Tax Features*, primavera/2003, vol. 47,1. Disponible en: http://gateway.proquest.com/openurl?ctx_ver=z39.88-2003&res_id=xri:pqd&rft_val_fmt=ori:fmt:kev:mtx:journal&genre=article&rft_id=xri:pqd:did=000000408747481&svc_dat=xri:pqil:fmt=hml&req_dat=xri:pqil:pq_clnid=18110.
- CRETELLA NETO, José, *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio*, OMC, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- DOUGHERTY, Carter, "WTO nullifies U.S. tax break in trade dispute with EU", *The Washington Times*, 15/1/2002. Disponible en: <http://www.questia.com/PM.qst?action=print&docId=5000684719&pgNum=1>. Acceso en: 11/6/2003.
- DOUGHERTY, Carter, "Export subsidy eyed; Congress to tackle WTO tax irritant", *The Washington Times*, Washington, 9/5/2002. Disponible en: <http://www.questia.com/PM.qst?action=print&docId=5000748932&pgNum=1>. Acceso en: 11/6/2003.
- GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, *Derecho Tributario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2002.
- GRAETZ, Michael J., *Foundations of international income taxation*, New York, Foundation Press, 2003.
- ESSERMAN, Susan y HOWSE, Robert, "The WTO on trial", *Foreign Affairs*, New York, v. 8, n. 1, enero-febrero/2003, ps. 130-140.
- INTERNATIONAL TAX REVIEW, "Different ETI repeal bills mean difficult negotiations ahead, Londres", *International Tax Review*, julio/agosto 2004, p. 1.
- LOPEZ-MATA, Rosendo, "Income taxation, international competitiveness and the World Trade Organization's rules on subsidies: lessons to the U.S. and to the World from the FSC dispute", *Tax Lawyer*, spring 2001, p. 577.
- LUBKIN, Gregory, "Extraterritorial exclusions and the WTO: everything is still in play", *Tax Management International Journal*, 12/10/2001, 30,10.
- LUBKIN, Gregory, "The end of extraterritorial income exclusion? The WTO Appellate decision and its consequences", *Tax Management International Journal*, 10/5/2002, 31,5.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto, *Soberania, OMC e Mercosul*, São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- ÓRGAMBIDE MÁRQUEZ, Jorge, "Es necesario revisar las retenciones sobre el comercio exterior", *Ámbito Financiero*, Buenos Aires, 26/4/2005. Disponible en: <http://www.ambitoweb.com/seccionese especiales/suplementos/novedadesfiscales/ampliar.asp?id=800>. Acceso en 20/1/2006.
- PÉREZ GABILONDO, José Luis, *Manual sobre Solución de Controversias en la Organización Mundial de Comercio*, Universidad de Tres de Febrero, Buenos Aires, 2005.
- PINHEIRO, Gabriela, *A fiscalidade directa na União Europeia*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998.
- REICH, Arie, "The WTO as a law-harmonizing institution", Versión de 9/10/2003. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=468000. Acceso en: 12/2/2004.
- SCHINDEL, Ángel, "Mitos y realidades en la tributación internacional", *Impuestos*, 2003-17-56.
- SILVA, Eric M. de Castro, "Reforma Tributária e OMC: Uma Convergência Necessária", *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 44, ps. 58-59.
- SPARSHOTT, Jeffrey, "EU eyes trade sanctions for U.S. compliance; Congress urged to address WTO ruling on tax practice", *The Washington Times*, Washington, 5/3/2003. Disponible en: <http://www.questia.com/PM.qst?action=print&docId=5000604461&pgNum=1>. Acceso en: 11/6/2003.
- TERRAGNO, Rodolfo, "Por más que se las defienda con retórica progresista, estas medidas son reaccionarias. Intervención del Senador Terragno en la 41ª Reunión", 3ª Sesión extraordinaria en lo que se refiere a la modificación a la LIG, 26/2/2003. Disponible en: http://www.terragno.org.ar/vernota.php?id_nota=211. Acceso en 20/1/2006.
- TORRES, Heleno, "Pluriritributação internacional sobre as rendas de empresas", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001.

WORLD TRADE ORGANIZATION, "United States - Tax treatment for 'foreign sales corporations'". WT/DS108/2, del 9/7/1998, WT/DS108/R, del 8/10/1999, WT/DS108/AB/R, del 24/2/2000, WT/DS108/RW, del 20/8/2001, WT/DS108/ARB, del 30/8/2002 e WT/DS108/26, del 25/4/2003. Disponibles en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm. Acceso en: 10/5/2003.

XAVIER, Alberto, *Direito tributário internacional do Brasil - tributação das operações internacionais*, Rio de Janeiro, Forense, 1994.