

Resultados del informe del panel sobre las *Foreign Sales Corporations* Sociedades de venta en el extranjero

.....
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA
COMERCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA
.....

En este artículo se analiza el informe definitivo del panel sobre las Foreign Sales Corporations que son empresas americanas creadas en paraísos fiscales, que se dedican a la exportación de productos americanos adquiridos a su matriz, y cuyos beneficios están exentos de impuestos en EE UU.

Palabras clave: empresas exportadoras, empresas filiales, fiscalidad, impuestos sobre beneficios, EE UU, UE.

Clasificación JEL: M20.

1. Antecedentes

Las *Foreign Sales Corporations* (FSC) son unas empresas filiales de empresas americanas creadas en paraísos fiscales bajo soberanía de EE UU, como las Islas Vírgenes, Barbados, Guam, etc. según establecen las disposiciones de las secciones 921 a 927 del Código del *Internal Revenue* de EE UU, que se dedican a la exportación de productos americanos adquiridos a su matriz, y cuyos beneficios así como los dividendos pagados a su sociedad matriz están exentos del pago de impuestos en EE UU. Los beneficios concedidos por estas empresas pueden suponer anualmente 2.500 millones de dólares, lo que puede suponer un 5 por 100 del valor final del producto. Los principales sectores que se han beneficiado del régimen son los siguientes: maquinaria y equipo, productos químicos, maquinaria eléctrica material de transporte, cereales y soja. Se han beneficiado compañías multinacionales como Microsoft, General Motors, Kodak, Boeing o Motorola.

EE UU aplicaban con anterioridad un sistema parecido llamado DISC (*Domestic International*

Sales Corporations), ya condenado en 1976 por el GATT, que estimó que este régimen constituía una ayuda a la exportación y que debía ser suprimido. Tras la condena por el GATT, EE UU cambiaron el sistema DISC por el de las FSC. Aunque ciertos aspectos técnicos fueron modificados para adecuar formalmente el sistema a las reglas de la OMC, el objetivo básico del sistema permaneció inalterado.

En el año 1996 varios Estados miembros de la Unión Europea solicitaron y celebraron con las autoridades fiscales de tres rondas de consultas informales, para obtener mas información sobre las ventajas concedidas por el régimen a las empresas exportadoras estadounidenses. Ante el fracaso de dichas consultas, que solo sirvieron para recopilar información, y para hacer como potencialmente atacable el sistema de precios de transferencia establecido en el régimen de las FSC, la CE solicitó el 18-11-97 consultas en la OMC basadas en el art. 4 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) y en el art. 4 del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC). Posteriormente en marzo de 1998 la CE pidió que las consultas se extendieran al art. 19 del Acuerdo de Agricultura.



COLABORACIONES

Tras tres rondas de consultas, en las que quedó claro la escasa disposición del Gobierno de EE UU a modificar el trato fiscal favorable concedido por su legislación a estas sociedades de ventas en el extranjero, el 1 de julio de 1998 la CE solicitó el establecimiento de un panel basándose en los siguientes artículos: Art. 6 del ESD, art. 4 del ASMC, art. 19 del Acuerdo de Agricultura y art. XXIII del GATT 94. A esta petición de la CE se unieron como terceros, Barbados, Canadá y Japón.

2. Conclusiones del grupo especial

El día 17 de septiembre de 1999 el panel distribuyó el informe definitivo a las dos partes. El informe del panel condena el régimen de las FSCs en su totalidad. Considera que EE UU ha vulnerado sus obligaciones bajo el art. 3.1.a) del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias, al otorgar o mantener subvenciones a la exportación que dicho artículo prohíbe. Asimismo establece que ha violado sus obligaciones bajo el art. 3.3 del Acuerdo sobre Agricultura y consecuentemente de sus obligaciones bajo el art. 8 de dicho acuerdo, al otorgar subvenciones a la exportación en exceso de las cantidades especificadas en la oferta de EE UU con respecto al trigo, así como a todos los demás productos agrícolas subsidiados aunque no hubieran estado incluidos en su oferta. En consecuencia, y debido a que EE UU ha anulado o menoscabado los beneficios derivados para las Comunidades europeas de la existencia de dichos artículos, se exige la retirada de las subvenciones incluidas en el sistema FSC, sin ninguna demora.

Asimismo el panel determina que dado que el año fiscal de EE UU comienza el 1 de octubre de 1999 y que el panel considera que EE UU está actuando de buena fe, los beneficios de las FSC deben suspenderse con efecto 1 de octubre del año 2000.

3. Argumentaciones de las partes

En el panel se han producido varios debates interesantes, que afectan tanto a temas de procedimiento como a asuntos de fondo relacionados con la compatibilidad del régimen fiscal con el

Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC (ASMC).

3.1. Cuestiones de Procedimiento

Los debates sobre el procedimiento se han centrado en cuatro aspectos: la evidencia disponible, la idoneidad de la OMC para dirimir conflictos fiscales, la especificidad de la petición de la Comunidad, y la amplitud de la legislación sobre la que el panel debía realizar el examen.

EE UU se quejaba de que, como la CE no incluyó, en su solicitud de consultas previa al panel, una declaración sobre la evidencia disponible de la existencia y naturaleza de la subvención en cuestión, el panel no podía pronunciarse sobre el régimen fiscal americano. El panel no aceptó la argumentación de EE UU y ha dado la razón a la CE diciendo que tanto la base legal como las pruebas presentadas por la Comunidad, consistentes en numerosa documentación accesible al público, son suficientes.

Uno de los aspectos más interesantes abordados en el panel ha sido el del foro fiscal más apropiado para debatir sobre las ventajas concedidas por este régimen fiscal. EE UU basaba su razonamiento en que su interpretación de la nota a pie de página 59 del ASMC obligaba a utilizar primero los mecanismos de solución de diferencias de los acuerdos bilaterales de doble imposición o de la OCDE antes de poder abordar el conflicto en la OMC. El panel ha considerado que la OMC puede pronunciarse sobre las exenciones fiscales que supongan una subvención a la exportación sin tener que pasar primero por las otras dos vías.

Al plantearse la especificidad o no de la petición de panel por parte de la Comunidad, EE UU argumentó que la CE había incumplido el art. 6.2 del Entendimiento de Solución de Diferencias, que obliga a identificar las medidas fiscales en disputa, por considerar que la Comunidad no listaba los productos agrícolas afectados por el régimen de las FSCs. El panel de nuevo dio la razón a la CE considerando que la solicitud se ajustaba a las disposiciones del art. 6.2 y no hay por qué suministrar la lista de todos los productos afectados.



COLABORACIONES

El último aspecto contestado por EE UU en temas de procedimiento fue el de la insuficiente identificación de las medidas que configuran el régimen de las FSCs. EE UU afirmaba que, como la petición de panel por parte de la Comunidad no identificaba las medidas legales relacionadas con el *Internal Revenue Code* (IRC) referentes a las FSCs, las secciones 921-927 del IRC y otras medidas legales relacionadas, el panel no podía pronunciarse sobre la totalidad del régimen. El panel no aceptó esta argumentación y ha examinado las secciones 921-927.

3.2. *El carácter de subvención prohibida*

En lo sustantivo, la Comunidad alegó en primer lugar el incumplimiento del artículo 3 del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias, que prohíbe las subvenciones a la exportación. La Comunidad defendía que EE UU también había incumplido sus compromisos de reducción de subvenciones a la exportación de productos agrícolas estipulados en el Acuerdo sobre Agricultura de la OMC.

En los casos en que existe queja de una parte por incumplimiento del ASMC se empieza analizando si existe o no subvención, para acabar catalogándola como no recurrible, recurrible o prohibida, que son las tres categorías de ayudas establecidas por el Acuerdo.

El primer apartado del análisis realizado por el panel está dedicado a ver si existe o no contribución financiera del gobierno de EE UU, en el sentido del art. 1.1 del ASMC. Es decir, se trata de comprobar si EE UU deja de percibir ingresos públicos que recaudaría en caso de no existir el régimen de las FSCs. El debate que pretendía encauzar EE UU por la vía de la defensa del derecho de los países a gravar o no la renta exterior de las empresas, se cierra con un pronunciamiento del panel centrado en que, al gravar el sistema fiscal de EE UU todas las rentas de las empresas norteamericanas, tanto las obtenidas en su territorio como las obtenidas fuera de él, y al dejar exenta la renta obtenida en el exterior por las empresas acogidas al régimen de las FSCs, existe una menor recaudación impositiva y por tanto existe contribución financiera del gobierno.

EE UU alegó también en su defensa que nin-

gún Miembro de la OMC está obligado a gravar la renta atribuible a la actividad económica en el exterior en virtud de la nota 59 a la lista ilustrativa de subvenciones a la exportación del anexo I del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias. El panel concluyó que si, por la existencia de una deducción fiscal como las de las FSCs, un Miembro decide no gravar la renta derivada de la actividad económica exterior, no recauda ingresos públicos que en otro caso se percibirían, reafirmando en la conclusión anterior de que se trata de subvenciones.

Aún reconociendo que la aplicación del esquema de las FSC puede no siempre resultar en un trato fiscal más favorable para las empresas, sin embargo el panel avanza en su razonamiento indicando que al poder elegir libremente cualquier empresa en cada año fiscal si se acoge al trato fiscal favorable proporcionado por las FSC o no, si decide acogerse a este régimen es porque la empresa va a ahorrar impuestos. La cantidad no recaudada en 1995 por esta exención fue de 1.400 millones de dólares, como reconoce la contribución de EE UU al informe de la OCDE sobre gastos fiscales.

El panel dictaminó que, como en su razonamiento ya demostró la existencia de contribución financiera, queda probada la existencia de un beneficio para las empresas, que según las fuentes del departamento de Comercio puede suponer del 15 al 30 por 100 de la renta bruta de la exportación de las empresas acogidas al régimen. Al haber determinado que existe contribución financiera del gobierno y beneficio para las empresas, el panel concluye que existe subvención.

Una vez determinada la existencia de subvención, el panel examina si se trata de una subvención a la exportación, como reclamaba la Comunidad, o no. El panel concluye que el régimen fiscal favorable de las FSCs está supeditado a los resultados de exportación y es, por tanto, una subvención prohibida por el art. 3 del ASMC, porque se aplica sólo a la renta comercial extranjera, es decir a la obtenida por las empresas norteamericanas acogidas al régimen, derivada de la venta o alquiler de propiedad de exportación o el suministro de servicios a la exportación. La existencia de tal renta de exportación depende directamente



COLABORACIONES

de la exportación de bienes americanos o de la percepción de la renta de servicios relacionados con la exportación de mercancías norteamericanas. La transacción típica es la de la venta de un bien o el suministro de un servicio vía una filial de la empresa norteamericana establecida en un paraíso fiscal bajo soberanía de EE UU. En definitiva, el panel considera que se trata de una subvención prohibida.

Uno de los razonamientos de EE UU para la creación del régimen de las FSCs es el de que se había establecido para compensar la ventaja concedida a las empresas exportadores por los sistemas territoriales europeos, que gravan sólo la renta de las empresas obtenidas en su propio territorio. EE UU pedía que, si se condenaba a las FSCs, había que condenar las disposiciones fiscales de una serie de países europeos, pues el sistema se instauró para hacer semejante el sistema norteamericano al de los países europeos. El panel ha considerado que no tenía mandato para pronunciarse más que sobre el carácter de las exenciones fiscales establecidas por el régimen de las FSCs.

Existe un apartado del régimen de las FSCs que el panel ha considerado que no debía examinar de manera independiente y es el del sistema especial de precios de transferencia para las empresas acogidas al régimen FSC. Dado su carácter opcional, las empresas pueden decidir o no acogerse a los precios de transferencia especiales, que incumplen con el principio del arm's length de la OCDE, los precios de transferencia deben ser los equivalentes a los que se den entre dos empresas independientes. Ya que forman parte del total de la legislación condenada, el panel considera que al condenar el sistema de exenciones que conceden las FSC en general no necesita pronunciarse sobre esta parte, ni sobre la consistencia o no de la regla de los precios de transferencia con las disposiciones del ASMC.

Por último, al analizar la compatibilidad del régimen de las FSCs con el Acuerdo sobre Agri-

cultura (AA) de la OMC, el panel ha dado la razón a la CE considerando que los beneficios concedidos a las FSCs agrícolas son inconsistentes con los artículos 3.3 y 8 del AA, que tratan sobre la prohibición de subvenciones a la exportación por encima de los compromisos establecidos en el Acuerdo sobre Agricultura, tanto para los productos para los que EE UU había presentado compromisos de reducción de exportaciones, como el trigo, como para los que no. Al no existir una definición de subvención en el Acuerdo sobre Agricultura el panel recurre a la del Acuerdo de Subvenciones. Y como ya dictaminó que el régimen de las FSCs concedía una subvención a la exportación de los productos industriales concluye que también son subvenciones a la exportación de los productos agrícolas, tanto de los listados como de los que no lo están. Como la Comunidad solo presentó cifras sobre las exportaciones de trigo norteamericanas, el panel concluye que EE UU ha incumplido sus compromisos de reducción de subvenciones a la exportación para ese producto. En definitiva, que también existe vulneración del Acuerdo sobre Agricultura.

4. Conclusiones

Dado que las subvenciones concedidas por el régimen son muy elevadas, y que un gran número de empresas exportadoras norteamericanas se benefician de él, resulta bastante probable que EE UU recurra el dictamen del panel ante el Organismo de Apelación de la OMC. La CE se personará en la apelación, tratando de defender los aspectos en que ha sido condenado EE UU, para evitar que el régimen de las FSCs siga otorgando beneficios a las empresas norteamericanas.

Tras el dictamen del Organismo de Apelación, cuyo procedimiento dura 90 días, si EE UU es condenado deberá modificar su legislación y ponerla en conformidad con las normas de la OMC en el plazo máximo fijado por el panel, que termina el 1 de octubre del año 2000.



COLABORACIONES