

**EJERCICIOS SOBRE COMPETENCIA FISCAL
PERJUDICIAL EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA Y
DE LA OCDE: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS**

Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo
Inspectora de Hacienda del Estado
Dirección General de Tributos

DOC. N.º 4/01

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES
 - 2.1. Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas de la UE
 - 2.2. Informe sobre competencia fiscal perjudicial de la OCDE
3. SEMEJANZAS ENTRE EL EJERCICIO DE LA UE Y EL DE LA OCDE: IDÉNTICO OBJETIVO
4. DIFERENCIAS ENTRE EL EJERCICIO DE LA UE Y EL DE LA OCDE
 - 4.1. Institucionales
 - 4.2. De ámbito territorial
 - 4.3. De ámbito objetivo (materialmente)
 - 4.4. De ámbito objetivo (geográficamente)
 - 4.5. De definición del régimen fiscal perjudicial
5. PROCEDIMIENTO DE TRABAJO
6. CRITERIOS UTILIZADOS POR LA UE Y LA OCDE EN LA EVALUACIÓN
 - 6.1. Evaluación de los regímenes fiscales preferenciales en los estados miembros
 - 6.2. Evaluación de los territorios dependientes y asociados de los estados miembros
7. PRIMEROS RESULTADOS DE LOS EJERCICIOS SOBRE COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL
8. ACTUACIÓN DE LOS GRUPOS DE TRABAJO TRAS LA PUBLICACIÓN DE LOS INFORMES
9. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es analizar los ejercicios desarrollados en la Unión Europea y en la OCDE en materia de competencia fiscal perjudicial.

Estudiaremos los antecedentes del Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas de la Unión Europea y del Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial de la OCDE. Comprobaremos que ambos ejercicios persiguen un idéntico fin, pero que presentan diferencias en el modo de conseguirlo.

Tras estudiar el procedimiento utilizado por los grupos de trabajo creados: Grupo del Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas en la Unión Europea y Foro sobre Competencia Fiscal Perjudicial en la OCDE, analizaremos los primeros frutos de dichos trabajos: lista sobre regímenes fiscales perjudiciales en la Unión Europea y listas de paraísos fiscales y de regímenes fiscales perjudiciales en la OCDE.

Por último, veremos qué camino están siguiendo ambos grupos de trabajo, tras la publicación de las famosas listas.

2. ANTECEDENTES

2.1. Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas de la UE

La Comisión (por iniciativa del Comisario Monti¹) presentó un documento denominado “La fiscalidad en la Unión Europea”² al Consejo ECOFIN informal³ de Verona de 13 y 14 de abril de 1996. Planteaba tres grandes desafíos de la Política fiscal en la UE:

1. Estabilización de los ingresos fiscales de los Estados miembros.
2. Correcto funcionamiento del mercado interior.
3. Fomento del empleo.

El documento reconocía que “la competencia desleal en el ámbito fiscal constituye un motivo de preocupación” y que “la degradación de los sistemas fiscales se produce a través de la erosión de la base de imposición provocada tanto por la competencia fiscal (transferencia de bases tributarias a otros países), como por el desarrollo de la economía sumergida (transferencia de bases tributarias al mercado negro)”. Así mismo, el documento hacía hincapié en el hecho de que los siste-

1 Por aquel entonces Comisario de Fiscalidad. En la actualidad, es el Comisario de Competencia.

2 *Documento SEC (96) 487 final de 20-3-1996.*

3 Los Consejos informales, a diferencia de los “formales”, se caracterizan porque no existe orden del día y tampoco se publican actas de las reuniones. Pretenden ser Consejos en los que los Ministros (en el caso del ECOFIN, Ministros de Economía y Finanzas) deliberen con mayor libertad sobre determinados asuntos. Cada Presidencia de turno de la UE suele convocar un Consejo ECOFIN informal durante su mandato.

mas fiscales de los Estados miembros habían sufrido un cambio estructural “la carga impositiva se ha desplazado hacia la base imponible menos móvil –el trabajo– a fin de compensar las pérdidas fiscales ocasionadas por la erosión de otras bases que disfrutaban de mayor movilidad”.

Por último, el documento planteaba la necesidad de una mayor coordinación fiscal⁴ a nivel europeo. La Comisión, atendiendo plenamente al principio de subsidiariedad, estudiaría y presentaría soluciones a aquellos problemas que los Estados miembros no pudieran resolver por separado.

En el ECOFIN de Verona se tomó la decisión de crear un grupo de alto nivel compuesto por representantes personales de los Ministros de Finanzas, bajo la presidencia del Comisario Monti⁵. A este grupo se le conoce con el nombre de “Grupo de Política Fiscal” o popularmente como “Grupo Monti”. Este Grupo analizaría en profundidad (desde una perspectiva técnica y política) las cuestiones fiscales.

Como resultado de las diversas reuniones del Grupo salió a la luz el documento “La fiscalidad en la Unión Europea : Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios”⁶. En materia de competencia fiscal⁷, el documento reconoce que la amenaza de una competencia perjudicial para captar los ingresos generados por actividades móviles a escala internacional influye en la elaboración de la política fiscal de forma distinta dependiendo de los países. Así mismo, que no existe una definición uniforme y objetiva de lo que constituye una medida desleal. El documento indica que “muchos delegados del Grupo se declararon a favor de que las iniciativas destinadas específicamente a restringir o eliminar la competencia desleal en este ámbito siguiesen adelante, en conexión con los trabajos que se están llevando a cabo en la OCDE”.

El documento indica que “la Comisión desea poner de relieve que toda propuesta de intervención comunitaria en materia de fiscalidad ha de ajustarse a los principios de solidaridad y proporcionalidad” y que “la Comisión no persigue una armonización de los sistemas tributarios como un fin en sí mismo, sino que es partidaria de un planteamiento pragmático y realista que permita combatir mejor la pérdida de soberanía fiscal que han venido experimentando los Estados miembros en beneficio de los mercados”.

En relación con el problema de la competencia fiscal, el documento indica que “la Comisión adoptará una serie de iniciativas destinadas a:

- alcanzar un acuerdo general sobre los tipos de medidas que resultan perjudiciales en un contexto comunitario;
- definir normas comunes en toda una serie de ámbitos (“Código de buena conducta”);
- establecer una mayor coordinación de las medidas que adopten las autoridades fiscales de los Estados miembros con vistas a impedir que la competencia fiscal resulte perjudicial para el interés común;
- intensificar la cooperación entre las autoridades fiscales en la lucha común contra el fraude y la evasión”.

4 Coordinación fiscal que según el documento de la Comisión se había visto frenada por dos grandes obstáculos:

- las normas para la adopción de decisiones en materia fiscal : regla de la unanimidad.
- la falta de perspectiva global que permitiera ver los inconvenientes económicos y sociales que supone la no adopción de decisiones.

5 En España, a este grupo asiste el Secretario de Estado de Hacienda.

6 *Documento Com* (96) 546 final de 22.10.1996.

7 Puntos 3.12 a 3.15 del citado documento.

El Grupo siguió reuniéndose durante 1997 y bajo la Presidencia luxemburguesa se celebró, en septiembre de 1997, el Consejo ECOFIN informal de Mondorf-les Bains, donde el ECOFIN invitaba a la Comisión a presentar un Paquete de medidas fiscales. La Comisión respondió con dos comunicaciones de 1 de octubre y de 5 de noviembre donde proponía las medidas que cabría incluir en el "Paquete".

Con todos estos antecedentes, la aprobación del Paquete de medidas fiscales para luchar contra la competencia fiscal perjudicial se realiza en el Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997⁸. Dicho Paquete de medidas está constituido por el Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas, la propuesta de Directiva sobre los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas, y la propuesta de Directiva destinada a garantizar un mínimo de imposición efectiva dentro de la Comunidad de los rendimientos del ahorro en forma de intereses⁹.

2.2. Informe sobre competencia fiscal perjudicial de la OCDE

En mayo de 1996, los Ministros de los países miembros de la OCDE pidieron a esta organización "desarrollar medidas para contrarrestar las distorsiones introducidas por la competencia fiscal perjudicial en las decisiones de inversión y financiación y sus consecuencias para las bases imponibles a nivel nacional, y rendir un informe en 1998".

Esta petición fue avalada por los países del G-7 en la Cumbre de Lyon de 1996. En respuesta a la petición realizada por los Ministros, el Comité de Asuntos Fiscales (CFA) de la OCDE creó las "Sesiones Especiales de Competencia Fiscal". El primer resultado de dichos trabajos fue el "Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial: un problema mundial" adoptado por el Comité de Asuntos Fiscales el 20 de enero de 1998, aprobado por el Consejo de la OCDE el 9 de abril de 1998 y sometido a los Ministros en su encuentro, los días 27 y 28 de abril de 1998¹⁰. En adelante, nos referiremos a este informe como el Informe de abril de 1998.

Este informe incluye como Anexo I una Recomendación en relación con la lucha contra la competencia fiscal perjudicial, destinada a los Gobiernos de los países miembros. Dicha Recomendación, en realidad, consta de 19 recomendaciones destinadas a combatir la competencia fiscal perjudicial a través de medidas unilaterales (vía legislación doméstica), bilaterales (vía convenios para evitar la doble imposición) y multilaterales (vía OCDE, en concreto a través de la creación de un grupo de trabajo que analice las prácticas fiscales perjudiciales: el Foro de Competencia Fiscal Perjudicial).

3. SEMEJANZAS ENTE EL EJERCICIO DE LA UE Y EL DE LA OCDE: IDÉNTICO OBJETIVO

Como hemos dicho al inicio del presente trabajo, el ejercicio del Código de Conducta en la Unión Europea y el del Foro de Competencia Fiscal Perjudicial en la OCDE persiguen un idéntico objetivo: la lucha contra la competencia fiscal perjudicial.

8 Las Conclusiones del Consejo ECOFIN se encuentran publicados en el *DOCE* serie C2, de 6 de enero de 1998. Véase además, la corrección de errores de las Conclusiones del Consejo ECOFIN, de 1 de diciembre de 1997, sobre política fiscal: *DOCE* serie C59, de 25 de febrero de 1998.

9 Conocida popularmente como "Directiva del ahorro".

10 Este informe ha sido publicado por la OCDE. La versión inglesa es de 1998 y la española es de 2000. También resulta accesible en Internet en la página web de la OCDE: www.oecd.org.

La competencia fiscal es una consecuencia lógica de la práctica ausencia hoy en día de fronteras comerciales y financieras. El desarrollo de las nuevas tecnologías y la expansión de las empresas multinacionales hacen posible que las empresas busquen nuevas localizaciones en países distintos. Y, en consecuencia, los Estados compiten entre sí por atraer a su territorio “nuevas bases imponibles”.

Esta competencia fiscal no tiene por qué ser en principio negativa. De hecho, en los años ochenta, precisamente, esta competencia fiscal promovió la reforma de los sistemas fiscales de los países occidentales, disminuyendo los tipos aplicables y aumentando las bases imponibles, por lo que los sistemas fiscales han ganado en una mayor neutralidad.

Sin embargo, junto con esta competencia fiscal “buena” existe otra no tan buena, una competencia fiscal claramente perjudicial, en la que los Estados “se ofrecen” como territorios de baja tributación con el fin de atraer empresas, empresas que deciden localizarse en ese preciso país única y exclusivamente por motivos fiscales. Los Estados que no adoptan una postura inicial tan “agresiva” se ven abocados, finalmente, a defender sus bases imponibles reduciendo, a su vez, sus niveles de impuestos. Conclusión: se produce una “armonización” de los sistemas fiscales pero “a la baja”. Es lo que los anglosajones denominan *race to the bottom*.

En este contexto, la pregunta que nos surge inmediatamente es ¿cómo van a financiar los Estados los servicios públicos que suministran si cada vez obtienen menos ingresos? La respuesta es: aumentando los impuestos sobre los factores menos móviles (rentas del trabajo, con las negativas consecuencias que esto tiene en el mercado laboral) y aumentando los impuestos sobre el consumo (con los correlativos efectos de falta de equidad).

Conscientes, como hemos visto en el apartado dedicado a los antecedentes, la Unión Europea y la OCDE de los resultados tan negativos que produce la competencia fiscal perjudicial, decidieron ponerle freno a través de sus respectivos ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial.

4. DIFERENCIAS ENTE EL EJERCICIO DE LA UE Y EL DE LA OCDE

4.1. Institucionales

La Unión Europea dispone, en general, de unos mecanismos más eficaces para llevar a la práctica sus decisiones. La UE puede adoptar instrumentos de carácter jurídico: Directivas, Reglamentos, etc. Además, cuenta con mecanismos de control: los ejercidos por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y por la Comisión Europea.

La OCDE, como organismo internacional tiene capacidad, en virtud del artículo 5 de su convenio constitutivo¹¹, para dictar Decisiones y Recomendaciones. Las Decisiones son obligatorias para los Estados miembros. Las Recomendaciones no tienen tal carácter¹². Centrándonos en las Re-

11 Convenio firmado en París el 14 de diciembre de 1960 y en vigor desde el 30 de septiembre de 1961. España es miembro originario de la OCDE.

12 La Regla 18 del Reglamento de Procedimiento de la OCDE establece que las Decisiones son obligatorias para los Estados miembros, que las llevarán a la práctica, una vez cumplidos sus respectivos trámites constitucionales. Así mismo, indica que las Recomendaciones se presentarán a los Estados miembros para que las lleven a la práctica si lo consideran oportuno.

comendaciones (que es lo que contiene el Informe de abril de 1998), cabe indicar que toda su “fuerza” se basa en el compromiso político asumido por los Estados al adoptarlas.

No obstante lo anterior, el instrumento elegido para el Código de Conducta no reviste tampoco naturaleza jurídica. Se trata de una Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo. No se trata, por tanto, de un acto jurídico derivado del Consejo (como una Directiva, un Reglamento, etc.) sino de un compromiso político. Lo que popularmente se conoce como un “pacto entre caballeros”.

Este carácter se recoge en la propia Resolución donde se indica que “Destacando que el Código de Conducta es un compromiso político y que, por tanto, no influye en los derechos y obligaciones de los Estados miembros ni en las competencias respectivas de los Estados miembros y de la Comunidad tal y como se derivan del Tratado”.

Así mismo, el párrafo A del Código indica que “Sin perjuicio de las competencias respectivas de los Estados miembros y de la Comunidad”.

La razón por la que el Código de Conducta no ha adoptado una forma jurídica parece ser (aparte de la reticencia de algunos Estados miembros a verse vinculados jurídicamente y, por tanto, en caso de incumplimiento, ser llevados ante el Tribunal de Luxemburgo¹³), que la materia objeto del Código no es una competencia atribuida a la Comunidad por los Estados miembros.

El artículo 94 del Tratado de las Comunidades Europeas¹⁴, que es la disposición que sirve como base jurídica para “armonizar” la imposición directa, indica que: “El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento y funcionamiento del mercado común”.

El Código de Conducta tiene como objetivo la lucha contra la competencia fiscal perjudicial con el fin de reducir las distorsiones que todavía existen en el mercado único, pero también con el fin de evitar pérdidas demasiado importantes de ingresos fiscales y de orientar las estructuras fiscales de modo que favorezcan el empleo¹⁵. Por tanto, el objetivo del Código: la lucha contra la competencia fiscal perjudicial, aunque incide en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, va más allá. Por consiguiente, estamos ante una materia de competencia no exclusiva de la Comunidad, sino concurrente con la de los Estados miembros. De ahí, que el instrumento elegido haya sido una Resolución conjunta. Estas Resoluciones tienen como finalidad fijar las líneas de actuación comunitarias y de los Estados miembros en un sector determinado¹⁶.

Resulta también importante recordar que el Código forma parte de un Paquete de medidas del que también forman parte la Directiva del ahorro y la Directiva de intereses y cánones. Todos los Estados miembros han estado de acuerdo en que los tres elementos del Paquete han de aprobar-

13 El Código de Conducta no puede ser objeto de un control de legalidad, o servir de base de referencia para el control de legalidad de los actos de las instituciones (salvo cuando constituyen su fundamento) y tampoco puede ser objeto de una interpretación prejudicial, puesto que no existe disposición alguna especial para tal fin en la resolución. Como indica Susana Bokobo Moiche en “Código de Conducta fiscal en el ámbito de las empresas: La armonización de la fiscalidad directa en la Unión Europea” *Crónica Tributaria* núm. 93/2000.

14 En la versión de Amsterdam (la redacción de este artículo ha permanecido inalterada en Niza).

15 Como se indica en las propias Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 (*DOCE* de 6 de enero de 1998).

16 Como indica Luz Ruibal Pérez en “Código de Conducta para la fiscalidad de las empresas” (*Noticias de la UE*, núm. 179, 1999).

se conjuntamente y que, por tanto, los tres dossiers deben avanzar en paralelo. El gran acierto del Comisario Monti fue vincular los tres elementos, de forma que las pérdidas que un Estado miembro (individualmente considerado) pudiera experimentar como consecuencia de la aprobación de un elemento se vieran “compensadas” por las ganancias que pudiera obtener por la aprobación de otro elemento del Paquete.

4.2. De ámbito territorial

La OCDE engloba 30 países (con la reciente adhesión de la República Eslovaca), entre los que destacan los 15 socios comunitarios, Estados Unidos, Canadá, Japón y Australia.

Sin embargo, a pesar del mayor alcance geográfico del ejercicio de la OCDE, hay que destacar que Suiza y Luxemburgo se abstuvieron en la aprobación del “Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial: un problema mundial” (el Informe de abril de 1998) y en la adopción de la Recomendación (que, en realidad, son 19). Por tanto, políticamente el Informe y sus Recomendaciones vinculan a los 27 Estados miembros que lo aprobaron¹⁷.

Las razones para dichas abstenciones se recogen en las declaraciones que realizaron estas delegaciones en el Consejo de la OCDE de 9 de abril de 1998 y que aparecen como Anexo II al “Informe sobre Competencia Fiscal: un problema mundial”. Básicamente, la razón fundamental es la limitación, como veremos a continuación, del trabajo de la OCDE a la actividad financiera (excluyendo las industriales y comerciales) dando la impresión, según palabras de la delegación luxemburguesa, “de que su propósito no es tanto la lucha contra la competencia fiscal perjudicial, donde ésta exista, sino el de abolir el secreto bancario”.

El trabajo de la Unión Europea cuenta con la aprobación de Luxemburgo (recordemos que Suiza no forma parte de la UE) porque precisamente, como veremos a continuación, el Código de Conducta se refiere a medidas fiscales que afectan tanto a la actividad financiera como a la actividad real.

4.3. De ámbito objetivo (en su sentido material)

El ejercicio de la OCDE es más limitado que el de la Unión Europea, porque las actividades analizadas en la OCDE son aquéllas con alto riesgo de deslocalización, básicamente actividades financieras y de servicios, mientras que el Código de Conducta estudia también las actividades económicas reales.

El párrafo 6 del Informe del Comité de Asuntos Fiscales, de abril de 1998: “Competencia Fiscal Perjudicial: un problema mundial” establece que dicho informe se centra “en las actividades geográficamente móviles, tales como actividades financieras y otro tipo de servicios, incluyendo la prestación de servicios intangibles. Los incentivos fiscales diseñados para atraer inversión en planta, construcción y equipo han sido excluidos, aunque se reconoce que la distinción entre regímenes dirigidos a servicios financieros y otros por un lado, y a manufactura y servicios similares por el otro, no es siempre fácil de aplicar. El Comité pretende explorar este tema en el futuro...”.

Sin embargo, el párrafo 12 excluye del objeto del Informe sobre Competencia Fiscal y, por ende, de los trabajos del Foro sobre esta cuestión, el tratamiento fiscal de los instrumentos de

¹⁷ Los Estados de la OCDE pueden también ejercer su derecho de veto en la adopción de decisiones por la OCDE, de tal manera que tales decisiones no pueden ser aprobadas. Tanto Suiza como Luxemburgo optaron por abstenerse y así “permitir” que el Informe y las Recomendaciones se aprobaran y vincularan al resto de Estados.

ahorro transfronterizo, particularmente los depósitos bancarios, aunque este tema será objeto de estudio en el futuro¹⁸.

En el ejercicio de la UE, se analizan, según el párrafo A del Código, todas “las medidas que influyen o pueden influir de manera significativa en la radicación de la actividad empresarial de la Comunidad. El concepto de actividad empresarial incluye todas las actividades desarrolladas dentro de un grupo de empresas”.

Resulta necesario resaltar que en ambos casos, los regímenes estudiados se refieren únicamente a los impuestos directos (en particular, sobre la renta).

4.4. De ámbito objetivo (en su sentido geográfico)

Por otro lado, el ejercicio de la OCDE es más ambicioso, dado que la Unión Europea sólo ha analizado los regímenes fiscales perjudiciales existentes en su territorio (incluyendo territorios dependientes y asociados), mientras que la OCDE no sólo ha establecido una lista de regímenes fiscales perjudiciales en los países miembros de la OCDE, sino que también ha elaborado una lista de jurisdicciones no miembros de la OCDE y de territorios dependientes o asociados de países OCDE que son considerados paraísos fiscales. Además, la OCDE prevé extender su ejercicio a las economías no miembros, por lo que el ejercicio adquirirá un carácter “universal”.

Tratamiento de los terceros países en el ejercicio de la UE y de la OCDE

En el Código de Conducta esta cuestión es tratada en su párrafo M: “El Consejo considera muy conveniente que los principios destinados a eliminar las medidas fiscales perniciosas se adopten en un marco geográfico lo más amplio posible. Con tal fin, los Estados miembros se comprometen a promover su adopción en los terceros países”.

El Código de Conducta, consciente de que no puede “obligar” más allá del territorio de la UE, establece la conveniencia de extender sus principios a terceros países. Es la denominada “dimensión exterior” del Código.

La OCDE plantea, como decíamos, un ejercicio “universal”. Por un lado, en la lista de paraísos fiscales se encuentran ya jurisdicciones soberanas no miembros de la OCDE (Andorra, Liechtenstein, Mónaco, etc.). Por otro lado, en el Informe de abril de 1998 dedica los puntos 13 a 15 y la última recomendación (la número 19) al diálogo con terceros países. El Informe de junio de 2000, que constituye el “primer resultado” de los trabajos de la OCDE, va más allá dedicando su capítulo IV a la cuestión de las economías no miembros. A esta cuestión, la OCDE está consagrando, en la actualidad, muchos esfuerzos: organizando seminarios regionales, participando en las reuniones de los organismos internacionales (CIAT, IOTA, etc.) e incluso llevando a cabo misiones centradas hasta el momento en dos áreas geográficas: América Latina y el Sudeste Asiático. La idea es asociar a estos terceros países a los principios del Informe de abril de 1998, para que asuman el compromiso de “revisar” sus sistemas fiscales, con el fin de eliminar aquellos regímenes que sean susceptibles de causar competencia fiscal perjudicial.

18 El mencionado párrafo 12 indica que “el Comité (se refiere al CFA) está examinando la posibilidad de desarrollar propuestas para tratar los flujos de intereses transfronterizos, incluyendo el uso de la retención de impuestos, así como el intercambio de información”. Es necesario recordar que esta cuestión constituye el objeto de la Directiva del ahorro (uno de los tres elementos integrantes del “Paquete Fiscal”).

Tratamiento de los territorios dependientes y asociados en el ejercicio de la UE y de la OCDE

El Código indica también en su párrafo M que los Estados miembros que cuenten con tales territorios “se comprometen, en el marco de sus disposiciones constitucionales, a velar por la aplicación de dichos principios en sus territorios”.

Esta obligación se ha traducido en que los sistemas fiscales de los territorios dependientes o asociados¹⁹ han sido estudiados por el Grupo del Código de Conducta y que las medidas consideradas fiscalmente perjudiciales han sido incluidas en la lista que figura en el Informe que el Grupo del Código de Conducta rindió al Consejo ECOFIN de 29 de noviembre de 1999 (el llamado “Informe Primarolo”, por el nombre de la Presidenta del citado Grupo). Sin embargo, la expresión “en el marco de sus disposiciones constitucionales” arroja dudas sobre el nivel de compromiso “real” asumido por los Estados miembros con territorios dependientes o asociados²⁰ en relación con el desmantelamiento de las medidas incluidas en la citada lista²¹.

En el ejercicio de la OCDE, los territorios dependientes o asociados de los Estados miembros han sido analizados, como hemos dicho, junto con jurisdicciones soberanas (Andorra, Liechtenstein, San Marino, etc.) con el fin de comprobar si cumplían o no los criterios para ser considerados paraísos fiscales.

Por tanto, los territorios dependientes y asociados de los Estados miembros de la OCDE (USA, Reino Unido, Países Bajos, Nueva Zelanda) han quedado fuera del ejercicio relativo a los Estados miembros. Esta cuestión ha sido fuertemente criticada por algunas delegaciones (incluyendo la española). Luxemburgo, en la declaración que realizó en el Consejo de la OCDE de 9 de abril de 1998²², se refiere a esta cuestión expresamente: “Resulta esencial que los países con dependencias territoriales contribuyan activamente a que estos territorios no queden de hecho exentos de la lucha contra la competencia fiscal perjudicial. De manera similar, la competencia fiscal perjudicial resultante de lazos especiales que un país mantiene con paraísos fiscales no puede quedar sin obligaciones. Estos problemas no están suficientemente cubiertos por el Informe”.

4.5. De definición del régimen fiscal perjudicial

En primer lugar, es necesario precisar que el Código de Conducta utiliza los mismos criterios (incluidos en su párrafo B) para evaluar los regímenes fiscales en los Estados miembros y en sus territorios dependientes y asociados.

19 En el seno de la UE, Gibraltar no es un territorio dependiente o asociado del Reino Unido, sino un territorio respecto al cual el Reino Unido asume la responsabilidad a nivel internacional (artículo 299.4 del TCE, redacción de Amsterdam). En la OCDE, por el contrario, Gibraltar ha sido considerado un territorio ultramarino del Reino Unido (*overseas territory of the United Kingdom*) y no como parte integrante del Reino Unido a la hora de analizar su régimen fiscal. Gibraltar aparece así en la lista de paraísos fiscales y sus regímenes preferenciales no aparecen como regímenes preferenciales del Reino Unido.

20 Aunque se listaron medidas existentes en territorios dependientes o asociados de Portugal (por ejemplo, Macao), Dinamarca (por ejemplo, Groenlandia), Francia (por ejemplo, Polinesia francesa), sólo se condenaron medidas de territorios dependientes o asociados del Reino Unido (Islas Vírgenes británicas, Guernsey, Jersey, Isla de Man) y de Países Bajos (Aruba y Antillas holandesas). El hecho de que no aparezcan como condenadas medidas de las Islas Bermudas y las Islas Caimán (pertenecientes ambas al Reino Unido) se debe a que el Grupo del Código no estudió los sistemas fiscales que no establecen imposición sobre las sociedades, dejando dicho estudio al Grupo de Política Fiscal. Así se establece en el párrafo 27 del Informe Primarolo.

21 El Reino Unido, país con bastantes territorios dependientes o asociados (Isla de Man, Islas del Canal, Islas Bermudas, Islas Caimán, etc.) siempre ha alegado que estos territorios gozan de soberanía fiscal y que, por tanto, el Gobierno británico no puede interferir en las competencias propias de los Parlamentos de estos territorios. Esta “doble moral” del Reino Unido, presentándose como gran adalid de la lucha contra la competencia fiscal perjudicial y, por otra, cuanto menos, tolerando ésta en sus territorios dependientes o asociados, ha sido fuertemente criticada.

22 Declaración que aparece como Anexo II al Informe de abril de 1998.

La OCDE utiliza unos criterios (incluidos en los párrafos 53 a 56 del Informe de abril de 1998) para determinar si una jurisdicción puede o no ser considerada paraíso fiscal y otros (incluidos en los párrafos 60 a 79 del Informe de abril de 1998) para determinar si un régimen fiscal existente en un Estado miembro puede o no ser considerado perjudicial.

Por tanto, la comparación de los criterios utilizados por la UE y por la OCDE exige, por un lado, comparar, para los regímenes fiscales preferenciales existentes en los Estados miembros, los criterios del párrafo B del Código de Conducta con los criterios de los párrafos 60 a 79 del Informe de abril de 1998 y, por otro lado, para los territorios dependientes y asociados de los Estados miembros, comparar los criterios del párrafo B del Código de Conducta con los criterios de los párrafos 53 a 56 del Informe de abril de 1998²³.

Antes de nada, resulta interesante explicar por qué para la OCDE, un país miembro de dicha organización no puede ser, “por definición”, un paraíso fiscal. La OCDE considera que un país de la OCDE al financiar su gasto público con ingresos provenientes, principalmente, de los tributos, no puede prescindir por completo de estos ingresos tributarios. Todo lo más, puede establecer unos regímenes fiscales preferenciales que, bajo determinadas circunstancias, otorguen un nivel de imposición inferior al general del país.

Criterios para determinar cuándo un régimen fiscal de un Estado miembro es perjudicial

Comenzando por los criterios utilizados por la UE y la OCDE en la evaluación de los regímenes fiscales preferenciales, cabe indicar que ambos ejercicios incluyen dentro de su ámbito cualquier medida fiscal²⁴ de carácter preferencial, es decir que otorgue cualquier tipo de ventaja o beneficio fiscal.

Una importante diferencia entre ambos ejercicios radica en que en el Código de Conducta se establece el carácter de “medida preferencial” en relación con los niveles impositivos efectivos generales del país (“...medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, a los aplicados habitualmente en el Estado miembro de que se trate”); mientras que en el ejercicio de la OCDE no hay una relación con el régimen general de cada país.

Toda medida de carácter preferencial (sea en términos relativos: Código de Conducta o en términos absolutos: ejercicio de la OCDE) ha de ser evaluada conforme a una serie de criterios establecidos tanto en el ejercicio del Código como en el de la OCDE, para poder así determinar si las mismas son o no consideradas perjudiciales.

En el Código de Conducta, dichos criterios se recogen en su párrafo B. Son los siguientes:

1. Si las ventajas se otorgan sólo a no residentes, o sólo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes, o
2. Si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional, o

23 En el caso de jurisdicciones no miembros de la OCDE que son estudiadas en el ejercicio de paraísos fiscales de la OCDE, no cabe posibilidad de comparación dado que no se estudian en el ejercicio de la UE. Cabe indicar que, sin embargo, los criterios utilizados para su evaluación son los mismos que los empleados para los territorios dependientes o asociados de los Estados miembros.

24 En el caso del ejercicio de la OCDE, hay que recordar que las medidas fiscales han de referirse a las actividades más fácilmente deslocalizables (actividad financiera, principalmente).

3. Si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales, o
4. Si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE, o
5. Si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia.

Resulta necesario destacar que el Código de Conducta recoge estos criterios “entre otros aspectos”. Por tanto, cabe que en la evaluación puedan ser considerados “otros criterios”. Por otro lado, es importante señalar que la utilización de la conjunción “o” parece significar que el simple cumplimiento de alguno de los cinco criterios anteriores puede determinar que una medida fiscal “preferencial” sea considerada perjudicial.

Por su parte, la OCDE ha considerado, en los párrafos 60 a 67 del “Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial: un problema mundial” (el Informe de abril de 1998), cuatro criterios clave:

- Existencia de un tipo efectivo de imposición cero o bajo, tanto por los tipos nominales como consecuencia del procedimiento para la determinación de la base imponible. (Condición necesaria aunque no suficiente).
- Estanqueidad o aislamiento del régimen, vía exclusión de sus ventajas a los residentes (lo que se conoce como principio de estanqueidad subjetiva) o limitación de su aplicabilidad para operaciones con no residentes (principio de estanqueidad objetiva) o incluso con la restricción de tener que operar necesariamente con divisas extranjeras.
- Falta de transparencia, a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo, incluyendo la posibilidad de aplicar favorablemente ciertas disposiciones, *tax rulings*, etc.
- Ausencia de intercambio efectivo de información respecto de los sujetos pasivos que se benefician de tal régimen.

Se considera que para la identificación de este tipo de regímenes basta con que se cumpla el primero de los criterios mencionados junto con uno o más de los criterios restantes, en un proceso de evaluación global de cada uno de ellos.

Asimismo, el Informe de abril de 1998 (párrafos 68 a 79) considera que pueden ser relevantes otros factores como:

- Definiciones artificiales de la base imponible, a través de disposiciones que resultan excesivas para los fines que pretenden (combatir los efectos de la inflación, evitar la doble imposición internacional, regímenes antiabuso, etc.) o que no se aplican igual en función del contribuyente o que reducen claramente la base imponible (deducciones por gastos presuntos, etc.).
- No aplicación de los principios sobre precios de transferencia adoptados por la OCDE en 1995.

- Exención de las rentas de fuente extranjera²⁵.
- Posibilidad de que el contribuyente negocie con las autoridades fiscales las condiciones de tributación²⁶.
- Ausencia de información bien por existencia de secreto bancario, de títulos de deuda al portador, etc²⁷.
- Acceso a una amplia red de Convenios de Doble Imposición, que faciliten el mercado de conveniencia (*treaty shopping*).
- Existencia de una acción de promoción “publicitaria” del régimen fiscal como medio para minimizar cargas tributarias.
- El régimen fiscal favorece operaciones con motivos exclusivamente fiscales, es decir, operaciones de conducto fiscal o de derivación de los beneficios.

Los criterios antes analizados permiten identificar un régimen fiscal preferencial como de naturaleza perjudicial. Sin embargo, como indica el Informe de abril de 1998, otras cuestiones han de ser analizadas, en concreto, los efectos económicos del régimen fiscal. Así, habrá de evaluarse el grado de captación de bases tributarias de otros Estados; la relación entre el grado de inversiones en un país con el de actividad nueva provocada por la existencia del régimen preferencial que se ha juzgado como perjudicial; el grado de influencia del régimen preferencial para motivar la nueva radicación de una actividad, etc.

Criterios utilizados para evaluar un territorio dependiente o asociado de un Estado miembro

En relación con los criterios utilizados por la UE y la OCDE en la evaluación de los territorios dependientes y asociados, cabe decir que el Código de Conducta utiliza los mismos criterios a los vistos con anterioridad (párrafo B del Código) para los regímenes fiscales de los Estados miembros.

La OCDE utiliza, sin embargo, unos criterios que, aunque parecidos, presentan alguna leve diferencia. Estos criterios son:

- No hay imposición sobre las rentas correspondientes o sólo se gravan con impuestos nominales mínimos. (Criterio clave fundamental).
- El propio país o territorio se presenta a sí mismo como paraíso fiscal o es considerado por los no residentes como un lugar apropiado para escapar de imposición en sus países de residencia (*Reputation test*).

Los dos primeros criterios pueden bastar. No obstante, otros criterios que sirven para confirmar la existencia de un paraíso fiscal son:

- Existencia de normas legales o prácticas administrativas que limitan el intercambio de información con otros países en relación con los contribuyentes que se benefician

25 Con este criterio, se pone en “entredicho” a los países que utilizan un sistema territorial.

26 Este criterio es, en parte, coincidente con el de falta de transparencia.

27 Este criterio coincide también en parte con el de falta de transparencia.

de una tributación nula o muy baja. El intercambio de información limitado a determinadas cuestiones criminales (drogas, etc.) no obsta para dicha consideración.

- Falta de transparencia, a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo.
- Ausencia de requerimiento de que se ejerza una actividad económica real que sea importante o sustancial para el país o territorio.

En el apartado 6 de este artículo estudiaremos los criterios utilizados en la evaluación de los regímenes fiscales de los Estados miembros y de sus territorios dependientes y asociados, tanto en la UE como en la OCDE.

5. PROCEDIMIENTO DE TRABAJO

Antes de entrar en el análisis de las diferencias entre los criterios utilizados por el Código de Conducta y por el ejercicio de la OCDE a la hora de evaluar los regímenes fiscales preferenciales como perjudiciales, resulta interesante describir el procedimiento de trabajo que se ha utilizado.

Grupo del Código de Conducta:

El párrafo H del Código de Conducta establece que “el Consejo (ECOFIN) creará un Grupo para que evalúe las medidas fiscales que pudieran entrar en el ámbito de aplicación del presente Código y supervise la comunicación de información relativa a dichas medidas”.

Así, el Consejo ECOFIN, esta vez reunido el 9 de marzo de 1998, creó el Grupo del Código de Conducta. Este Grupo está constituido por representantes de alto nivel de los Estados miembros²⁸ y de la Comisión y está presidido por la Sra. Primarolo (Reino Unido), de ahí que popularmente al Grupo del Código de Conducta se le conozca también como “Grupo Primarolo”.

Este Grupo se ha reunido en numerosas ocasiones desde su creación. En su primera reunión, el 8 de mayo de 1998, los Estados miembros se comprometieron a remitir a la Comisión antes del 19 de junio de 1998 un primer listado de las medidas susceptibles de verse afectadas por el Código.

El 16 de julio de 1998, la Comisión presentó una primera lista indicativa de medidas (contenía alrededor de 60 medidas, clasificadas en 5 categorías) a la reunión del Grupo. Esta lista fue ampliada en septiembre por la Comisión.

Posteriormente, todos los Estados miembros fueron solicitando a la Comisión la inclusión de nuevas medidas de otros Estados miembros en la lista. En enero de 1999, el Grupo decidió “suspender” temporalmente el proceso de comunicación de medidas, con el fin de que se procediese a estudiar las medidas hasta ese momento comunicadas. Por tanto, la lista de medidas fiscales

28 En el caso de España, participa el Secretario de Estado de Hacienda.

estudiadas por el Grupo incluye todas aquellas medidas comunicadas hasta el 31 de enero de 1999 (280 medidas, agrupadas en 6 categorías, de A a F²⁹, más 4 procedimientos administrativos (*tax rulings*)).

El Grupo acordó la creación de dos subgrupos con el fin de que llevaran a cabo la evaluación inicial de las medidas. Para ello, la Comisión preparó unas breves descripciones de las medidas, descripciones que fueron analizadas por los subgrupos y acordadas por el Grupo.

A continuación, se realizó una evaluación inicial respecto de los cinco criterios del párrafo B del Código³⁰ y sobre si las citadas medidas fiscales suponían un nivel impositivo inferior a los generalmente aplicados en cada Estado.

Así mismo, se realizó un examen de la proporcionalidad e idoneidad, de acuerdo con el párrafo G del Código (desarrollo económico regional, especialmente las regiones ultraperiféricas).

Para apoyar el análisis por parte del Grupo del Código de Conducta, se presentaron unos estudios sobre compañías *holding* y sobre prácticas administrativas en los diferentes EE.MM (*tax rulings*).

Así mismo, en el estudio llevado a cabo por el Grupo, se procedió a analizar horizontalmente las medidas³¹.

El Grupo presentó dos informes de progreso a los Consejos ECOFIN de 1 de diciembre de 1998 y de 25 de mayo de 1999. A su vez, los citados Consejos ECOFIN elevaron informes sucintos de los avances realizados a los Consejos Europeos de Viena, celebrado el 11 de diciembre de 1998, y de Colonia, celebrado el 3 de junio de 1999.

Respecto a las medidas examinadas inicialmente por el Grupo, se concluyó que todas debían pasar a la siguiente fase de evaluación (la definitiva), con excepción de las relativas a las instituciones de inversión colectiva, que serían objeto de estudio en el Grupo de Política Fiscal (recordemos, el creado en el Consejo ECOFIN de Verona de 13 y 14 de abril de 1996).

La evaluación definitiva de las medidas conforme a los cinco criterios del párrafo B del Código fue llevada a cabo por el Grupo durante los meses de octubre y noviembre de 1999. Los resultados de dicha evaluación se recogen en el informe que el Grupo rindió al Consejo ECOFIN de 29 de noviembre de 1999.

29 A: Servicios intragrupos.
B: Servicios financieros y sociedades *offshore*.
C: Medidas sectoriales.
D: Incentivos regionales.
E: Otras medidas
F: Medidas de los territorios asociados y dependientes de los EE.MM.

30 El Grupo también debatió la interpretación de estos cinco criterios y consideró que una interpretación literal podría vaciar de contenido alguno de los criterios. A esta interpretación "amplia" se opusieron Bélgica, Luxemburgo, Portugal e Irlanda. A ello nos referiremos con posterioridad.

31 Se agruparon conforme a las siguientes áreas: PYMES; Medidas regionales; Medidas que suponen un diferimiento temporal del Impuesto de Sociedades (por ejemplo, amortizaciones aceleradas); Pequeñas economías (se refiere a la petición realizada por los países más pequeños de la UE, de ponderar la relativa internacionalización de su economía y la mayor existencia de medidas enfocadas a no residentes); *Holding*; Medidas sectoriales específicas: Navegación marítima y Audiovisuales.

Este informe, denominado también “Informe Primarolo” indica que de las 271³² medidas examinadas por el Grupo, 66 han merecido la consideración de perjudiciales. Este informe constituye el “primer resultado” del trabajo del Grupo sobre competencia fiscal perjudicial en la Unión Europea. Al mismo nos referiremos en otro apartado de este artículo.

Foro de Competencia Fiscal Perjudicial:

La Recomendación n.º 15 que aparece, junto con las demás Recomendaciones, en el Anexo I del Informe de abril de 1998 establece la creación de un grupo de trabajo: el Foro de Competencia Fiscal Perjudicial, encargado de llevar a la práctica los principios y directrices establecidos en el citado informe, en concreto, con la finalidad de elaborar una lista de paraísos fiscales y otra de regímenes fiscales perjudiciales en los países miembros.

En la reunión del Comité de Asuntos Fiscales, los días 30 de junio y 1 de julio de 1998, se acordaron las reglas de procedimiento del Foro de Competencia Fiscal Perjudicial.

El Foro de Competencia Fiscal Perjudicial se ha reunido, desde octubre de 1998, en numerosas ocasiones.

El Foro comenzó su labor estudiando las 47 jurisdicciones inicialmente listadas como posibles paraísos fiscales. Desde octubre de 1998 a noviembre de 1999, el Foro, tomando como base la información proporcionada por las citadas jurisdicciones y la recabada por otros medios, evaluó si los sistemas fiscales de estas jurisdicciones cumplían los requisitos establecidos en el Informe de abril de 1998 para ser considerados paraísos fiscales. El Foro, en noviembre de 1999, concluyó que 41 jurisdicciones cumplían los criterios técnicos del Informe de abril de 1998 y, por tanto, debían incluirse dentro de la lista de paraísos fiscales³³.

El Foro, por otro lado, requirió a los Estados miembros para que presentaran informes sobre aquellas de sus medidas que podían caer dentro del ámbito objetivo del Informe de abril de 1998, con el fin de que tales medidas fueran analizadas por el Foro conforme a los criterios del citado informe (los criterios vistos en el apartado anterior).

Los 29 Estados miembros³⁴ remitieron tales informes en el verano de 1999. Posteriormente, también se produjo, como en la UE, la notificación de medidas existentes en otros Estados y que no habían sido previamente comunicadas por el Estado afectado.

Las medidas así comunicadas fueron clasificadas en categorías, procediéndose a continuación a su evaluación conforme a los criterios del Informe de abril de 1998. Cabe adelantar que las medidas incluidas en la categoría de compañías *holdings* no fueron evaluadas por falta de tiempo, debiéndose llevar a cabo dicha evaluación durante este año 2001.

Las medidas que tras dicha evaluación fueron consideradas perjudiciales se recogen en el párrafo 11 del Informe, publicado en junio de 2000, sobre “el Progreso realizado en la identificación y eliminación de las Prácticas Fiscales Perjudiciales”.

32 Hablamos de 271 medidas examinadas (aunque listadas figuraban 284) porque 10, relativas a Instituciones de Inversión Colectiva, no fueron examinadas por el Grupo, dado que su examen corresponderá al Grupo de Política Fiscal. El resto eran medidas que, en realidad, formaban parte de otras medidas sí analizadas.

33 Como veremos en el apartado correspondiente, sólo aparecen listadas 35 jurisdicciones, dado que 6 de ellas asumieron el compromiso público de modificar sus sistemas fiscales, de forma tal que dejaran de ser paraísos fiscales. En “recompensa”, estas 6 jurisdicciones no fueron incluidas en la lista de paraísos fiscales recogida en el Informe de junio de 2000.

34 La República Eslovaca no era Estado miembro en ese momento.

Cabe indicar, como reconoce el párrafo 10 del citado Informe, que no se llevó a cabo la evaluación conforme a los factores económicos. La necesidad de tal evaluación económica se recoge en los párrafos 80 a 84 del Informe de abril de 1998. Estos párrafos indican como cuestiones a analizar: si el régimen fiscal preferencial provoca el cambio de ubicación de las inversiones ya existentes o si promueve nuevas inversiones; si existe proporcionalidad entre el nivel de actividad desarrollado por las entidades acogidas al régimen fiscal preferencial y el nivel de inversión o de ingresos que éstas han realizado/obtenido; si la localización de una entidad en el país que ha establecido el régimen fiscal preferencial se basa en motivos exclusivamente fiscales.

6. CRITERIOS UTILIZADOS POR LA UE Y LA OCDE EN LA EVALUACIÓN

6.1. Evaluación de los regímenes fiscales preferenciales de los Estados miembros

Nivel impositivo efectivo inferior:

El Código de Conducta establece como condición necesaria para que una medida fiscal “deba considerarse potencialmente perjudicial y, por consiguiente, afectada por el Código” que implique un “nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, a los aplicados habitualmente en el Estado miembro de que se trate”.

A este respecto, una puntualización. La expresión “a los aplicados” rectifica la inicialmente publicada en el *DOCE* de 6 de enero de 1998 (“al aplicado”). Dicha rectificación se publicó en el *DOCE* de 25 de febrero de 1998 y fue introducida a instancia de la delegación española, dado que en España existen cinco tipos generales en el Impuesto sobre Sociedades: el 35% y el 32,5% aplicado en los tres territorios históricos (Guipúzcoa, Vizcaya y Alava) y en Navarra.

La OCDE establece como condición necesaria la existencia de un tipo efectivo de imposición nulo o bajo³⁵.

Podemos, por tanto, comprobar que el Código habla de imposición efectiva baja en términos relativos, es decir, comparando la imposición efectiva que se deriva de la medida fiscal en concreto y la que se derivaría de la aplicación del régimen general del correspondiente país.

La OCDE se refiere a imposición nula o mínima en términos absolutos, es decir, sin establecer ninguna comparación con la imposición general del país.

Esta diferencia es más importante de lo que pueda parecer en un primer momento. Así, algún Estado (Irlanda) está proyectando establecer un tipo general, que entrará en vigor el 1.1.2002, del Impuesto sobre Sociedades bajo (12,5%), de tal manera que sus actuales regímenes fiscales preferenciales o los que pueda establecer en el futuro no puedan ser considerados perjudiciales por la sencilla razón de que no implican “un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior”. Así, un tipo

³⁵ Aunque no parece necesario precisarlo, tanto la UE como en la OCDE, se refieren a imposición efectiva, es decir, teniendo en cuenta no sólo los tipos nominales aplicados sino cualquier otro elemento que determine una imposición inferior (modo de determinar la base imponible, existencia de deducciones, bonificaciones, etc.).

del 10%, en relación con un 12,5% no es un tipo “considerablemente inferior”. Sin embargo, en relación con un tipo general del 35%, tipo existente en España, sí puede ser considerado “un nivel impositivo considerablemente inferior”.

Así mismo, Dinamarca estableció a finales de 1998 un régimen general³⁶ de exención de retención en fuente para los dividendos pagados por filiales danesas a sus matrices extranjeras y un régimen general de exención para los dividendos cobrados por matrices danesas de sus filiales establecidas fuera de Dinamarca. De esta forma se puede decir que el régimen de las compañías *holdings* danesas “no establecía un nivel de imposición efectivo considerable inferior al aplicado habitualmente en Dinamarca”³⁷.

Parece que el Grupo del Código de Conducta, consciente de los “problemas” que la interpretación “literal” de este criterio está ocasionando, está intentando cambiar los términos de referencia, estableciendo la comparación entre el tipo impositivo aplicado en el país de la sucursal o en el país donde se han obtenido los dividendos con el tipo impositivo del país del domicilio social de la sede central o con el tipo impositivo del país de residencia de la sociedad *holding*.

Esta cuestión, como decíamos, ha sido criticada por algunas delegaciones. Bélgica, en las declaraciones a las actas del Consejo ECOFIN de 27 de noviembre de 2000³⁸, indica que en relación con las sucursales financieras, esta delegación entiende que el nivel impositivo del país de la sucursal debe compararse con el nivel más bajo que aplique el Estado miembro con el tipo más bajo. Irlanda también ha incluido una declaración en las actas del citado ECOFIN, indicando que “a su juicio, estos apartados³⁹ no guardan coherencia con el Código, y que el umbral que establece el Código es el nivel de imposición aplicado en general en los Estados miembros, no en otro Estado miembro”.

Estanqueidad o aislamiento del régimen:

En primer lugar, quizá sea necesario aclarar el significado de este criterio (que los anglosajones denominan *ring-fencing*). La estanqueidad o aislamiento de un régimen fiscal puede realizarse:

- Vía exclusión de sus ventajas a los residentes: principio de estanqueidad subjetiva.
- Vía limitación de su aplicabilidad para las operaciones con no residentes: principio de estanqueidad objetiva.

El país que diseña el régimen fiscal pretende así evitar los efectos perjudiciales que para su propia economía (disminución de recaudación) pudieran derivarse del mismo.

Es decir, para evitar estos efectos perjudiciales, se diseña el régimen fiscal de tal manera que los residentes no puedan invertir en entidades a las que se aplica dicho régimen preferencial (principio de estanqueidad subjetiva). Así mismo, se impide que las entidades cubiertas por el régi-

36 Aun cuando se exigen determinados requisitos para poder disfrutar de la exención, ésta va más allá que la prevista en la Directiva 90/435/CEE relativa al régimen de sociedades matrices y filiales, dado que se aplica también a sociedades residentes fuera de la UE.

37 Sin embargo, las *holdings* danesas fueron condenadas en el Informe Primarolo, ante la oposición de esta delegación.

38 Las conclusiones de este ECOFIN se encuentran disponibles en Internet: <http://ue.eu.int/newsroom>.

39 Se refiere a los términos de comparación de los niveles de imposición para las sucursales financieras y las sociedades *holdings*.

men operen en el mercado doméstico, de tal manera que todas sus operaciones tengan que ser realizadas con entidades extranjeras (principio de estanqueidad objetiva). Aparece, como indica el profesor Rosembuj⁴⁰, el régimen preferencial como un *ghetto* dentro del sistema económico local.

El Código de Conducta recoge este criterio en sus apartados B1) y B2):

- B1) Si las ventajas se otorgan sólo a no residentes, o solo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes.
- B2) Si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional.

En la interpretación de estos dos criterios, el Grupo del Código de Conducta indicó que el criterio B1) se refiere a medidas que específicamente van dirigidas a no residentes y el criterio B2) se refiere a medidas que se encuentra, en la práctica, aisladas del mercado doméstico.

El Grupo dio una interpretación amplia de estos dos criterios al señalar que para cumplir el criterio B1), basta con que el régimen fiscal exija la presencia de no residentes, no siendo necesario (como podría deducirse de una interpretación literal del criterio) que el 100% de los beneficiarios de dicho régimen sean no residentes, ni que el 100% de las operaciones sean llevadas a cabo con no residentes. Análoga interpretación amplia se dio al criterio B2), de tal manera que no se exige que el régimen fiscal esté aislado al 100% del mercado doméstico, sino que basta con que el régimen fiscal se diseñe con el fin de evitar su incidencia en el mercado doméstico.

Esta interpretación amplia ha sido criticada por aquellos Estados miembros que se consideraban “perjudicados” por la misma. Concretamente, los Estados más pequeños de la UE: Bélgica, Luxemburgo, Irlanda y Portugal. Estos países sostienen que debido a la pequeña dimensión de sus economías nacionales, sus medidas fiscales necesariamente inciden en el mercado exterior, por lo que los beneficiarios de ellas, serán, en su mayoría, no residentes y las operaciones llevadas a cabo serán, en su mayoría, con no residentes. Esta posición se encuentra recogida en el Informe que el Grupo rindió al Consejo ECOFIN de 29 de noviembre de 1999 (“Informe Primarolo”) en su punto 14.

La OCDE contempla este requisito de estanqueidad o aislamiento del régimen fiscal en el párrafo 62 del Informe de abril de 1998. La OCDE considera que el hecho de que el país que diseña el régimen fiscal preferencial sienta la necesidad de proteger su propia economía de los efectos perjudiciales que pudieran derivarse del mismo es un indicativo de que el régimen fiscal puede ser considerado perjudicial.

La OCDE, como la UE, estudia la estanqueidad del régimen desde el punto de vista subjetivo como objetivo. La OCDE, además, estudia si esta estanqueidad puede verse “agravada” como consecuencia de la existencia de restricciones en materia de control de cambios. Es decir, que las entidades que disfruten del régimen fiscal en cuestión sólo puedan operar en moneda extranjera y no en moneda nacional. Esta circunstancia no parece posible en los países de la UE, debido al proceso liberalizador que se ha producido en esta materia. Sin embargo, en un pasado no tan lejano (hasta 1996) el artículo 42 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias determinaba la consideración de las entidades de la Zona Especial Canaria como no residentes a los efectos del control de cambios y de inversiones extranjeras y la libertad, prácticamente total, de las transferencias entre estas entidades ZEC y los residentes en el extranjero.

40 En la ponencia presentada en el VIII Encuentro Técnico Anual de Administradores Tributarios de la República de Argentina, celebrada del 5 al 9 de diciembre de 1998.

Resulta curioso que este principio de estanqueidad supone una discriminación a favor de los no residentes y en contra de los residentes. Podría ser considerada una especie de discriminación inversa o *à rebours* contra la cual se ha opuesto, aunque no expresamente en materia fiscal, el Tribunal de Luxemburgo.

Actividad económica real o presencia económica sustancial:

La OCDE, al evaluar los regímenes fiscales preferenciales en sus países miembros, no ha considerado este criterio. Sólo lo ha hecho, como veremos posteriormente, al evaluar los paraísos fiscales. La UE, por el contrario, sí lo ha considerado en su párrafo B3):

- B3) Si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales.

Se considera que un régimen fiscal cumple este criterio cuando no exige que la entidad que se beneficia del mismo desarrolle una actividad económica real o tenga una presencia sustancial en el correspondiente país. Lo que se pretende evitar es que el régimen fiscal promueva la creación de empresas a las que se impute “artificialmente” (por motivos puramente fiscales) los beneficios obtenidos por otras empresas. Para ello, se exige que la entidad beneficiaria del régimen cree un determinado número de empleos, realice una determinada inversión, que sus directivos residan en el país, etc.

Como decíamos, este criterio aparece, sin embargo, en la OCDE sólo al evaluar los paraísos fiscales, pero no al valorar los regímenes fiscales perjudiciales dentro de la OCDE. La razón para ello es que, según la OCDE, sus países miembros, al diseñar un régimen preferencial, normalmente no requieren un nivel mínimo de actividad (creación de empleos, inversión, etc). Por tanto, en principio, estos regímenes fiscales cumplirían el criterio de no exigir actividad empresarial o presencia sustantiva. Por lo que, según la OCDE, más que analizar si el régimen no contiene requisitos que aseguren el desarrollo de una actividad empresarial en el país, lo que hay que estudiar es si el régimen incluye requisitos que “desaniman” la presencia sustantiva en el país.

Adecuación a los principios de la OCDE en materia de precios de transferencia:

El Código de conducta recoge este criterio en su párrafo B4):

Si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE.

Este criterio tiene especial importancia en los regímenes fiscales referidos a actividades intragrupo y los regímenes sobre *holdings*. Hace referencia al cumplimiento por parte del régimen fiscal de los principios sentados por la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE⁴¹.

Este criterio no aparece como uno de los cuatro criterios “clave” de la OCDE. Sin embargo, figura en el párrafo 71 del Informe de abril de 1998. De hecho, este criterio ha sido decisivo a la hora de evaluar regímenes referidos a centros de coordinación, centros de distribución, centros de servicios, etc.

41 Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias (1995).

Falta de transparencia:

El Código de conducta recoge este criterio en su párrafo B5):

Si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia.

La OCDE explica algo más este criterio indicando que falta de transparencia de un régimen fiscal puede resultar del propio diseño del régimen o de la aplicación que se haga del mismo.

El diseño de un régimen fiscal cumple, en principio, el requisito de transparencia si la normativa que lo regula es accesible al público. Así mismo, si el régimen está sujeto a la normativa en materia de obligación de someterse a auditoría externa, de transmitir información a las autoridades fiscales, de estar sujeto a la investigación y comprobación de la Inspección, etc.

Por otro lado, la aplicación concreta que se haga de un régimen fiscal puede no cumplir el requisito de transparencia, si la Administración fiscal de un país otorga, vía acuerdos con el contribuyente (*tax rulings*), un tratamiento fiscal más favorable al que inicialmente contempla la regulación del mismo. Así mismo, cuando la Administración fiscal, en relación con ese régimen en particular, lleva a cabo una política más laxa en materia de auditorías, inspecciones, etc.

La UE parece interpretar el criterio de transparencia como que la medida fiscal se halle publicada y que sea aplicada sin discrecionalidad administrativa.

En la UE, sin embargo, se desea profundizar algo más en la cuestión de la transparencia. Así, el Consejo ECOFIN de 27 de noviembre de 2000 solicitó al Grupo del Código de Conducta que “profundizase sobre esta cuestión, en particular en materia de precios de transferencia”.

A modo de inciso, podemos indicar aquí que en la UE aparecen unidos, como tendremos ocasión de comprobar en el apartado siguiente, los conceptos de transparencia y de intercambio de información. Así, el párrafo E del Código de Conducta indica “De conformidad con los principios de transparencia y apertura, los Estados miembros se informarán recíprocamente sobre las medidas fiscales vigentes o que se propongan adoptar, que pudieran entrar en el ámbito de aplicación del presente Código. En particular, todo Estado miembro deberá facilitar al Estado miembro que lo solicite la información relativa a cualquier medida fiscal que pudiera entrar en el ámbito de aplicación del Código. Cuando las medidas fiscales previstas tengan que ser votadas por el Parlamento, la citada información sólo podrá facilitarse una vez que se haya comunicado al Parlamento”.

Falta de intercambio de información:

En la OCDE, este criterio considera si las autoridades fiscales del país donde se aplica el régimen fiscal proporcionan información sobre el mismo a las autoridades fiscales de otros países, a través de los cauces internacionalmente establecidos a estos efectos: Convenios para evitar la Doble Imposición con cláusula de intercambio de información y en el ámbito de la UE, la Directiva 77/799/CEE, del Consejo sobre asistencia mutua.

Para ello, las autoridades fiscales han de poder contar previamente con la necesaria información. A veces, éstas no tienen acceso a la misma, bien porque la legislación/usos del correspondiente país imponen el secreto bancario/comercial/profesional etc., bien porque permite la existencia de acciones al portador (por lo que no resulta posible conocer la identidad de los titulares

de una entidad). El hecho de que las autoridades fiscales cuenten o no con la necesaria información tiene que ver con el criterio analizado anteriormente: falta de transparencia y el hecho de que transmitan esa información a otros países se refiere precisamente a este criterio: falta de intercambio de información.

En el Código no se ha tenido en cuenta el criterio de intercambio de información, al menos, de forma expresa durante el proceso de evaluación. La razón para ello puede encontrarse en el hecho de que los Estados miembros consideraran que este criterio se cumplía *per se*, dado que todo régimen fiscal existente en sus Estados miembros está sujeto al intercambio de información establecido por la Directiva 77/799/CEE⁴².

Como hemos dicho antes, la UE interpreta la cuestión del intercambio de información muy unida a la de la transparencia. Es decir, los Estados deben suministrarse información (y a la Comisión) sobre sus regímenes fiscales (párrafo E del Código). El párrafo K del Código, relativo a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, también trata esta cuestión: “El Consejo insta a los Estados miembros a cooperar plenamente en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, en particular en lo que atañe al intercambio de información entre los Estados miembros, de conformidad con lo previsto en sus respectivas legislaciones nacionales”.

El Consejo ECOFIN de 27 de noviembre de 2000 solicitó al Grupo del Código de Conducta que “profundizase sobre esta cuestión, en particular en materia de precios de transferencia”. Con ello, los Estados miembros pretenden incentivar la transparencia a través del intercambio de información.

Resulta muy importante destacar los pasos que se están dando en la UE en materia de intercambio de información. Basta recordar los progresos en la Directiva del ahorro (otro de los elementos del “Paquete Fiscal”). El acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo de Feira en junio de 2000 establece que todos los Estados miembros intercambiarán automáticamente información, antes de 1 de enero de 2010, sobre los intereses percibidos en ese Estado miembro por personas físicas residentes en otro Estado miembro. Aunque, salvo Luxemburgo, Austria y Bélgica que podrán aplicar retención en origen hasta fin de 2009, todos los Estados miembros suministrarán información desde la entrada en vigor de la Directiva del ahorro. Por lo tanto, si el Paquete Fiscal se aprueba antes de 1 de enero de 2003, el secreto bancario en la UE previsiblemente desaparecerá el 1 de enero de 2010.

6.2. Evaluación de los territorios dependientes y asociados de los Estados miembros

Como hemos indicado ya, el Código de Conducta emplea los mismos criterios para evaluar los regímenes fiscales preferenciales de los Estados miembros y para evaluar los regímenes fiscales de los territorios dependientes y asociados.

En la OCDE, dado que el análisis de los regímenes fiscales de los territorios dependientes y asociados se ha efectuado en el marco del estudio sobre paraísos fiscales, los criterios difieren un tanto. Veámoslo:

La OCDE, además de utilizar el criterio de imposición nula o mínima, utiliza el denominado *reputation test*. Este criterio se refiere al hecho de que una determinada jurisdicción “se ofrezca” y publicite ella misma como un paraíso fiscal y sea considerada en la literatura especializada y por los

⁴² Resulta sin embargo cuestionable que esta Directiva se aplique a los territorios dependientes y asociados de los Estados miembros, al menos a todos ellos.

operadores económicos como tal. El párrafo 51 del Informe de abril de 1998 se refiere a un informe de la OCDE de 1987 que reconoció las dificultades de establecer una definición objetiva de un paraíso fiscal⁴³. “El citado informe concluyó que un buen indicador de que un país juega el papel de paraíso fiscal es cuando el país o territorio se presta, o es generalmente reconocido como paraíso fiscal”.

Este test de la reputación es claramente subjetivo y puede dar lugar a errores. Por ello, el Informe de abril de 1998 sólo utiliza este criterio junto con el de la imposición nula o mínima como punto de partida para identificar un paraíso fiscal. Los factores que confirman la existencia de dicho paraíso son: falta de intercambio efectivo de información, falta de transparencia y ausencia de actividad sustancial.

Los criterios de falta de intercambio efectivo de información y de falta de transparencia se interpretan de forma análoga a cómo hemos visto al estudiar los regímenes fiscales preferenciales de los Estados miembros.

La OCDE está dando una importancia fundamental al criterio de intercambio de información en relación con los paraísos fiscales. La OCDE, consciente de que no puede obligar a una determinada jurisdicción a que exija impuestos directos o que los exija conforme a un determinado nivel, desea que, al menos, los “paraísos fiscales” informen a los países miembros de la OCDE sobre las rentas obtenidas por sus residentes en esas jurisdicciones. Para ello, la OCDE está trabajando en un convenio bilateral/multilateral⁴⁴ sobre intercambio de información. Este convenio será firmado por las jurisdicciones consideradas paraísos fiscales en el Informe de junio de 2000 (que lo deseen) y por los países miembros de la OCDE. Tenemos que recordar, en este punto, que un paraíso fiscal no lo es sólo porque no grave las rentas sino porque no transmite información sobre las mismas al país de residencia del inversor, para que éste pueda gravarlas.

Quizá el criterio que más difiere en la evaluación de los regímenes fiscales preferenciales y en los paraísos fiscales es el de “actividad sustancial”. Como dijimos, en la evaluación de los regímenes preferenciales de los Estados miembros, la OCDE da una importancia primordial al criterio de estanqueidad o *ring-fencing*, mientras que la UE, además del criterio de estanqueidad emplea el criterio de que las ventajas se otorguen aún cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que las ofrezca.

La OCDE no ha utilizado el criterio de estanqueidad o *ring fencing* para los paraísos fiscales porque considera que este tipo de jurisdicciones no poseen una economía doméstica (*onshore*) que necesite ser “preservada” de los negativos efectos (en términos de pérdida de recaudación tributaria) que pueden causar determinadas medidas fiscales que tienen por objeto atraer inversiones móviles procedentes de otros países. Por el contrario, lo que resulta necesario analizar es si la medida fiscal pretende atraer empresas (*paper companies*) que no vayan a realizar una actividad económica real en la jurisdicción, sino que su único objetivo sea deslocalizar bases tributarias con el fin de evitar el pago de impuestos en su país de residencia.

Por otro lado, no resultaría lógico y “justo” que la OCDE exigiera a las jurisdicciones que no cumplieran el criterio de *ring fencing*, es decir que no protegieran sus economías, cuando los propios Estados de la OCDE lo han estado haciendo durante mucho tiempo hasta alcanzar su actual nivel de desarrollo económico. Sin embargo, este argumento sólo es válido en parte, ya que basta un vistazo a las jurisdicciones incluidas en la lista, para que podamos comprobar que la situación de desarrollo económico difiere mucho de unas a otras.

43 “Elusión y evasión fiscal internacional. Cuatro estudios relacionados”. Núm.1, página 22. OCDE.1987.

44 Aún no se ha decidido qué carácter tendrá.

7. PRIMEROS RESULTADOS DE LOS EJERCICIOS SOBRE COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL

Como hemos ya indicado, los resultados de la evaluación llevada a cabo por el Grupo del Código de Conducta se recogen en el informe que la Presidenta del Grupo del Código de Conducta, Sra. Primarolo, presentó al Consejo ECOFIN de 29 de noviembre de 1999. Este Informe del Grupo se conoce también como "Informe Primarolo".

El Informe considera que 66 de las 271 medidas que habían sido examinadas por el Grupo merecen la consideración de perjudiciales⁴⁵.

El Informe en algunos casos refleja la posición unánime del Grupo. En otros casos, recoge la posición mayoritaria del Grupo, dejando constancia de las posiciones discrepantes mediante notas a pie de página⁴⁶. Estas posiciones discrepantes se refieren tanto a la evaluación dada a determinadas medidas como a cuestiones mucho más genéricas. Básicamente, Países Bajos y Luxemburgo critican que el Grupo haya tenido en cuenta, en la evaluación de las medidas fiscales, nuevos criterios no contenidos en el Código y que no se haya analizado el apartado primero del párrafo G del Código: "las consecuencias que puedan tener las medidas fiscales para otros Estados miembros, a la luz entre otras cosas de la imposición efectiva de las actividades de que se trate en toda la Comunidad"⁴⁷.

Este informe, a pesar de su carácter confidencial hasta que el ECOFIN decidiese otra cosa⁴⁸, fue filtrado a la prensa (incluso se llegó a publicar en Internet). El Consejo ECOFIN de 28 de febrero de 2000 decidió *ex post* dar difusión pública del Informe, aunque no adoptó posición alguna respecto de su contenido.

En la OCDE, el primer resultado de los trabajos del Foro de Competencia Fiscal Perjudicial lo constituye el Informe, publicado en junio de 2000, sobre el Progreso realizado en la identificación y eliminación de las Prácticas Fiscales Perjudiciales.

Este Informe recoge en sus párrafos 17 y 11, respectivamente, una lista de paraísos fiscales y una lista de regímenes fiscales perjudiciales en los países OCDE.

45 Con el fin de explicar la evaluación realizada, el "Informe Primarolo" reagrupa las 66 medidas consideradas perjudiciales en 6 categorías:

1. Servicios financieros, financiación de grupos y actividades relacionadas con la propiedad industrial.
2. Seguro, reaseguro y cobertura de los riesgos del grupo.
3. Servicios intragrupo.
4. Compañías *holdings*.
5. Compañías exentas y *offshore*.
6. Miscelánea.

Las medidas relativas a navieras no se listaron como perjudiciales por razones de competitividad internacional. El párrafo 62 del "Informe Primarolo" indica que algunos Estados miembros consideraron que estas medidas no eran perjudiciales y que su desmantelamiento produciría unos efectos muy negativos en la competitividad internacional de este sector. Otros consideraron que debían evaluarse como perjudiciales y que la cuestión de la competitividad internacional debería tenerse en cuenta cuando se fuera a llevar a cabo su desmantelamiento (exigiendo dicho desmantelamiento cuando se tomaran análogas medidas a nivel internacional).

46 El punto 14 de las Conclusiones del Consejo ECOFIN de 9 de marzo de 1998 que aprobó la creación del Grupo de Conducta establece que "los informes que el Grupo presente al Consejo (ECOFIN) recogerán la opinión unánime de sus miembros o las distintas opiniones manifestadas en el curso del debate".

47 Paradójicamente, Países Bajos ha sido un firme defensor del Código (al menos hasta el "Informe Primarolo"). De hecho, incluyó un protocolo en su Convenio con Portugal de 1999, negando los beneficios del tratado a aquellas entidades que se beneficiaran de medias fiscales consideradas perjudiciales por el Código de Conducta.

48 De acuerdo con el apartado H del Código "El Grupo elaborará informes periódicos sobre las medidas evaluadas y los remitirá al Consejo para su consideración y, si éste lo juzga oportuno, para su publicación", la decisión sobre su publicación corresponde al Consejo ECOFIN.

La lista de paraísos fiscales incluye 35 jurisdicciones de las 47 analizadas. Sin embargo, 6 jurisdicciones (San Marino, Bermudas, Islas Caimán, Malta, Chipre y Mauricio) aún cumpliendo los criterios técnicos para ser consideradas paraísos fiscales no se incluyeron en la lista, porque asumieron, antes de la fecha de publicación del citado Informe (junio de 2000), el compromiso político de modificar sus sistemas fiscales para dejar de ser paraísos fiscales antes del 31 de diciembre de 2005.

La lista de regímenes fiscales de los países OCDE incluye 47 medidas consideradas potencialmente perjudiciales⁴⁹. El término “potencialmente” perjudicial significa, según el citado Informe, que la medida presenta características que sugieren que el régimen fiscal tiene el potencial de constituir una práctica fiscal perjudicial. No se puede decir que tales regímenes sean realmente perjudiciales porque para ello habría que estudiar la aplicación en la práctica del régimen (análisis que no ha efectuado el Foro de Competencia Fiscal Perjudicial). Tampoco se ha llevado a cabo, como reconoce el Informe, la evaluación económica del régimen de acuerdo con lo establecido en los párrafos 27 y 80 a 84 del Informe de abril de 1998. Por otro lado, la lista de regímenes fiscales no incluye, como reconoce el párrafo 12 del Informe, medidas relativas a compañías *holdings*, porque su estudio será emprendido por el Foro en el futuro. (De hecho, tal estudio se va a llevar a cabo durante este año).

De lo anterior deducimos que el primer resultado de los ejercicios de la UE y de la OCDE lo constituyen básicamente las “listas negras”. El que una determinada jurisdicción o un régimen fiscal de un determinado país de la OCDE aparezca en las citadas listas tiene unas innegables e inmediatas consecuencias políticas, de imagen e incluso, de orden práctico⁵⁰. Sin embargo, no son sólo éstas las repercusiones de las listas.

En materia de paraísos fiscales, la OCDE ha dado una “moratoria” de un año (hasta 31 de julio de 2001) para que las jurisdicciones incluidas en la lista asuman un compromiso análogo al realizado por las 6 jurisdicciones citadas con anterioridad. El compromiso supondrá la obligación de efectuar cambios en sus sistemas fiscales de acuerdo con un calendario acordado con la OCDE. Aquellas jurisdicciones que no se comprometan a realizar tales cambios, serán incluidas en una lista de jurisdicciones no cooperativas que se publicará en julio de 2001. La consecuencia fundamental de aparecer en dicha lista es que los países de la OCDE podrán adoptar *de forma coordinada* medidas de sanción (en la terminología del Informe de junio de 2000: “medidas defensivas”) contra estas jurisdicciones. Estas medidas defensivas son *grosso modo* las medidas que, de forma unilateral, ejercen determinados países contra los paraísos fiscales (por ejemplo, no permitir la deducción de gastos originados en paraísos fiscales, aplicar normas de transparencia fiscal internacional (*CFC rules*), no aplicación de determinadas exenciones, deducciones, etc).

Resulta importante destacar que la OCDE, frente a otras organizaciones internacionales que han elaborado recientemente listas de paraísos fiscales (en materia de blanqueo de capitales, por ejemplo), no exige para que una jurisdicción sea eliminada de la lista el que haya llevado a cabo reformas concretas, sino solamente que se comprometa a llevarlas a cabo y que, de hecho, las realice antes de 31 de diciembre de 2005.

49 Estas medidas aparecen también reagrupadas en 9 categorías:

1. Seguros.
2. Financieras y *leasing*.
3. Gestoras de fondos.
4. Bancos.
5. Centros de coordinación.
6. Centros de distribución.
7. Centros de servicios.
8. Entidades navieras.
9. Miscelánea.

50 La simple publicación de las listas tiene un importante efecto desincentivador de inversiones. Las empresas se “retraen” ante decisiones de inversión que impliquen la utilización de una jurisdicción o régimen fiscal puesto “en entredicho” por la UE o la OCDE.

En relación con los regímenes fiscales perjudiciales establecidos tanto por la UE como por la OCDE, la consecuencia principal de estar incluido en la lista es la obligación de dismantelar (*rollback*) los regímenes fiscales, de manera que resulten acordes a los principios sentados en el Código de Conducta o en el Informe de abril de 1998, respectivamente.

Dicho dismantelamiento supondrá en algunos casos, la simple derogación de los regímenes y en otros, la adaptación de aquellos aspectos del régimen que determinen su carácter perjudicial, manteniendo aquellos otros aspectos que no resulten perjudiciales. En ambos ejercicios (UE y OCDE) existen plazos para llevar a cabo el dismantelamiento. En la UE, el plazo termina el 31 de diciembre de 2002. En la OCDE, el 1 de abril de 2003.

La OCDE previó una cláusula de derechos adquiridos (*grandfathering clause*) para aquellos contribuyentes que estuviesen disfrutando de regímenes fiscales perjudiciales. Así, estos contribuyentes podrían seguir aplicando el régimen fiscal considerado perjudicial hasta el 31 de diciembre de 2005.

La UE no previó tal cláusula ni en el propio Código de Conducta ni en el “Informe Primarolo”, por lo que esta cuestión ha centrado los debates del Grupo del Código de Conducta durante el año 2000. A esta cuestión nos referiremos en el siguiente apartado.

Tanto el “Informe Primarolo” como el Informe de la OCDE de junio de 2000 no establecen la “forma” en que ha de llevarse a cabo el dismantelamiento de las medidas de los Estados miembros consideradas perjudiciales⁵¹. A esta cuestión también nos referiremos en el siguiente apartado.

Por otro lado, una diferencia importante entre el ejercicio de la UE y el de la OCDE es que la OCDE prevé en su Informe de junio de 2000 (párrafo 16) que los Estados miembros podrán ejercer *de forma coordinada* medidas de sanción (al igual que sucederá con las jurisdicciones de la lista de paraísos fiscales no cooperativos) contra aquellos regímenes fiscales cuyos aspectos perjudiciales no hayan sido modificados, antes de abril de 2003.

La UE no prevé qué sucederá en el caso de que los Estados miembros no modifiquen aquéllos de sus regímenes considerados perjudiciales. Recordemos, además, que el Código de Conducta es un compromiso de carácter político, y, por tanto, que su incumplimiento por parte de algún Estado miembro no puede ser llevado ante el Tribunal de Luxemburgo. De todas formas, la Comisión ya ha expresado su intención de colaborar en el cumplimiento de los objetivos del Código a través de las competencias que tiene en materia de ayudas de Estado. Aún cuando la propia Comisión ha señalado que el hecho de que una medida fiscal haya sido o sea autorizada en materia de ayudas de Estado no es óbice para que posteriormente haya resultado o resulte condenada por el Grupo del Código de Conducta, es cierto que ambas áreas se encuentran muy interrelacionadas y que la Comisión puede forzar, aun por vía indirecta, el cumplimiento del Código de Conducta.

Otra cuestión digna de ser destacada es que el “Informe Primarolo” no ha resultado “expresamente” aprobado por el Consejo ECOFIN. Como hemos visto, el ECOFIN de 28 de febrero de 2000, que decidió que el público pudiese tener acceso al “Informe Primarolo”, no adoptó posición alguna respecto de su contenido. Este argumento fue utilizado por algún Estado miembro para cuestionar la vinculación de la evaluación de las medidas fiscales recogida en el mismo. Sin embargo, tras el Consejo

51 Este dismantelamiento no presentará dificultades en el caso de que se opte por la simple supresión o derogación de la medida condenada. Sin embargo, cuando las medidas presenten aspectos perjudiciales y aspectos que no lo son, el dismantelamiento supone la modificación/supresión sólo de esos aspectos perjudiciales. Pro lo que, en primer lugar, habrá que identificar cuáles son estos.

ECOFIN de 27 de noviembre de 2000, puede decirse que tal aprobación si no expresa, al menos tácitamente, sí se ha producido, dado que en las Conclusiones del citado Consejo, éste acordó las Directrices para el desmantelamiento y el mantenimiento del *statu quo*, a que nos referiremos en el apartado siguiente, por lo que se puede decir que el Consejo ECOFIN “reconoce” la lista de medidas condenadas.

Por último, aun cuando Luxemburgo y Suiza han participado en los trabajos del Foro de Competencia Fiscal Perjudicial (de hecho, medidas existentes en estos países figuran en la lista incluida en el Informe de la OCDE de junio de 2000), al haberse abstenido en la adopción del Informe de abril de 1998, puede decirse que no han asumido el compromiso político de desmantelar aquéllas de sus medidas que aparecen listadas. Así, la Recomendación del Consejo de la OCDE, adoptada el 16 de junio de 2000, “obliga” a los Estados miembros que aprobaron el Informe de abril de 1998.

8. ACTUACIÓN DE LOS GRUPOS DE TRABAJO TRAS LA PUBLICACIÓN DE LOS INFORMES

Como acabamos de indicar, había una serie de cuestiones “pendientes” tras la publicación respectivamente del “Informe Primarolo” y del Informe de la OCDE de junio de 2000.

En relación con el trabajo del Grupo del Código de Conducta, no estaba resuelta la cuestión de los derechos adquiridos (*grandfathering clause*). El Consejo ECOFIN de 27 de noviembre de 2000 ha dado la siguiente solución:

1. Para todos aquellos contribuyentes que se beneficiaban del régimen fiscal perjudicial (y por tanto incluido en la lista del “Informe Primarolo”) a 31 de diciembre de 2000, la fecha límite para la aplicación de las ventajas fiscales será el 31 de diciembre de 2005. Esta fecha se aplica a todo tipo de medidas (aquéllas para cuyo disfrute es necesario autorización administrativa o aquéllas de las que el beneficiario puede disfrutar sin previa autorización). No obstante, el Consejo, mediante un análisis caso por caso, tomando en cuenta las circunstancias particulares y basándose en un informe del Grupo del Código, podrá decidir extender los efectos de determinadas perjudiciales más allá de 31 de diciembre de 2005. Por tanto, la fecha límite para “beneficiarse” de los regímenes perjudiciales es la misma en la UE y en la OCDE, aunque en la UE dicha fecha puede ser prorrogada.
2. Cabe nuevos beneficiarios (es decir, beneficiarios no existentes a 31 de diciembre de 2000) de medidas consideradas perjudiciales en el “Informe Primarolo”, hasta 31 de diciembre de 2001. No obstante, dichos beneficiarios no podrán disfrutar de las ventajas fiscales de dichos regímenes más allá de 31 de diciembre de 2002. Excepcionalmente, se permiten nuevas entradas más allá de 31 de diciembre de 2001, cuando estas medidas estén sujetas a una decisión vigente de la Comisión en materia de ayudas de Estado. En todo caso, sólo podrán beneficiarse hasta 31 de diciembre de 2002⁵².

Resulta, por tanto, más o menos claro los plazos en que se ha de llevar a cabo el desmantelamiento (como vimos en el apartado anterior) y los plazos para beneficiarse de las medidas

52 Esta ampliación del plazo para nuevas entradas parece responder a la petición formulada por países como Irlanda y Portugal, que pedían un plazo mayor en función de las autorizaciones existentes en materia de ayudas de Estado.

consideradas perjudiciales (como acabamos de ver), tanto en el ejercicio de la UE como en el de la OCDE. En cuanto a la “forma” de acometer dicho dismantelamiento, cabe decir que si bien el dismantelamiento corresponde a los propios Estados miembros de la UE y de la OCDE, tanto una como otra organización han elaborado o están elaborando unas guías o directrices sobre aquéllas áreas de mayor complejidad: medidas fiscales referidas a *holdings*, sucursales financieras, etc.

El Grupo del Código de Conducta ha elaborado unas Directrices para el dismantelamiento y el mantenimiento del *statu quo* (*Guidance on rollback and standstill*) en las áreas de sucursales financieras, compañías *holdings* y centros de coordinación. Dicha guía ha sido acordada por el Consejo ECOFIN de 27 de noviembre de 2000. Esta guía no sustituye al Código de Conducta ni supone un replanteamiento ni cuestionamiento de la evaluación ya efectuada por el Grupo y recogida en el “Informe Primarolo”. La guía tan sólo da unos principios a seguir por los Estados miembros a la hora de llevar a cabo el dismantelamiento.

El Foro de Competencia Fiscal Perjudicial está así mismo elaborando unas directrices (*application notes*) sobre determinadas áreas: compañías *holding*, entidades navieras y gestoras de fondos. Estas directrices guiarán también a los Estados miembros a la hora de llevar a cabo el dismantelamiento.

No menos importante que la obligación de dismantelar las medidas perjudiciales es la obligación, asumida por los Estados de la UE y de la OCDE, de no introducir nuevas medidas perjudiciales (cláusula de *statu quo* o de *standstill*). Una cuestión bastante importante es la relación existente entre ambas obligaciones. Algunos Estados miembros han objetado, con bastante razón, que si los otros Estados no dismantelan en los plazos previstos aquéllas de sus medidas consideradas perjudiciales, ellos se verán en una situación de desventaja competitiva, dado que no pueden introducir nuevas medidas perjudiciales y, sin embargo, los otros Estados miembros siguen aplicando sus medidas condenadas y aún no dismanteladas.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

Algunos han querido ver en estos dos ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial un intento de uniformar o, al menos, armonizar los sistemas fiscales (básicamente, en imposición societaria). Incluso, como un intento por parte de los países grandes y ricos de acabar con los nichos de mercado que en materia fiscal ofrecen determinados países más pequeños o determinadas jurisdicciones.

No se puede negar que estas críticas tienen su parte de razón. Sin embargo, y con independencia de los resultados definitivos que tengan ambos ejercicios, podemos decir que uno de los principales logros de los ejercicios de la UE y de la OCDE es haber incrementado los niveles de transparencia de los sistemas fiscales de los distintos Estados. Estos ejercicios han permitido conocer más y mejor los regímenes fiscales de los Estados⁵³.

53 Como indicó el Profesor Maarten Ellis en diciembre de 1998, en la reunión conjunta de la OCDE y el IBFD (conferencia que ha sido transcrita en el número de marzo de 1999 de la revista *European Taxation*) “If the current discussions have no other consequences than greater transparency in the competition for business, they will have been worth every effort that we made. Openness is the foundation of our democracy and it is the foundation of fair competition, in business and taxation. Competition in an open market, in a transparent market”.