

PABLO CHICO DE LA CÁMARA*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.**Universidad Rey Juan Carlos**Presidente del Tribunal Económico-Administrativo
de la Ciudad de Móstoles*

Ese trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Juan FERREIRO LAPATZA, don Luis Manuel ALONSO GONZÁLEZ, doña María Dolores ARIAS ABELLÁN, don Valentín PICH ROSELL, don Iu PIJOAN I FONT y doña Susana SARTORIO ALBALAT.

Extracto:

EL autor considera que la competencia fiscal en materia de imposición directa es legítima en cuanto que los Estados miembros no han cedido su soberanía fiscal salvo en materia de fusiones y figuras análogas; matrices y filiales; intereses y cánones; fiscalidad del ahorro; y de prohibición de ayudas de Estado. Por consiguiente, dada la libertad de movimiento con que cuentan los Estados miembros para realizar conductas de competencia fiscal a la baja que podrían calificarse de desleales sería deseable intensificar esfuerzos para conseguir una regulación básica o de mínimos a través de un doble marco de actuación. A nivel internacional propone el autor la firma de un Convenio multilateral de intercambio de información sin limitaciones por el secreto bancario. Mientras que en la esfera comunitaria sería deseable que se dictase una Directiva sobre la imposición directa de los no residentes al objeto de conseguir avanzar en la armonización de los sistemas tributarios europeos y restar protagonismo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este terreno.

Sumario:

- I. Concepto y delimitación: competencia fiscal «lesiva» *versus* competencia fiscal «beneficiosa».
 - A. Planteamiento.
 - B. Competencia fiscal «beneficiosa».
 - C. Competencia fiscal «lesiva».
 - II. Los informes sobre competencia fiscal «lesiva» en el marco de la Unión Europea y de la OCDE.
 - A. El código de conducta de la Unión Europea sobre la fiscalidad de las empresas.
 - B. El informe sobre competencia fiscal «perjudicial» de la OCDE.
 - III. Una reflexión final sobre la necesidad de armonizar la imposición sobre la renta de los no residentes.
 - IV. Conclusiones.
- Bibliografía.

I. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN: COMPETENCIA FISCAL «LESIVA» *VERSUS* COMPETENCIA FISCAL «BENEFICIOSA»

A) Planteamiento.

El proceso de globalización y la llegada de las nuevas tecnologías han supuesto una revolución en la forma de entender la economía generándose un contexto internacional de interacción entre los distintos Estados y una desaparición virtual de las fronteras dando lugar, por ende, a un cambio de las reglas del juego entre los distintos agentes económicos públicos y privados ¹. Dicho proceso ha aportado como señalaremos a lo largo del trabajo numerosas ventajas para una economía de mercado (reducción de la presión fiscal para las empresas, una mayor competitividad, lo que conllevará una bajada de los precios para los consumidores, etc.). Igualmente, los propios Estados pueden facilitar la inversión de capital extranjero a través de una fiscalidad baja y con unas condiciones laborales muy favorables para la creación de empleo.

Sin embargo, los problemas tienen origen al determinar dónde está la frontera entre aquella medida fiscal que resulta legítima para un Estado al nacer con vocación de atraer inversiones (y por ende, riqueza) a un determinado país (competencia fiscal «saludable» o «beneficiosa»), de aquellas otras que tienen como finalidad competir deslealmente distorsionando la competencia al establecer regímenes tributarios preferenciales en comparación con los que desarrollan otros países de ese mismo entorno económico (competencia fiscal «lesiva»).

Nótese que la normativa mercantil en este orden de ideas no prohíbe que una empresa venda sus productos con descuentos sustanciales para atraer a la clientela. Sin embargo, esta misma empresa podría resultar sancionada en la esfera comunitaria por el Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas o en la esfera doméstica por el Tribunal Nacional de defensa de la Competencia si pudiera probarse que realizaba prácticas de *dumping* con el fin de dañar a las empresas del sector al actuar de forma «desleal»

¹ Fruto de este proceso de globalización económica, ha llevado como advierte E. SANZ GADEA, a que progresivamente aparezcan las denominadas estructuras verticales que son aquellas en las que las diversas etapas del proceso productivo se realizan en diferentes países a través de las sociedades filiales, para así aprovechar las ventajas comparativas: mano de obra cualificada, mano de obra barata, recursos naturales, fácil transporte (...). Este proceso esboza la aparición de la empresa global, que vendría a ser una empresa multinacional cuya producción y empleo se realiza, en su mayor parte, fuera del país en el que reside la sociedad matriz o dominante del grupo; cfr. «Aspectos internacionales de la política fiscal (I)», *Impuestos*, n.º 13, 2001, pág. 15.

distorsionando el libre juego de la oferta y la demanda ². Incluso un beneficio fiscal podría ser calificado como «subvención prohibida» en el marco de la Organización Mundial del comercio ³.

En el trabajo que iniciamos entraremos a desgranar lo que se conoce como «competencia fiscal nociva» no sólo en un primer estadio intracomunitario, sino con miras más amplias en la esfera internacional de la OCDE. Téngase presente que los documentos e informes existentes en la actualidad se han centrado en la esfera de la imposición directa, pues las medidas armonizadoras en la imposición indirecta en materia de IVA, accisas (impuestos especiales en la terminología española) y derechos arancelarios limitan básicamente la aparición de este tipo de medidas fiscales «perniciosas» por resultar contrarias al Derecho comunitario (v. gr. restricciones legales para fijar tipos de gravámenes diferentes). En este orden de ideas, podemos ya avanzar que los pasos que se han venido dando en el marco de la imposición directa son ciertamente tímidos en comparación con los logrados en la imposición indirecta. En materia de imposición directa únicamente se ha avanzado en dos líneas de actuación: a nivel normativo, mediante las cuatro Directivas (matrices y filiales; fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones; intereses y cánones; y fiscalidad del ahorro) en las que se ha conseguido llegar a unos acuerdos sobre «mínimos» al objeto de evitar la doble imposición tributaria; y en segundo lugar a nivel jurisprudencial, como apuntaremos más adelante, a través de una doctrina muy agresiva del Tribunal de Luxemburgo. Téngase presente que ante la dificultad de llegar a un proceso más avanzado de armonización debido a las reticencias de los Estados a hacer más concesiones que las estrictamente necesarias en materia de imposición directa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de una jurisprudencia ciertamente agresiva ha intentado forzar el acuerdo de los Estados miembros en esta materia a través de lo que se ha venido a denominar una «armonización negativa». Del mismo modo el Tribunal de Luxemburgo y en mayor medida la Comisión han realizado una intensa labor de control en materia de ayudas de Estado.

Por último, la ampliación de la Unión Europea con la integración de nuevos países al marco jurídico comunitario no ha hecho más que poner de relieve la diversa presión fiscal existente de

² A diferencia de lo que ocurre en materia de imposición directa, en la esfera mercantil, el derecho de la competencia es una materia que está armonizada de acuerdo con los artículos 81 y 82 del TUE. De esta forma, existe una institución comunitaria que vela a nivel macroeconómico por los intereses económicos de los Estados miembros y, a nivel macroeconómico, protege los derechos de los consumidores. *Vid.* sobre el particular, la diversa literatura que existe en la esfera mercantil sobre esta materia; AAVV. *Derecho europeo de la competencia*. Coordinador Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, Editorial Lex Nova-Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005. AAVV. *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º XI, 2002; y S. MARTINEZ LAGE y A. PETITBÓ JUAN, *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Colección Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2005. A nivel nacional, dicha materia también está regulada a través de las Leyes 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; y Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. FONT GALÁN y PINO ABAD, *Estudios de Derecho de la competencia*. 2005. *Vid.* sobre el particular, M. MONTAÑA MORA, «El discutido artículo 7 de la Ley de Defensa de la competencia», en la obra colectiva *La modernización del Derecho de la competencia*, ob.cit., págs. 285 y ss. ALONSO SOTO, «Las relaciones entre los derechos comunitarios europeo y español de la competencia», en BENEYTO, *Tratado de Derecho de la competencia*, I. Barcelona, 2005. En esta línea, también recientemente el Comisario de Comercio de la Unión Europea, Sr. Mendelson, ha propuesto el establecimiento de un derecho progresivo tras la detección de prácticas de *dumping* en las importaciones de calzado de cuero chino y vietnamita.

³ *Vid.* a este respecto los trabajos en la literatura española de J.M. ALMUDI CID; E. LÓPEZ BARRERO y F. SERRANO ANTÓN, «La organización mundial del comercio como límite a la potestad tributaria de los Estados», *Quincena Fiscal*, n.º 12, 2002, págs. 21 y ss. IBÁÑEZ MARSILLA, S., «La competencia fiscal perniciosa ante la OMC. Reflexiones al hilo del asunto del asunto de las *foreign sales corporations*», *Crónica Tributaria*, n.º 113, 2004, págs. 89 y ss.

unos países frente a otros, reclamando de una vez por todas una armonización más intensa de la fiscalidad directa si no se desea que las grietas producidas hagan derrumbar los pilares de la fiscalidad internacional que tan cimentados parecían estar hace unos años. Nótese que hace unos años nadie cuestionaba el principio de territorialidad basado en la tributación por la renta mundial en el Estado de la residencia, así como la tributación limitada en el Estado de la fuente de la renta íntegra mediante la aplicación de una alícuota fija o proporcional. Como apuntaremos a lo largo del trabajo, de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo se desprende que los no residentes no pueden estar sometidos a una presión fiscal más elevada que los residentes en sus mismas circunstancias por lo que la obligación real tal como está diseñada hoy en día está en profunda crisis.

Paralelamente a este proceso jurisprudencial caracterizado porque el Tribunal de Luxemburgo ha adquirido un especial protagonismo en estos últimos años al realizar lo que podría denominarse una voladura de minas a golpe de sentencia al convertir en una «torre de Babel» lo que hasta hace poco eran los sólidos cimientos de la fiscalidad internacional, nos encontramos también con una etapa en la que cada vez con más intensidad los Estados miembros realizan una política fiscal ciertamente agresiva con el fin de atraer capital extranjero. Los problemas residen principalmente en determinar dónde están los límites en la reducción de la presión fiscal de los Estados miembros. Así por ejemplo, el régimen privilegiado de fiscalidad que existe actualmente en Irlanda ⁴ y ahora con la entrada de los nuevos Estados miembros en Estonia para las empresas (cuyo tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades es del 0 por 100 siempre que no se distribuyan dividendos ⁵) está produciendo efectos perniciosos en otros Estados miembros al favorecer la inversión en estos países en detrimento de los demás países pertenecientes a la Unión Europea ⁶. Estos sistemas fiscales privilegiados combinados con el régimen de subcapitalización que no opera como en España para personas físicas o jurídicas radicadas en la Unión Europea puede producir efectos perversos para la economía de los países que destinan una parte importante de su presupuesto al gasto social. Téngase presente que al no operar en España la cláusula de subcapitalización para empresas radicadas en la Unión Europea, se podrían realizar operaciones de planificación fiscal entre estos países y España en perjuicio de los intereses económicos de la Hacienda Pública española. En este orden de ideas, se pueden diseñar ciertas operaciones de planificación fiscal perfectamente legítimas con el fin de reducir la presión fiscal de grupos de sociedades. Así por ejemplo, no debe descartarse la deslocalización de la casa central (o a través de la creación de sociedades matrices) en Estonia a fin

⁴ Igualmente *v. gr.* en Irlanda el tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades es del 12,5 por 100. Nótese que con anterioridad al régimen vigente, el sistema tributario irlandés ofrecía unos tipos reducidos para algunos sectores si bien la Comisión calificó dicha medida como ayuda de Estado, lo que llevó al Gobierno de las Islas a reducir el tipo general para todas las empresas para evitar su incompatibilidad con el Tratado.

⁵ En Estonia los beneficios de sociedades de capital y personalistas no tributan siempre que no se distribuyan. En el momento de su distribución tributan en el año 2006 al 28,20 por 100 y en el año 2007 al 25 por 100.

⁶ Nótese que la reducida fiscalidad existente en los países del Este (donde la presión fiscal para las personas jurídicas es moderada –*v. gr.* en Hungría las sociedades tributan al 16 por 100; en Polonia al 19 por 100; en Letonia y Lituania al 15 por 100; o incluso, en Chipre las compañías internacionales de negocios tributan al 4,25 por 100–) es un reclamo y un gran atractivo para que las empresas radicadas en otros Estados miembros con una presión fiscal muy alta (*v. gr.* países nórdicos, Alemania, Francia o España) deslocalicen su actividad desde estos países de renta elevada a estas zonas con fiscalidad privilegiada. Tal vez, esta competencia fiscal «a la baja» haya motivado a que en Alemania para evitar la fuga de capitales hacia otros países del Este se haya aprobado recientemente una reforma que reduce el tipo de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades desde el 30 por 100 (beneficio distribuido) o el 40 por 100 (beneficio no distribuido) hasta una alícuota única del 25 por 100.

de que la sociedad filial operativa en España remanse los beneficios a Estonia donde los beneficios de una sociedad siempre que no se distribuyan no tributan ⁷.

La situación resulta paradójica en cuanto que las autoridades tributarias estonas han renunciado por el momento a elevar la presión fiscal con ocasión de la entrada en la Unión Europea, sin embargo, reclaman importantes ayudas a la Unión Europea a través de los fondos de cohesión para mejorar sus infraestructuras y alcanzar el deseado equilibrio económico con sus ahora *adorables* vecinos europeos. Como propondremos en este trabajo, la armonización en determinados aspectos de la imposición directa (principalmente para los no residentes) cada vez se hace más necesaria si no deseamos en breve encontrarnos ante un «polvorín» de imprevisibles consecuencias.

B) Competencia fiscal «beneficiosa».

La competencia fiscal por naturaleza resulta «saludable» o beneficiosa para la economía mundial, en cuanto que constituye un estímulo para que los Estados con objeto de atraer inversiones extranjeras reduzcan la presión fiscal de las rentas más móviles (principalmente las rentas del capital y de actividades económicas que son las teóricamente más expuestas al fenómeno de la globalización económica) ⁸. La misma OCDE califica como saludable la existencia de diferencias objetivas en los sistemas fiscales de los países motivadas por sus diferentes políticas tributarias internas ⁹. Así, podría reivindicarse la libertad de los Estados para adoptar las medidas fiscales que estimen oportunas en base a la soberanía estatal que disfrutaban con carácter general en el marco de la imposición directa. No obstante, existen determinadas parcelas de la imposición directa donde se ha alcanzado un acuerdo de mínimos en aras de garantizar cierta armonización comunitaria en esta esfera:

En materia de los Impuestos sobre la renta, podrían destacarse cinco normas de Derecho derivado, y una de *soft law*. En cuanto al Derecho derivado, se han dictado las siguientes normas:

- La Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las *sociedades matrices y filiales* de los Estados miembros (DO L 225; de 20 de agosto de 1990, p.1, modificado por 194 N). En particular, dicha normativa tiene como objeto suprimir la doble imposición por los beneficios distribuidos en forma de dividendos por una filial situada en un Estado miembro a su sociedad matriz situada en otro Estado miembro.

⁷ Esto explica el importante proceso de deslocalización de empresas europeas hace unos años con destino a Irlanda, pues la imposición societaria en dicho país tiene una presión fiscal moderada al tributar las empresas a una alícuota fija del 12,5 por 100.

⁸ Por competencia fiscal «sana» se entiende siguiendo a J.M.^a VALLEJO CHAMORRO, el proceso de eliminación de ineficiencias y aumento de la neutralidad en los sistemas fiscales, efectuados con el fin de evitar que la fiscalidad sea un obstáculo en el desarrollo de las actividades económicas, cfr. «Competencia fiscal perjudicial», en la obra colectiva dirigida por T. CORDÓN EZQUERRO, *Manual de Fiscalidad Internacional*, 2.^a edición, revisada y ampliada, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág. 1.154; y del mismo autor «La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea», en *Información comercial española*, n.º 826, 2005.

⁹ Vid. *infra* Informe de la OCDE de 1998 *Harmful tax Competition: an emerging Global*, pág. 15.

Dicha norma ha sido modificada por la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 23 de diciembre de 2003, conforme a la cual se rebaja de forma gradual el umbral de participación necesario para que exista una relación matriz-filial entre dos sociedades. Así, a partir del 1 de enero de 2005, se reduce del 25 al 20 por 100. A partir del 1 de enero de 2007, se reduce al 15 por 100. Y por último, a partir del 1 de enero de 2009 se reduce al 10 por 100. Por otro lado, este régimen fiscal se extiende también a los casos de participaciones detenidas por sociedades matrices a través de establecimientos permanentes, situados en el territorio de un Estado miembro, haciéndose eco de la doctrina del TJCE en relación con el caso *Saint Gobain* (comentado a continuación).

- La Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal de *fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones* realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros con el fin de establecer en el ámbito de la Unión Europea un régimen fiscal común para las operaciones transfronterizas de reestructuración (DO L 225; de 20 de agosto de 1990, p. 1, modificado por 194 N). Así las cosas, las fusiones u operaciones similares no implicarán gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos del activo y del pasivo transferidos y su valor fiscal en el momento de efectuarse la operación, sino únicamente cuando dichas plusvalías se realicen verdaderamente con la transmisión de los bienes adquiridos.
- La Directiva 2003/49/CE, de régimen fiscal común a los pagos de *intereses y cánones*, que tiene como finalidad suprimir las retenciones en origen para los pagos de intereses y cánones, a fin de evitar obstáculos en este tipo de rentas.
- La Directiva 2003/48/CE, sobre *fiscalidad del ahorro*, que tiene como objeto garantizar una imposición mínima del ahorro para las personas físicas. Nótese que a raíz de la entrada en vigor de la cuestionada Directiva de la fiscalidad del ahorro, otros Estados como Suiza, Andorra, Liechtenstein, San Marino y Mónaco han asumido los compromisos que prescribe dicha norma armonizadora y aplicarán medidas equivalentes en forma de retenciones sobre los rendimientos, y en otros territorios dependientes del Reino Unido y Holanda se aplicarán retenciones en la fuente o cláusulas de intercambio de información para controlar dichos pagos ¹⁰.
- Y por último, la Comisión, con el fin de lograr una mayor uniformidad de las normas de contabilidad de los Estados miembros, ha promulgado el Reglamento (CE) n.º 1725/2003, de 29 de septiembre (LCEur 2003, 3248), por el que se adoptan determinadas *Normas Internacionales de Contabilidad* de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1602/2002, (LCEur 2002, 2362), del Parlamento y del Consejo. Dicho Reglamento complementa desde

¹⁰ Vid. la Decisión 2005/35/CE del Consejo, de 7 de diciembre de 2004, relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Mónaco; la Decisión 2004/903/CE del Consejo, de 29 de noviembre de 2004, relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de San Marino; la Decisión 2004/897/CE del Consejo, de 29 de noviembre de 2004, relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Liechtenstein; la Decisión 2004/828/CE del Consejo, de 2 de noviembre de 2004, relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Andorra; y por último, la Decisión 2004/912/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2004, relativa al Acuerdo con Suiza.

la esfera contable la Directiva 73/660/CE, que contiene la regulación sobre cuentas anuales, la Directiva 83/349/CEE, sobre cuentas consolidadas, y la Directiva 86/635/CEE, relativa a cuentas anuales y cuentas consolidadas de los bancos y entidades de crédito (modificadas por las Directivas 2001/65/CE, y 2003/51/CE, del Parlamento y del Consejo, y por el que sustituyen en las citadas Directivas el término «valor real» por el denominado «valor razonable»¹¹.

Por último, de Derecho blando o *soft law*, la Comisión ha dictado dos Recomendaciones y dos Comunicaciones.

Respecto a las dos recomendaciones dictadas, la primera, de 21 de diciembre de 1993¹², sugiere a los Estados miembros que permitan la opción de tributar en calidad de contribuyentes por el IRPF para las personas físicas residentes en un Estado miembro, que hayan obtenido en el Estado de la fuente durante el ejercicio la mayor parte de su renta. La segunda recomendación dictada el 25 de mayo de 1994 es relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas¹³.

Por otro lado, la Comisión ha dictado dos Comunicaciones. En la primera denominada «La eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo», de 19 de abril de 2001, la Comisión en aras de establecer en un futuro un sistema armonizado de prestaciones de jubilación, propone una estrategia global de lucha contra aquellos obstáculos fiscales que pueden tener un efecto disuasorio tanto sobre las personas que pretenden contribuir a regímenes de jubilación fuera de su Estado miembro de origen, como sobre organismos de pensiones que desean ofrecer prestaciones de jubilación transfronterizas.

Por su parte, la segunda, de 19 de diciembre de 2003, relativa a «la imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior» [COM (2003) 810 final]. La Comunicación, en la línea de lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y en aras de avanzar en la armonización de la tributación de los dividendos percibidos por las personas físicas (la imposición de los dividendos percibidos por las personas jurídicas ya queda cubierta por la Directiva matriz-filial), establece que los dividendos entrantes no pueden someterse a una imposición superior a la que se aplica a los dividendos nacionales, y que los dividendos pagados a no residentes no deben someterse a una imposición superior a la aplicación de los dividendos pagados a los residentes.

Debe también reconocerse que el fenómeno de la globalización ha supuesto una revolución en la forma de entender la economía de mercado. Por un lado, ha permitido que los agentes

¹¹ La legislación española ya ha transpuesto dicha modificación comunitaria a través de las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero que adapta dicho criterio a la Ley 19/1988, de 12 de julio, y con posterioridad, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se modifica el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

¹² *Vid.* Recomendación 94/79/CE, de 21 de diciembre de 1993, de la Comisión Europea, Doc. C(93) 3702, sobre el régimen tributario de determinadas rentas de las personas físicas no residentes, obtenidas en un Estado miembro distinto de aquel donde residen, publicada en DOCE L, n.º 39, de 10 de febrero de 1994, págs. 22 y ss.

¹³ *Vid.* Recomendación 94/390/CE, DO L 177, de 9 de julio de 1994, págs 1 y ss.

económicos privados conozcan y accedan sin prácticamente limitaciones a otros mercados, generalizando el uso legítimo de economías de opción ¹⁴. Incluso, la misma Comisión Europea en la comunicación titulada «Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea» llegó a afirmar en algún momento que la competencia en materia fiscal, en sí misma, debía valorarse positivamente pues reporta un beneficio en la economía particular de los ciudadanos y presiona a la baja el gasto público. Por otro, los Estados se han visto obligados a mirar al exterior adaptando su tributación a estándares internacionales con el fin de evitar que puedan quedar aislados en sus relaciones comerciales ¹⁵. El resultado final de este proceso de convergencia fiscal ha llevado a una mayor neutralidad horizontal, a través de la ampliación de las bases imponibles y a un funcionamiento más eficiente del sector público ¹⁶. De ahí que pudiera justificarse un incentivo fiscal cuando tenga como objeto la atracción de inversiones «nuevas» para favorecer el desarrollo de zonas deprimidas que soportan ciertas desventajas como el desempleo, la falta de recursos naturales, etc. ¹⁷

Sin embargo, detrás de este fin legítimo de los Estados por mejorar su crecimiento económico, pueden aparecer otros fines encubiertos o «espurios» de atracción de capital extranjero distorsionando el mercado en detrimento de las economías de otros países ¹⁸.

¹⁴ En este orden de ideas, B. BRACEWELL-MINES (cfr. «Tax Competition: Harmful or Beneficial», *Intertax*, n.º 3, 1999, pág. 86) ha bendecido el proceso actual de competencia fiscal entre los Estados, pues «si la competencia entre empresas e individuos es beneficiosa, casi sin excepción ¿por qué la competencia entre Estados puede ser nociva?».

¹⁵ En este sentido, J.M.^a VALLEJO (cfr. «La competencia fiscal perjudicial», ob.cit., pág. 1.154) hace referencia al modelo *extensivo* desarrollado durante los años 80 y que llevó a una concatenación de reformas primero en EEUU y Reino Unido, y con posterioridad en la mayoría de los países desarrollados (proceso caracterizado por una disminución progresiva de tipos de gravamen en los impuestos directos a través de una reducción de tramos en las tarifas y un aumento de las bases imponibles, unido a una generalización de fórmulas de neutralidad fiscal en la imposición indirecta). Y más recientemente, al modelo *dual* llevado a cabo en un principio en los países nórdicos y con posterioridad en otros países del entorno europeo (como España) basado en aplicar un tipo de gravamen fijo para las ganancias de capital a largo plazo sometándose el resto de rentas a una tarifa progresiva cuya alícuota más baja coincidirá básicamente con el tipo de gravamen de las citadas rentas del capital. Un último estadio en el proceso de reestructuración de los sistemas fiscales en EEUU y en la Unión Europea se vislumbra desde hace unos años con el establecimiento de impuestos específicos de protección del medio ambiente (impuestos sobre dióxido de carbono, de azufre, etc.) que se conoce con el nombre de reforma fiscal *verde*; cfr. sobre la reforma fiscal verde el trabajo de A. GAGO RODRÍGUEZ; X. LABANDEIRA VILLOT y M. RODRÍGUEZ MÉNDEZ, «La práctica de la imposición ambiental y de las reformas fiscales verdes», en la obra colectiva *Energía, fiscalidad y medio ambiente en España*, IEF, Madrid, 2002, págs. 103 y ss.

¹⁶ Cfr. J.M.^a VALLEJO, *Ibidem*, pág. 1.155.

¹⁷ Cfr. C. PINTO, «EU and OECD to fight Harmful Tax Competition: Has the right path Been Undertaken», *Intertax*, n.º 12, 1998, pág. 390.

¹⁸ En efecto, como advierte C. GARCÍA NOVOA, los Estados en uso de su soberanía tributaria pueden entrar en una dinámica de «competencia fiscal» que acabe por agrandar la grieta de las diferencias relativas a la fiscalidad de los rendimientos procedentes de las distintas alternativas de ahorro e inversión mobiliaria. La libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento de bancos y entidades financieras se conjuga con una evidente diversidad impositiva, lo que unido a la fácil deslocalización de las inversiones mobiliarias conduce a que el factor fiscal resulte determinante a la hora de escoger el destino del ahorro. El resultado –concluye el citado autor– puede ser una tendencia de los distintos Estados a la deslocalización competitiva del ahorro y la inversión mobiliaria. De esta manera, la libertad de circulación de capitales puede acabar convirtiéndose en libertad para orientar inversiones más por criterios de orden fiscal que de orden estrictamente económico»; cfr. C. GARCÍA NOVOA, «Reflexiones sobre la influencia de la globalización en los principios tributarios», en la obra colectiva dirigida por H. TAVEIRA TÓRRES, *Direitto Tributário Internacional*, Quarter Latin, São Paulo, 2003, pág. 53.

Nótese que una política de reducción de la carga tributaria por parte de los Estados resulta plenamente legítima y «saludable» cuando esté directamente encaminada a reducir la presión fiscal de la imposición directa lo que conllevará a un incremento de competitividad de la economía interna ¹⁹. La competencia fiscal «sana» produce efectos económicos eficientes para los Estados miembros:

- Al mantener unos niveles moderados de gasto público;
- Al lograr un equilibrio razonable entre la presión fiscal de los contribuyentes y el nivel de servicios públicos e infraestructuras sociales que reciben del Estado; y por último,
- Además, una presión fiscal reducida supone al mismo tiempo un menor coste de producción para las empresas que operan no sólo en mercados nacionales sino también internacionales ²⁰.

El nudo gordiano de la cuestión reside como venimos señalando en determinar dónde se encuentra el límite entre una política fiscal de un Estado que podría calificarse de «saludable» o «beneficiosa» desde un punto de vista económico por atraer inversión extranjera de una competencia fiscal «perjudicial» que al erosionar bases imponibles desestabiliza la política tributaria internacional que se está desarrollando con carácter general por los distintos Estados ²¹. Nótese que lo que para el Estado que implanta dicha medida resultará «beneficioso» por producir efectos saludables para su economía interna, para el resto de Estados resultará sumamente «perjudicial» al *fagocitarles* parte de su capital invertido o atraer a su jurisdicción las empresas allí radicadas ²². Como puede comprobarse, en muchas ocasiones, se tratará de las dos caras de una misma moneda, pero en otras, habrá en puridad un interés «espurio» de un determinado Estado por atraer inversiones a su jurisdicción con una intención clara de provocar un desmantelamiento de las inversiones existentes en los países de su entorno económico (paraísos fiscales, centros *off shore*) con el fin de atraerlos a su ámbito de aplicación. Esta práctica «perniciosa» será la que deba corregirse mediante

¹⁹ Así se ha llegado a bendecir (cfr. R. RAHN y V. RUGY, «Threats to financial privacy and Tax Competition», *Policy Analysis*, n.º 10, 2003), la llegada de la citada competencia fiscal entre los Estados al suponer un «límite al monopolio de los gobiernos y un instrumento al servicio de la eficiencia en la gestión de las empresas». Incluso se ha afirmado con un planteamiento ciertamente exagerado que la postura de la OCDE y la Unión Europea de limitar la política tributaria de los Estados supone un ataque a los contribuyentes, a la soberanía de los Estados, al secreto fiscal y una afrenta al libre comercio» (cfr. D.J. MITCHELL, «Harmful Tax Competition: harmful to whom», *capitalism Magazine.com*, diciembre-2000).

²⁰ Cfr. R.M. HAMMER, «A business view on tax competition», *Tax Notes International*, julio 1999, pág. 281.

²¹ Para J.M.^a VALLEJO (cfr. *Ibidem*, pág. 1.155), la competencia fiscal perjudicial –a diferencia de la denominada «sana» o «beneficiosa»– aparecerá cuando ventajas fiscales exorbitantes o injustificadas son el motivo de la localización de una actividad o una renta. No obstante, como reconoce el mismo autor, en muchas ocasiones la diferencia no es tan clara, y habrá que cuestionarse si concurre o no la citada competencia fiscal perjudicial.

²² En esta línea se manifiestan también A. GARCÍA DE LA CALLE y F. SERRANO ANTÓN (cfr. «La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 214, 2002, pág. 32) al advertir de la dificultad de determinar exactamente cuándo la competencia fiscal sana se convierte en nociva, tratándose de una cuestión subjetiva al depender de los efectos que padecen cada uno de los Estados. Así, «si un país está afectado por una medida que fomenta la competencia fiscal lesiva, mantendrá que es una competencia fiscal nociva desde su perspectiva, mientras que al mismo tiempo esa competencia puede ser neutral o incluso beneficiosa para otros países o para la economía mundial».

acuerdos macroeconómicos a nivel internacional y en la esfera comunitaria mediante una legislación armonizadora de mínimos, a través de la promulgación de una Directiva sobre la fiscalidad de los no residentes. Téngase presente que la ausencia a nivel comunitario de una armonización más acusada de la imposición directa crea precisamente un terreno abonado para que entre los mismos Estados miembros desarrollen de forma «desleal» este tipo de prácticas que desestabilizan la política tributaria internacional.

C) Competencia fiscal «lesiva».

Hemos apuntado anteriormente las dificultades que se presentan para delimitar los contornos tan difusos en los que gravita la denominada competencia fiscal «saludable» o «beneficiosa» por producir efectos positivos para la economía, y la competencia fiscal que denominaríamos «lesiva» al generarse a través de prácticas perniciosas cuyo objetivo subyacente supone la generación de perjuicios económicos para otros Estados. Se trata en definitiva de dos conceptos jurídicos indeterminados («beneficiosa» y «lesiva») que requieren de una unidad de solución justa en la aplicación del citado concepto a una circunstancia concreta²³. Así, pese al riesgo que siempre entraña la interpretación de dichos conceptos jurídicos indeterminados, intentaremos esclarecer el significado de la que se ha denominado «competencia fiscal lesiva o perniciosa» y que en nuestra opinión, ya lo avanzamos, no son conceptos idénticos al tratarse la competencia fiscal *perniciosa* o *nociva* de una *especie* del concepto genérico de competencia fiscal *lesiva*²⁴.

Se ha afirmado que la competencia fiscal perniciosa surge desde el momento en que existen jurisdicciones que, con el fin de atraer capitales erosionan «bases imponibles» en otros Estados, optando por utilizar el elemento fiscal como ventaja comparativa, y ofreciendo una presión fiscal muy reducida y opacidad informativa sobre las operaciones realizadas en las mismas²⁵.

Así se ha señalado que el paso de la competencia fiscal «sana» a la competencia fiscal «perniciosa» se produce cuando se realizan por parte de los Estados «prácticas fraudulentas» con el uso exclusivo de atraer inversiones, o cuando el objetivo subyacente de la disminución de la carga impositiva en una jurisdicción es, exclusiva o primordialmente, la atracción de inversiones

²³ En efecto, para F. SÁINZ MORENO (cfr. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 442) la interpretación correcta de un concepto jurídico a la vista de un caso concreto sólo admite una solución justa, entendida como aquella solución coherente con la idea de justicia que la norma expresa. Sin embargo, para A. CAYÓN GALIARDO, las decisiones administrativas integradas por un concepto jurídico indeterminado no suponen que cualquier resultado sea válido y justo, pues justo y legítimo sólo hay uno y la máxima aproximación a él es el deber de la Administración; cfr. «La interdicción de la discrecionalidad en la gestión tributaria», Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 36, 1982, pág. 592.

²⁴ Así, en opinión de C. PINTO (cfr. «EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the right Path Been Undertaken?», *Intertax*, n.º 12, 1998, pág. 386) la interpretación de dicho concepto jurídico indeterminado pasa por resolver las dos cuestiones siguientes: ¿cuál es el significado real de competencia fiscal *lesiva*? y ¿cuáles son los criterios para distinguir la competencia fiscal *acceptable* de la *lesiva*?

²⁵ Cfr. V. TANZI, «Globalization, technological developments and the work of fiscal termites», *International Monetary Fund (IMF) working paper*, 00/181 (cit. por J.M.ª VALLEJO, *Ibidem*, pág. 1.155).

extranjeras directas²⁶. Algún sector autorizado de la doctrina ha apuntado como ejemplos de dicha práctica nociva, la reducción del tipo impositivo en el Impuesto sobre Sociedades aplicable a la renta obtenida por inversores no residentes, las vacaciones fiscales (limitadas temporalmente o no) en beneficio de inversores extranjeros, una reducción de los tipos de retención en la fuente sobre las distribuciones de beneficios al exterior, bonificaciones especiales por inversores extranjeros, o la creación de zonas especiales libres de imposición²⁷.

Sin embargo, los ejemplos señalados en nuestra opinión no constituirían en la mayoría de las ocasiones «prácticas fraudulentas» sino manifestaciones de lo que constituiría un ejercicio legítimo de un Estado al llevar a cabo una determinada política fiscal²⁸. Nótese que los Estados miembros no han renunciado a su soberanía fiscal en materia de imposición directa por lo que no existiría en nuestra opinión obstáculo legal para desarrollar dicha competencia fiscal legislativa al favorecer unos intereses económicos frente a otros. Únicamente, podríamos encontrarnos ante problemas por las limitaciones que establece el ordenamiento comunitario cuando se trate de determinados beneficios fiscales que adoptarán la consideración de «ayudas de Estado» que, como es sabido, resultan incompatibles con el ordenamiento comunitario. Así por ejemplo, la implementación por un Estado de unas «vacaciones fiscales» o de un crédito fiscal de forma selectiva, es decir, favoreciendo a unos determinados agentes económicos frente a otros²⁹ podría llevar a calificar dicha medida por la Comisión o en sede jurisdiccional por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como ayuda de Estado proscrita por el Tratado siempre que pusiera en peligro el mercado común al favorecer a unas determinadas empresas o actividades frente a otras³⁰. Nótese que en la letra J del Código de Conducta presentado en el seno

²⁶ El *Business and Industry Advisory Committee* (en adelante BIAC), órgano independiente y consultivo de la OCDE, ha señalado que la «competencia fiscal sana debe atacar principalmente el fomento y la aplicación de prácticas fraudulentas que llevan a cabo algunos países, pues dichas maniobras no sólo distorsionan los mercados internacionales, sino que además son contrarias al propio ser de la economía de mercado; cfr. BIAC, «A Business View on Tax Competition», *Tax Notes Internacional*, julio-1999, pág. 282. Sin embargo, hubiera sido deseable que dicho órgano concretara qué «tipo de prácticas fraudulentas» son las que llevan a cabo los Estados para dar lugar a una «competencia fiscal nociva».

²⁷ Cfr. A. GARCÍA DE LA CALLE y F. SERRANO ANTÓN, *Ibidem*, pág. 31.

²⁸ Como advierte J.M.ª VALLEJO (cfr. *Ibidem*, pág. 1.155), la existencia de diferencias en la tributación entre dos países no supone necesariamente la existencia de competencia fiscal perjudicial. Incluso, «parece lógico suponer la existencia de diferencias en aspectos fiscales, económicos y estructurales entre la mayoría de países o regiones, de forma que es totalmente legítimo que el inversor, en función de la actividad a desarrollar, se localice en aquella jurisdicción que mejores condiciones reúna».

²⁹ Precisamente el TJCE en la Sentencia de 19 de mayo de 1999 (C-6/97) calificó como ayuda de Estado un crédito fiscal (bajo la forma de bonificación en concepto del IRPF, IS, Impuesto local sobre la renta e IVA) que beneficiaba a los transportistas por cuenta ajena excluyendo a los transportistas por cuenta propia ya fueran italianos o nacionales de otros Estados miembros. Un comentario a dicha doctrina así como la reproducción de la Sentencia puede consultarse en M. JIMÉNEZ ZELEDÓN, «Comentario a la Sentencia de 19 de mayo de 1999 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: el concepto de ayuda pública y el principio de especificidad», *Impuestos*, n.º 23, 2001. Incluso, el propio Tribunal Supremo en una Sentencia discutible de 9 de diciembre de 2004 ha calificado de ayuda de Estado (y sin plantear cuestión prejudicial ante el TJCE) el tipo de gravamen del 32,5 por 100 del Impuesto sobre Sociedades establecido en el País Vasco (JUR 2005/32715).

³⁰ Nótese que las ayudas de Estado resultarán incompatibles con el mercado común cuando concurren los requisitos que establece el artículo 87.1 del TCE –art. III-53 del Proyecto de Constitución Europea–: A) Que la medida proporcione a sus beneficiarios una ventaja que reduzca las cargas que normalmente recaen sobre su presupuesto. B) Que la ventaja sea concedida por el propio Estado o mediante fondos procedentes de alguna de las distintas Administraciones territoriales en las que se divide el Estado; C) Que la medida afecte a la competencia y a los intercambios entre los Estados miembros; y D) Que la medida sea específica o selectiva, en el sentido de favorecer «a determinadas empresas o producciones»; No obstante, como advierte A. MARTÍN JIMÉNEZ, para determinar que nos encontramos ante una ayuda de Estado incompatible

de la Unión Europea se señala que «el Consejo observa que parte de las medidas fiscales a que se refiere el presente Código podría entrar en el ámbito de aplicación de lo dispuesto en los artículos 92-94 del Tratado (III-167 y 168 del Tratado de Constitución Europea) sobre ayudas otorgadas por los Estados». No es de extrañar que FALCÓN Y TELLA apele a la promulgación de una Directiva para armonizar este terreno en lugar de abrir sistemáticamente procedimientos respecto a si determinada medida o incentivo fiscal puede calificarse de ayuda de Estado prohibida por el Tratado ³¹.

Por otro lado, la posición que defienden estos autores (de demostrar que la disminución impositiva tiene como objeto «exclusiva o primordialmente» la atracción de inversiones extranjeras directas) nos conduce a un camino ciertamente espinoso en cuanto que por un lado se exigirá la *culpabilidad* del Estado que establece dicha medida al requerirse la concurrencia de un *animus* o intencionalidad manifiesta de perjudicar a terceros y, por otro, se invertirá la carga de la prueba sobre los Estados «perjudicados» por este tipo de medidas supuestamente «nocivas» al recaer sobre ellos como parte acusadora la carga de la prueba de que dicha medida resulta efectivamente «perniciosa» ³². Se nos antoja que ambas cuestiones plantearán dificultades de prueba para estos Estados miembros perjudicados.

Además, se han apuntado otro tipo de dificultades para que el Estado o Estados acusadores consigan probar la lesividad de la medida adoptada ³³: la complejidad de los ordenamientos tributarios; la existencia de otros factores que determinan la localización de una inversión (buena predisposición del Gobierno con ayudas fiscales, laborales o de otra índole, y subvenciones a la entrada de capital extranjero en el país, existencia de mano de obra cualificada, costes laborales reducidos –v. gr. seguros sociales bajos–, buenas infraestructuras de transportes –existencia de aeropuertos y

con el Tratado, resultará necesario que diferenciamos entre aquellas partes de la legislación tributaria que tienen el carácter de medida general y aquellas que pueden ser calificadas como derogaciones de la misma o incentivos particulares. En efecto, «la distinción norma tributaria general-incentivo fiscal, aparentemente simple en el plano teórico, se complica en la práctica pues no todo tratamiento diferenciado es susceptible de dar lugar a una ayuda. Por consiguiente, antes de concluir que una determinada norma es selectiva, debemos definir si esta norma responde a la estructura del tributo en que se integra, pues en este caso no sería una ayuda, sino una medida general»; cfr. A.J. MARTÍN JIMÉNEZ, «El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 87.1 TCE», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 196, 2001, pág. 92. En el mismo sentido, más recientemente puede consultarse el trabajo de R. CÁRDENAS ORTIZ, *Las ayudas de Estado y el Derecho comunitario*, Investigaciones Jurídicas, IEF, Madrid, 2003, pág. 69.

³¹ Así, nadie discute –subraya FALCÓN Y TELLA (cfr. «La desorbitada expansión del concepto de "ayuda de Estado" en la práctica reciente de la Comisión: el ejemplo de la decisión de 31 de octubre de 2000, relativa a la deducción por actividades de exportación contemplada en el artículo 34 de la LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 7, 2001, págs. 6 y 9)– que algunos de estos incentivos fiscales «pueden resultar indeseables desde el punto de vista del mercado interior, en el sentido de suponer distorsiones de la competencia; como de hecho, la propia diferencia de tipos en la imposición directa, entre los Estados miembros, puede provocar ciertas distorsiones. Pero la única solución jurídicamente viable para evitar dichas distorsiones es la adopción de la correspondiente directiva, en el seno del Consejo, que actualmente requiere unanimidad. Lo que no puede hacerse es abrir sistemáticamente procedimientos de ayuda para por esta vía tratar de eludir la exigencia de unanimidad. (...) En efecto, «lo que no cabe es calificar como ayuda las normas internas generales por los Estados miembros, muy amplias todavía, por cierto en materia fiscal; y ello por indeseables que sean las distorsiones que tales normas, o su falta de armonización, pudieran provocar en el mercado interior, en el que la seguridad jurídica tiene reservado un papel tanto o más importante que la competencia, pues sólo así la Comunidad podrá seguir siendo considerada como una Comunidad de Derecho».

³² Así, por ejemplo, en nuestra legislación doméstica el artículo 105.1 de la LGT establece que «en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo».

³³ Cfr. T. GOOSPEED, «Tax Competition, benedit Taxes and Fiscal Federalism», *National Tax Journal*, n.º 3, 1998, pág. 585.

autovías cercanas— y suministros con precios moderados —teléfono, electricidad, gasóleo—); la dificultad para determinar con certeza los recursos que deja de percibir el Estado por el establecimiento de ese régimen privilegiado (beneficios fiscales, diferimiento de la tributación, etc.); y por último, existen normalmente varias políticas fiscales que coinciden en el tiempo, con lo que es muy difícil determinar de forma aislada los efectos de la competencia fiscal ³⁴.

En nuestra opinión, el concepto general que hemos denominado competencia fiscal «lesiva» englobaría dos tipos de medidas o prácticas por parte de los distintos Estados o jurisdicciones. Las denominadas prácticas «perjudiciales» y las «perniciosas» o «nocivas».

Por un lado, las medidas «perjudiciales» podrían ser reprobadas por parte de la Comunidad Internacional, si bien pese a generar perjuicios económicos para otros Estados (v. gr. reducción del tipo de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades, o supresión con carácter general de este impuesto ³⁵) difícilmente podrían catalogarse de ilegales en cuanto que no existen básicamente normas armonizadoras en este terreno de la imposición directa ³⁶. En estos casos, se producirá con carácter general una pérdida de recaudación por parte de determinados Estados que verán disminuidos sus ingresos tributarios por la deslocalización de inversiones (tanto de las rentas de capital como de actividades económicas), o mediante la erosión de sus bases imponibles (v. gr. mediante la constitución de sociedades en países donde la tributación es mucho más reducida). Los problemas pueden surgir cuando dicha sociedad se localice en una determinada zona de baja o nula tributación y no ejerza en sustancia actividad económica alguna, teniendo como objeto transferir artificialmente los beneficios de la matriz a la empresa vinculada que radica en la jurisdicción *off shore*. Esta situación es la que debe corregirse, bien ante normas específicas antiabuso (v. gr. cláusulas de subcapitalización, de transparencia fiscal internacional, o del beneficiario efectivo que aparece en la generalidad de los convenios); o bien mediante cláusulas generales, como la del abuso del derecho, bien mediante el fraude de ley tributaria (en nuestro derecho, el denominado conflicto en la aplicación de la norma tributaria *ex art. 15 LGT*), o bien, de simulación (en atención al actual art. 16 LGT) que pretenden corregir precisamente el *treaty shopping* o abuso del convenio.

Por otro, las prácticas o medidas que denominaríamos «perniciosas» o «nocivas» resultarán menos indulgentes que las citadas anteriormente al incluir siempre un componente doloso, cuando

³⁴ Cfr. A. GARCÍA DE LA CALLE, y F. SERRANO ANTÓN, *Ibidem*, pág. 31.

³⁵ Nótese que si la medida en cuestión afectara a la supresión o exención del impuesto sólo para un determinado tipo de empresas, correríamos el riesgo de que la Comisión calificara dicha medida como ayuda de Estado al resultar incompatible con el Derecho Comunitario. *Vid.* en esta línea, la Decisión de la Comisión de 1 de diciembre de 2004, relativa a la ayuda estatal que Grecia propuso conceder en forma de tipo impositivo reducido a favor de las empresas que realicen inversiones por un valor mínimo de 30 millones de euros (DOCE, de 10 de septiembre de 2005, L 234/11). Igualmente, podrían lesionar el principio comunitario de no discriminación aquellas medidas que sólo favorecieran a las empresas nacionales en detrimento de las de otros Estados miembros (v. gr. distinción de tipos de gravámenes, o de la carga de tener que soportar mayores obligaciones formales, en función de que la sociedad esté o no radicada en dicho Estado).

³⁶ Para S. BOKOBO MOICHE (cfr. «Código de conducta fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la Unión Europea», *Crónica Tributaria*, n.º 93, 2000, pág. 42) una competencia ilimitada en lo que se refiere a los factores móviles «puede imprimir a los sistemas impositivos un sesgo contrario al empleo y hacer más difícil una reducción ordenada y estructurada de la presión fiscal global. Además, la competencia fiscal puede obstaculizar los esfuerzos para reducir los déficit presupuestarios, reducción que no sólo es un fin en sí misma, sino que también es necesaria para cumplir con los criterios de Maastrich y con el Pacto de estabilidad y crecimiento».

concurra alguna de las dos circunstancias siguientes: que dicha jurisdicción no permita el intercambio de información rehuendo generalmente a firmar convenios internacionales o unilaterales con cláusulas específicas de intercambio de información (situación que normalmente se produce con los denominados «paraísos fiscales»); o bien que la citada jurisdicción permita el secreto bancario con objeto de garantizar la opacidad de las operaciones. Esta situación teóricamente queda resuelta a nivel comunitario, en cuanto que los Estados miembros han suscrito la Directiva 2003/93/CE del Consejo, de 7 de octubre de 2003³⁷, por el que se modifica la Directiva 77/799/CEE relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos, si bien, extramuros de la esfera comunitaria, los Estados con regímenes privilegiados no están en principio obligados a facilitar información fiscal.

En nuestra opinión, será precisamente en este estadio donde deban desenvolverse las negociaciones entre los distintos Estados para corregir dichas prácticas que distorsionan el buen funcionamiento de la competencia fiscal «sana» y conduce a una quiebra de las reglas de juego que de una forma u otra han sido aceptadas convencionalmente por la generalidad de los Estados.

En conclusión, para enjuiciar la legitimidad de la competencia fiscal debería distinguirse el ámbito comunitario del propiamente internacional.

Así, fuera del ámbito de la Unión Europea, la competencia fiscal resultará legítima siempre que el país que la practique esté en condiciones de obtener plena información tributaria de sus contribuyentes y la comparta lealmente con otras Administraciones tributarias a través de cláusulas de intercambio de información en los Convenios de doble imposición internacional o bien en Convenios específicos de intercambio de información. Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea debe, en nuestra opinión, darse un paso más. Así resulta incoherente una defensa a ultranza de las libertades comunitarias cuando las divergencias entre la fiscalidad de los Estados miembros originan serias distorsiones a la competencia. El Código de Conducta no supone un instrumento suficiente para atajar estas prácticas, como tampoco consideramos suficiente que sea la normativa actual sobre ayudas de Estado, pues los regímenes *generales* de baja tributación no tienen atribuido ese carácter. Así, por ejemplo, resulta paradójico considerar que las vacaciones fiscales del País Vasco distorsionan el mercado interior (tal como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de diciembre de 2004, o en la esfera propiamente comunitaria, la propia Comisión Europea³⁸) mientras que no lo hacen otros regímenes vigentes en Irlanda, Estonia, Chipre o Malta que disfrutaban como venimos señalando de

³⁷ A nivel nacional, el Real Decreto 1408/2004, de 11 de junio, modifica el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, por el que se establece el procedimiento de aplicación de las Directivas de la Comunidad Europea sobre intercambio de información tributaria.

³⁸ Nótese que dicho precepto ya había sido calificado como ayuda pública incompatible con el mercado común, ordenando la devolución de las pretendidas ayudas. Si bien como advierte R. FALCÓN Y TELLA, dichas decisiones que resultan discutibles, se encuentran actualmente pendientes de recurso ante el Tribunal de primera instancia, la existencia de ayuda ha sido confirmada en relación con la aplicación de las minivacaciones fiscales (así como del crédito fiscal del 45 por 100 para inversiones superiores a 2.500 millones de pesetas) a empresas concretas, en dos sentencias del TJCE de 11 de noviembre de 2004, recaídas respectivamente en los asuntos acumulados C-183 y 197/02, P, *Daewo* (TJCE 2004, 326), y C-186 y 188/02-P, *Ramondín* (TJCE 2004, 327). Un juicio crítico a esta sentencia puede consultarse en el trabajo de R. FALCÓN Y TELLA, «En torno a la STS. 9 de diciembre de 2004, relativa a las normas forales de 1996 (I): los efectos de la declaración de nulidad y el papel del Tribunal Supremo en el control de las ayudas de Estado», *Quincena Fiscal*, n.º 2, 2005, págs. 5 y ss.).

una fiscalidad privilegiada que aplican sobre cualquier inversión que se destina en dichos Estados y con independencia de que tenga el capital un origen o no nacional. El panorama se presenta además preocupante para España en cuanto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia de 15 de julio de 2004 ha calificado de «ayuda de Estado» de acuerdo al Tratado CECA la deducción fiscal en el Impuesto sobre Sociedades a la exportación (art. 34 LIS 43/1995); y queda pendiente también el fallo de este mismo Tribunal ya propiamente conforme al Tratado de la Unión Europea respecto a la actual deducción por actividades de exportación recogida en el artículo 37 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades.

II. LOS INFORMES SOBRE COMPETENCIA FISCAL «LESIVA» EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA OCDE

A) El Código de Conducta de la Unión Europea sobre la fiscalidad de las empresas.

1. La aprobación del Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas.

El Código de Conducta presentado por la Comisión Europea en diciembre de 1997 ³⁹ está estructurado en dos partes claramente diferenciadas. Una primera referida a los conceptos y tipos de prácticas que se califican como perjudiciales; y una segunda, que constituye propiamente un compromiso político por parte de todos los Estados para luchar contra dichas prácticas lesivas.

En particular, el Código de Conducta considera prácticas perniciosas aquellas medidas que impliquen un nivel efectivo considerablemente inferior incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate. Dicho nivel impositivo puede derivarse del tipo impositivo nominal, de la base imponible o de otros factores, como tablas de amortización, el tratamiento fiscal de reservas, provisiones o similares.

Así, en la evaluación del carácter pernicioso de dichas medidas, se tendrían en cuenta entre otros aspectos los siguientes indicadores:

1. La desviación de una medida de las directrices del sistema fiscal general (*Benchmark*) del país correspondiente. Es decir, cuando la legislación fiscal de un Estado ofrece determinados beneficios fiscales o especialidades para unos sujetos frente a otros.
2. Si las ventajas se otorgan sólo a no residentes, o en la práctica dichas medidas se encuentran aisladas del mercado doméstico (*ring-fencing*).
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 (*substance over form*).

³⁹ *Vid.* Comunicación de la Unión Europea, COM (1997) 564.

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 (*Internacional Principles*).
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 (*transparence Principle*)⁴⁰.

El Código de Conducta también hace mención a dos factores o herramientas que deben ser tenidos en cuenta al evaluar si una medida concreta produce efectos «perniciosos» para el Estado. En particular, el documento se refiere a los efectos económicos, así como los políticos que subyacen en toda medida que pretende introducirse en un ordenamiento fiscal determinado. En efecto, por un lado, debe evaluarse el potencial impacto que puede causar la introducción de la medida sobre la economía de los otros Estados miembros (*spill-over*), en comparación con el tratamiento fiscal otorgado por estos últimos a las mismas o similares actividades o contribuyentes. Por otro, también deben tenerse presente los objetivos políticos de fondo perseguidos con la introducción del incentivo fiscal, valorándose si dicha iniciativa tiene como finalidad incentivar y favorecer el desarrollo económico de ciertas áreas deprimidas o subdesarrolladas, dentro de las denominadas «regiones ultraperiféricas e islas de reducida dimensión»⁴¹. Precisamente, numerosas jurisdicciones privilegiadas incursas en el ámbito de la Unión Europea alegarán la necesidad de introducir medidas o incentivos fiscales privilegiados para favorecer el desarrollo económico de «dichas regiones ultraperiféricas e islas de reducida dimensión». Sin embargo, en alguna ocasión dicha justificación alegada por los Estados miembros no ha sido suficiente para evitar la calificación por el Tribunal comunitario de dicha medida como ayuda de Estado. Así, por ejemplo, ha sucedido con el régimen de exención existente en Gibraltar para determinadas sociedades (*vid.* la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2002-Asuntos acumulados T-195/2001 y T-207/2001).

⁴⁰ Así, M. ELLIS (cfr. «Are the measures to curb harmful tax competition necessary?», *European Taxation*, n.º 3, 1999, págs. 79 y ss.) advierte que constituye un error que el Código de Conducta sólo tome en cuenta el campo de la imposición societaria dejando de lado la movilidad del factor trabajo que cada vez es mayor en sectores más cualificados, y que exclusivamente se circunscriba al *ring-fencing* obviando que es posible una bajada de tipos generalizada, concluyendo el citado autor que la competencia fiscal se reduce en último término a una *falta* de *transparencia* de los Estados que adoptan dichas medidas.

⁴¹ Nótese que el documento analizado viene a reconocer implícitamente la necesidad de favorecer dichas zonas económicas ultraperiféricas. Para DI BATISTA, A. y VALENTE, M.G. las medidas fiscales para que resulten compatibles con el Tratado deben reunir los siguientes requisitos: 1. Contribuir al desarrollo regional y estar vinculadas a actividades que tengan repercusión a nivel local. Con este criterio se está excluyendo a las actividades *off shore*, por presentar poca o ninguna vinculación con el desarrollo de la economía regional. 2. Estar destinadas a la lucha contra desventajas regionales reales, con lo cual tampoco resultarían adecuadas las actividades financieras, por verse escasamente afectadas por las desventajas propias del factor regional o insular como, por ejemplo, los costes de transporte; y 3. Ser examinadas en un contexto comunitario de tal forma que la Comisión pueda evaluar los efectos negativos que estas medidas pueden tener en otros Estados miembros (cfr. «La compatibilità delle Zona Economica Speciale (ZEC) delle Isole Canarie alla luce del codice di condotta sulla fiscalità delle imprese», *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n.º 1, 2001, págs. 100 y ss).

Sin embargo, no establece dónde están los límites para que una medida pase de ser «beneficiosa» y «saludable» para la economía de dicha región a «perjudicial» y claramente «lesiva» para los demás Estados. En esta línea, C. PINTO, (cfr. «EU and ECDE to fight Harmful tax competition: Has the right path been undertaken?», *ob.cit.*, pág. 386) ha advertido que esta provisión puede constituir una verdadera «válvula de escape» para aquellas medidas caracterizadas como ayudas de Estado en caso de solapamiento de las distintas fuentes legales de la UE.

Nótese que la incorporación de este criterio debe interrelacionarse con el concepto de ayuda de Estado prohibido por el Tratado (arts. 87-89 TUE y III-53 del Tratado de la Constitución Europea). La Comisión publicó en el año 1998 una «Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas»⁴². El valor jurídico de la Comunicación deriva del hecho de que no se trata de un mero documento en el que la Comisión Europea haya manifestado sus opiniones, sino que se apoya en la doctrina jurisprudencial del TJCE y que se plantea como consecuencia de la liberalización de los movimientos de capitales y de la aprobación del citado Código de Conducta⁴³. La Comisión recoge un *numerus apertus* (o clasificación abierta o ejemplificativa) de medidas fiscales que revistiendo «cualquier forma» reduzcan la carga tributaria:

- La reducción de la base imponible mediante gastos fiscales o deducciones excepcionales, amortizaciones aceleradas o extraordinarias, inscripciones de reservas en el balance, etc.
- La reducción total o parcial de la cuantía del impuesto mediante el uso de exenciones, deducciones, bonificaciones, créditos fiscales, etc.⁴⁴
- El aplazamiento, la anulación, o el diferimiento de la deuda tributaria⁴⁵.

Para evaluar los distintos regímenes potencialmente perjudiciales se creó, por el Consejo Ecofin de diciembre de 1997, el grupo del Código de Conducta presidido desde esa fecha y hasta la actualidad por la Sra. Primarolo.

Una vez detectadas las prácticas desleales realizadas por los distintos Estados, el Grupo de Trabajo realizó hasta el año 2002 una labor de debate y negociación con las distintas jurisdicciones

⁴² Vid. DOCE n.º C 384, de 10 de diciembre de 1998, págs. 3-9 (98/c 384/03).

⁴³ Cfr. A.M. GARCÍA MONCÓ, *La libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*. Madrid, Civitas, Monografías, 1999, pág. 235.

⁴⁴ En este apartado podrían incluirse los incentivos a la inversión (también denominadas «vacaciones fiscales») del régimen fiscal vasco y navarro y que fueron calificadas por la Comisión en la Decisión 93/377/CEE, de 10 de mayo de 1993 (vid. DOCE L 134, de 3 de junio de 1993; reproducida en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 106, 1993, págs. 91 y ss.) de ayudas de Estado resultando incompatibles con el Tratado. Nótese que estos beneficios fiscales gozaban del carácter selectivo propio de una ayuda de Estado, en cuanto que estas ventajas fiscales no podían disfrutarse por aquellas sociedades que teniendo su domicilio fiscal en otro país de la Unión, quisieran establecer una sucursal, agencia o establecimiento en el País Vasco o Navarra, ni tampoco para aquellas sociedades españolas, que instaladas en estos territorios pretendiesen ampliar el ejercicio de su actividad a otros Estados miembros, es decir, que no operasen exclusivamente en el respectivo territorio foral. Igualmente, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha señalado en Sentencia de 6 de marzo de 2002 que las ayudas fiscales concedidas por la Diputación Foral de Álava a determinadas empresas («Daewoo» y «Ramondín») resultan incompatibles con el Tratado. Por último, el TJCE en Sentencia de 21 de marzo de 2002 también ha considerado contrarias al Tratado las ayudas fiscales concedidas por la legislación española a favor de los astilleros de titularidad pública. Sin embargo, el régimen fiscal canario ha eludido el carácter de ayuda al calificarse por la Comisión como región ultraperiférica de la Unión Europea, permitiendo adoptar a dicha Comunidad Autónoma un régimen económico y fiscal singular con objeto de promover el desarrollo social y económico de las Islas. Vid. sobre el particular, el trabajo de L.M.ª RUIBAL PEREIRA, «La compatibilidad de los regímenes fiscales privilegiados en la Unión Europea con los criterios contenidos en el Código de conducta y las normas sobre ayudas de Estado», en la obra colectiva, *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, IEF, Madrid, 2002, pág. 219.

⁴⁵ Vid. apartado 9 de la Comunicación 98/C 384/03.

dicciones para que suprimieran las distintas medidas que habían sido calificadas como lesivas. En este sentido, España ha colaborado al dismantelamiento de dichos regímenes preferenciales suprimiendo los Centros de coordinación del País Vasco y Navarra, y modificando el régimen especial de hidrocarburos para adecuarlo al Código de Conducta. Sin embargo, es de lamentar que otros países no hayan querido colaborar de forma tan eficaz suprimiendo dichos regímenes preferenciales llegando todo lo más a un compromiso para su modificación para dentro de unos años. En efecto, así los Centros de Coordinación belgas, *Foreign Income* de Irlanda, *Holdings 1929* luxemburguesas, y la *Financiación Internacional* de Holanda tienen una prórroga hasta diciembre del 2010, y la Zona Económica Libre de Madeira (Portugal) hasta 2011. Igualmente, los regímenes preferenciales de los territorios dependientes de Reino Unido y Holanda han sido prorrogados hasta el año 2019. En otras ocasiones, ha sido el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha declarado contrarios al Derecho comunitario dichos regímenes preferenciales calificándolos de «ayudas de Estado» (vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 30 abril de 2002 –asuntos acumulados T-195/2001 y T-207/2001–, respecto de las sociedades exentas radicadas en Gibraltar; o la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2004 –asunto C-501/2002– respecto a la deducción por actividades a la exportación a favor de las empresas siderúrgicas conforme al Tratado CECA –sin embargo, queda pendiente de resolución el contencioso que tiene el Gobierno de España con respecto a este tipo de ayudas en relación ahora ya con el Tratado de la Unión Europea–.

Sin embargo, y pese al gran esfuerzo realizado por detectar dichas prácticas nocivas, por desgracia el Código de Conducta no tiene valor jurídico alguno, traduciéndose en un compromiso político de los Estados miembros para luchar contra dichas prácticas lesivas en aras de guiar y programar una acción de buena conducta de los Estados en la esfera de la fiscalidad de las empresas. Así en el Preámbulo de la Resolución las partes intervinientes señalan expresamente 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».

Por consiguiente, constituye un derecho complementario frente al derecho originario de los Tratados y al derecho de los actos que emanan de las instituciones comunitarias⁴⁶. Así, como derecho complementario ocupa la posición más subsidiaria en relación con el resto del ordenamiento comunitario, no pudiendo ser objeto de control de legalidad, o servir de base de referencia para el

⁴⁶ Cfr. ISAAC, G. *Manual de Derecho comunitario general*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, págs. 176 y 177. En la misma línea, de forma unánime la doctrina se pronuncia a favor del carácter no vinculante del Código de conducta sobre los Estados miembros; cfr. E. ALBI IBÁÑEZ, «La armonización de la fiscalidad directa ante el euro», *Economistas*, n.º 78, 1998, pág. 243. S. BOKOBO MOICHE, «Código de conducta fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 47. A.M. GARCÍA-MONCÓ, *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 226. P.M. HERRERA MOLINA, «Nuevas perspectivas de armonización fiscal (Comentario a la nota "Panorama sobre el proceso de armonización fiscal" elaborado por el Grupo de Intercambio sobre asuntos europeos», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 187/188, 2000, pág. 86. I. ROCHE LAGUNA, *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros (Armonización de la imposición directa en la Comunidad Europea)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 20. L. RUIBAL PEREIRA, «Código de conducta para la fiscalidad de las empresas», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 179, 1999, pág. 106.

control de legalidad de los actos de las instituciones y tampoco puede ser objeto de una interpretación prejudicial, puesto que no existe disposición alguna especial a tal fin en la resolución ⁴⁷.

Además, el Código de Conducta ha constituido hasta la fecha un compromiso de los Estados miembros con efectos no sólo respecto de los regímenes actuales existentes que hayan sido considerados perjudiciales (*roll-back*), sino también con efectos *ad futurum*, al restringir la aparición en adelante de otros regímenes de similares características (*stand-still*), ya que en caso de que un Estado miembro pretendiese aprobar una medida que pudiera aparentemente resultar lesiva tendría que poner dicha iniciativa legislativa en conocimiento de la Comisión a efectos de someterla a examen.

2. Estado de la cuestión y líneas de actuación para el futuro.

El Grupo del Código de Conducta ha ido teniendo encuentros bilaterales con los distintos países o jurisdicciones que aparecen en la *lista negra* a fin de que accedan a derogar aquellos regímenes calificados como «perniciosos» por el Código de Conducta. Fruto de ese proceso negociador, en algunos casos como venimos señalando se ha llegado a la supresión inmediata de determinados regímenes calificados como «perjudiciales» como ha sucedido en España con los Centros de coordinación del País Vasco y Navarra, y la modificación del régimen especial de Hidrocarburos y, en otras ocasiones, se ha alcanzado un acuerdo para su derogación aunque condicionado a su pervivencia durante un período transitorio. Éste es el caso de los Centros de Coordinación de Bélgica, la *Foreign Income* de Irlanda, las *Holdings 1929* de Luxemburgo y la *Financiación Internacional* de Holanda que tiene un plazo de vigencia hasta 31 de diciembre de 2010, mientras que la Zona Económica Libre de Madeira tiene de plazo hasta 2011 para su derogación. Por último, los regímenes de los territorios dependientes de Reino Unido y Holanda han sido prorrogados hasta el año 2019. Entendemos que será difícil negociar la abolición de determinados regímenes privilegiados existentes extramuros de la Unión Europea con arreglo al *level playing field* cuando en el propio ámbito comunitario pervivirán en el tiempo también determinadas zonas de baja o nula tributación.

Por otro lado, en estos momentos el Grupo del Código de Conducta también mantiene un proceso de supervisión de la legislación tributaria de los nuevos Estados miembros a fin de que no alteren el compromiso político de los distintos Estados de cumplir un Código de buena conducta.

B) El informe sobre competencia fiscal «perjudicial» de la OCDE.

1. El informe sobre competencia fiscal perjudicial de 1998.

Desde el año 1996 la competencia fiscal «lesiva» ha sido uno de los temas prioritarios de análisis por la OCDE. En particular, esta preocupación tiene origen en una solicitud formulada el 22 de

⁴⁷ Como acertadamente señala S. БОКОВО, «el Código de conducta puede parecer pura ilusión. No obstante, en un terreno tan difícilmente transitable como la coordinación fiscal en el ámbito de la imposición directa, y en el que las soluciones se van abriendo paso con extrema lentitud, cualquier auxilio, por elemental que sea, debe ser bienvenido, máxime cuando, puede ser la etapa preparatoria de una mayor juridificación de las reglas armonizadoras en esta materia»; cfr. *Ibidem*, pág. 47.

mayo de 1996 por los Ministros de los países miembros de la OCDE a esta organización para la realización de un estudio con el fin de «desarrollar medidas para contrarrestar las distorsiones producidas por la competencia fiscal perjudicial sobre las decisiones de inversión y financiación».

El Comité de Asuntos Fiscales aprobó el 9 de abril de 1998 un primer trabajo sobre la materia bajo el título «Informe sobre competencia fiscal perjudicial: un problema mundial» (*Harmful Tax Competition: an Emerging Global*)⁴⁸. Para la OCDE la competencia fiscal «lesiva» tiene origen cuando se explota la interacción de los sistemas fiscales para la creación de provisiones fiscales que erosionan bases imponibles de otros países⁴⁹. Este estudio recoge un «inventario» de indicadores para identificar determinadas prácticas «lesivas» distinguiendo entre aquellas medidas que resultan con carácter general «perjudiciales» de aquellas otras que tienen la consideración de «paraísos fiscales»⁵⁰. Con buen criterio, la OCDE distingue entre los que podrían denominarse paraísos fiscales *clásicos*, es decir, aquellos territorios que no precisan de impuestos para atender las necesidades públicas, de aquellos otros Estados que teniendo un ordenamiento impositivo de carácter *ortodoxo* conceden, sin embargo, algún tipo de exención o beneficio fiscal para determinadas rentas produciendo importantes distorsiones en el sistema tributario internacional.

La OCDE parte como premisa de que la globalización económica ha permitido desde hace unos años una mayor movilidad de las rentas del capital y de actividades económicas llevando en consecuencia a que los distintos Estados adquieran una mayor capacidad para incidir en las economías de otros países. Precisamente, ésta es la causa principal del incremento de la competencia fiscal.

a) Indicadores para identificar regímenes tributarios «perjudiciales».

El informe establece cuatro indicadores significativos de la existencia por parte de una determinada jurisdicción de una competencia fiscal «perjudicial»:

- Inexistencia de tributación o tipos de gravamen reducidos;
- Estaqueidad o aislamiento del régimen *ring-fencing*, de tal forma que las ventajas fiscales existentes en dicha jurisdicción se limitan sólo a los no residentes, o están

⁴⁸ Dicho Informe fue aprobado por la generalidad de todos los países, salvo Suiza y Luxemburgo que se abstuvieron, y presentado ante el Consejo de Ministros los días 27 y 28 de abril de 1998.

⁴⁹ *Vid.* Informe OCDE 1998, pág. 16. Así, siguiendo a A. GARCÍA DE LA CALLE y F. SERRANO ANTÓN (cfr. «La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control», *ob.cit.*, pág. 29) el asalto ilegal de las bases imponibles de otros Estados da lugar a una competencia fiscal lesiva, pues el efecto «dominó» sobre los otros países no es meramente formal, sino que produce una corrección efectiva de los flujos de capital y de inversión, y en consecuencia, de los correspondientes ingresos de otras jurisdicciones por la oferta agresiva realizada por un Estado.

⁵⁰ Un estudio comparativo del Informe OCDE así como del Código de Conducta presentado en el seno de la Unión Europea puede encontrarse en el trabajo de J. OWENS, «Tax Competition and Tax Co-ordination between Countries within and outside of EU», *Austrian Federal Ministry of Finance and Austrian Institute of Economic Research*, Conference on Tax Competition and Tax Co-ordination, Viena 13 y 14 de julio de 1998 (cit. por A. GARCÍA DE LA CALLE y F. SERRANO ANTÓN, «La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 214, 2002, pág. 58).

totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que los ingresos nacionales no resultan afectados ⁵¹;

- Falta de transparencia; y por último,
- No permiten el intercambio de información entre las distintas Administraciones tributarias.

b) Indicadores para identificar paraísos fiscales.

El Informe distingue cuatro índices o indicadores que determinan la existencia de paraísos fiscales:

- Nivel de imposición bajo o nulo;
- Trabas para realizar un intercambio de información entre las distintas Administraciones tributarias;
- Ausencia de transparencia respecto a la regulación normativa que rige en dichas jurisdicciones; y por último,
- Ausencia de actividad económica sustancial en un Estado teniendo únicamente una presencia formal o registral con el único objeto de favorecerse de la privilegiada fiscalidad de esa jurisdicción.

No obstante, el Informe advierte de que la existencia de este régimen preferencial está condicionada a la concurrencia del primer indicador y de alguno otro de los tres restantes.

Además, con carácter auxiliar se recogen otros aspectos relevantes para proceder a dicha identificación: la no aplicación de los criterios sobre precios de transferencia elaborados por la OCDE, definiciones artificiales de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, exención de rentas de fuente extranjera, la posibilidad de negociar con las autoridades tributarias las condiciones de tributación (*rulings*), o la notoriedad de la fama internacional de la jurisdicción como paraíso fiscal (*reputation test*) ⁵².

Precisamente el Comité de Asuntos Fiscales se hizo eco de una de las recomendaciones propuestas y creó en abril de 1998 el *Foro de competencia fiscal perjudicial* con el fin de elaborar una lista de paraísos fiscales y otra de regímenes fiscales «perjudiciales».

⁵¹ Para A. MALDONADO GARCÍA-VERDUGO (cfr. «Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales», *Documentos de trabajo*, IEF, n.º 1, 2002, págs. 14 y 15) el criterio de estanqueidad tiene todo su sentido en la Unión Europea. Así, el Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas hace referencia a este criterio en sus apartados B1) y B2). Sin embargo, en el ámbito de los países de la OCDE, donde no existe un mercado único, el criterio de estanqueidad sólo parece tener su justificación en su carácter de criterio «preventivo».

⁵² Cfr. J.M.ª VALLEJO, *Ibidem*, pág. 1.162.

2. El informe de progreso de 2000.

En virtud de la petición formulada por el Comité de Asuntos Fiscales, el Foro de competencia fiscal perjudicial elaboró un estudio denominado «Informe sobre los progresos en la identificación y eliminación de prácticas fiscales perniciosas» (*Towards Global Tax Cooperation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*) recogiendo una lista de regímenes fiscales perjudiciales de los Estados miembros, y otra de paraísos fiscales⁵³.

3. El informe de 2001.

a) La revisión de los criterios para determinar la competencia fiscal perjudicial.

A raíz de un movimiento interno en la OCDE se presenta un año después un nuevo Informe en el que se anuncia el abandono del criterio de la ausencia de actividad sustancial para la identificación de los paraísos fiscales. Además, se realizan diversos contactos con los países no miembros de la OCDE para hacerles partícipes de la preocupación existente en el seno de esta Organización con el empleo de estas prácticas perniciosas a fin de atraer inversiones en estas jurisdicciones.

El gobierno norteamericano con la llegada de George Bush a la *Casa Blanca* cambia la concepción de su política fiscal internacional al entender que cada Estado es soberano para determinar el nivel de tributación y la organización de su sistema tributario, si bien debe ser transparente facilitando la información que permita a cualquier Estado gravar por obligación ilimitada a aquellos contribuyentes que decidan invertir en dichas zonas de baja o nula tributación⁵⁴.

Por consiguiente, se elimina el criterio de la existencia de actividad económica sustancial quedando subsistentes la falta de transparencia y el intercambio de información como únicos indicadores para considerar a esas jurisdicciones como paraísos fiscales. Así, respecto a la transparencia se requiere que dichas *tax free zones* tengan capacidad para identificar a los beneficiarios efectivos de las sociedades⁵⁵, establezcan obligaciones contables y de auditoría, y dispongan de acceso a la información bancaria y contable eliminando de sus ordenamientos jurídicos el secreto bancario. En

⁵³ Sobre el particular, *vid.* nuestro trabajo publicado en el Libro Homenaje a Rafael CALVO ORTEGA, *Lex Nova- IEF*, vol. II, 2005.

⁵⁴ Cfr. A. MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, «Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales», *ob. cit.*, págs. 7 y ss. No debe perderse de vista que las Islas Vírgenes (técnicamente calificadas de paraíso fiscal) forman parte de la jurisdicción norteamericana por lo que EEUU tiene intereses económicos directos sobre los criterios que se adopten por los países de la OCDE para llegar a un acuerdo sobre qué indicadores deben concurrir para calificar a un Estado como «paraíso fiscal».

⁵⁵ Precisamente, en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (cánones) del MC OCDE se regula expresamente la cláusula del beneficiario efectivo (*beneficial owner*). *Vid.* sobre el particular, nuestro trabajo, «La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE», en la obra colectiva *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, IEF, Madrid, 2002, págs. 66 y ss. *Vid.* también a F.A. VEGA BORREGO, «Las cláusulas de limitación de beneficios en los Convenios de doble imposición internacional», *Investigaciones Jurídicas*, IEF, Madrid, 2003.

cuanto al intercambio de información, se estableció que debería garantizar información relevante a cada requerimiento individualizado garantizando la confidencialidad de la información facilitada, evitar la aplicación del principio de doble incriminación en los requerimientos de información en el contexto de expedientes penales, y la aplicación del principio del interés doméstico en los requerimientos de información en el contexto de expedientes civiles.

La política de actuaciones será diversa en función de que dicha jurisdicción tenga intención de cooperar con la OCDE. Para aquellos Estados no colaboradores, la OCDE tendría encuentros particularizados para negociar el plazo de eliminación de ese régimen fiscal lesivo o, en su caso, garantizar su transparencia introduciendo en sus ordenamientos una cláusula de intercambio de información. Por su parte, para aquellos Estados no colaboradores (calificados propiamente como paraísos fiscales) los países pertenecientes a la OCDE implementarían en sus sistemas tributarios medidas defensivas que desanimen a los contribuyentes a invertir en dichas jurisdicciones. Por último, se decide llevar a cabo un plan de actuación coordinado para negociar la eliminación de los regímenes fiscales perjudiciales tanto de los países miembros de la OCDE (v. *gr.* Holanda, Suiza y Luxemburgo), como de los no miembros a esta Organización (Andorra, Liechtenstein, Mónaco, Islas Gernsey, Islas Mauricio, Isla de Man, etc.).

b) La publicación de la lista de las jurisdicciones no colaboradoras.

Como venimos señalando la OCDE modifica su concepción de competencia fiscal «lesiva», quedando ésta relegada a aquellos Estados o zonas de baja tributación que no tuvieran intención de comprometerse en un plazo no superior a antes de 2002 a garantizar la transparencia de las operaciones que se realicen en su jurisdicción así como que no incorporen en su ordenamiento una cláusula de intercambio de información. Partiendo de esta situación, la OCDE ha distinguido entre jurisdicciones colaboradoras y no colaboradoras, publicándose el día 18 de abril de 2002 la lista de jurisdicciones que hasta la fecha no tenían intención de cooperar quedando reducida a cinco zonas consideradas como paraísos fiscales por no alcanzar con éstas hasta la fecha un compromiso de colaboración: Andorra, Islas Marshall, Liechtenstein, Liberia y Mónaco.

c) La elaboración en 2002 del Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria.

En septiembre de 2000 el Foro de competencia fiscal perjudicial creó un Grupo de Trabajo formado por representantes de veinticuatro Estados para avanzar en el intercambio efectivo de información actuando como copresidentes la representación Holandesa y de Malta. Este Grupo de Trabajo publicó en abril de 2002 el denominado «Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria» recogiendo las pautas de lo que ha de ser la guía o patrón a seguir en materia de intercambio de información debiéndose ratificarse por todos los Estados con independencia de su pertenencia o no a la OCDE ⁵⁶.

⁵⁶ Cfr. J.M.^a VALLEJO, «La competencia fiscal perjudicial», ob. cit., pág. 1.168.

El Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información tiene entre otros los siguientes rasgos singulares ⁵⁷:

En cuanto al ámbito de aplicación, el Modelo de Acuerdo extiende el intercambio de información no sólo en materia tributaria sino también a litigios de índole civil y penal.

- En cuanto a las entidades obligadas a suministrar información, se extiende a todo agente económico que disponga de información relevante en materia tributaria (v. gr. entidades bancarias, financieras, fiduciarias, de seguros, o de planes de pensiones).
- Además, no se permite alegar el principio de interés doméstico, de forma que la información debe proporcionarse aunque el país requerido no tenga interés en recabar información sobre ese contribuyente.
- Ha de garantizarse la defensa de los intereses legítimos de los sujetos investigados, tratándose la información de forma confidencial.
- Las peticiones cursadas han de ser individualizadas respecto a sujetos determinados.
- Por último, no se está obligado a suministrar aquella información que no sea necesaria o relevante para el Estado requirente.

4. *El informe de progreso de 2004.*

a) Negociaciones con los regímenes «lesivos» de los Estados miembros de la OCDE.

La OCDE pretendiendo avanzar en esta materia publicó el Informe de progreso de 2004 en el que se recoge el plan de actuación realizado con los Estados miembros de la OCDE que contienen en sus ordenamientos regímenes fiscales lesivos para el resto de Estados, así como los progresos realizados en materia de intercambio de información con los paraísos fiscales con compromiso de cooperar en este terreno, denominados ahora por el Informe «socios colaboradores».

El Foro de competencia fiscal perjudicial finaliza sus trabajos de desarrollo sobre los criterios de identificación de los sistemas fiscales perjudiciales recogidos en el Informe de 1998 conocidas como «notas de aplicación». Así, entre los temas que se analizan con mayor detalle por el Foro podrían citarse: las posibilidades de negociar con las autoridades tributarias las condiciones de tributación (*rulings*), la estanqueidad, la ausencia de cláusulas de intercambio efectivo de información, la falta de transparencia de las prácticas fiscales lesivas, la omisión de las reglas internacionalmente aceptadas sobre precios de transferencia, así como determinados regímenes fiscales privilegiados como son el de las sociedades *holdings*, el de los fondos de inversión o, por último, el de los regímenes navieros.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, pág. 1.168.

Las mayores dificultades se han encontrado con Suiza y Luxemburgo, pues estos Estados mantienen en su ordenamiento jurídico el secreto bancario resistiéndose en un principio a implementar en su sistema tributario el intercambio de información ⁵⁸.

b) Negociaciones con los «socios colaboradores».

Desde la aprobación del Modelo de Acuerdo de intercambio de información de 2002 la OCDE ha iniciado una serie de contactos con las jurisdicciones dispuestas a colaborar, denominados ahora «socios colaboradores» a fin de lograr acuerdos con cada Estado para que eliminen dichos regímenes lesivos o, en su caso, se comprometan a garantizar la transparencia de las operaciones económicas que se realicen en su demarcación en base al Modelo de Acuerdo de intercambio de información suscrito por los países de la OCDE.

Sin embargo, la actitud de Suiza y Luxemburgo ha generado una situación de bloqueo en las negociaciones con los paraísos fiscales, dado que éstos no aceptan realizar ninguna concesión en materia de intercambio de información mientras haya Estados miembros de la OCDE que no estén dispuestos a eliminar de su ordenamiento el secreto bancario ⁵⁹.

Para la solución de esta cuestión, se ha creado recientemente un Subgrupo o Grupo Informal de contacto entre los países de la OCDE y los socios colaboradores para definir las «reglas de juego equitativas», es decir, el *level playing field* (campo de juego equilibrado), o los presupuestos de hecho necesarios para que un Estado perteneciente a la OCDE, o bien un país o zona de baja tributación se encuentren obligados a suministrar información particularizada de un agente económico que opera en su jurisdicción. Precisamente, lo deseable para avanzar en este terreno sería que Luxemburgo que por fin ha accedido a suscribir la Directiva del ahorro fuera el primero en dar el paso hacia la eliminación del secreto bancario de su ordenamiento, al objeto de servir de ejemplo al resto de países no pertenecientes a la OCDE ⁶⁰.

⁵⁸ En esta línea, J.M.^a VALLEJO (cfr. *Ibidem*, pág. 1.169), aclara que «estos Estados se han venido absteniendo en todos los informes y evaluaciones del ejercicio contra la competencia fiscal perjudicial, y consideran que no están obligados por el mismo, por lo que han rechazado las condiciones que las notas de aplicación imponen sobre intercambio de información. Así, en el informe de progreso de 2004 estos dos regímenes están pendientes de evaluación».

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 1.170.

⁶⁰ Sin embargo, el artículo 17 de la Directiva 2003/48/del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, establece la cautela de que «los Estados miembros aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2005, pero siempre que la confederación Suiza, el principado de Liechtenstein, la República de San Marino, el Principado de Mónaco y el Principado de Andorra apliquen a partir de la misma fecha medidas equivalentes a las contenidas en la presente Directiva, de conformidad con acuerdos celebrados por dichos países con la Comunidad Europea, previas decisiones del Consejo adoptadas por unanimidad (...), así como "se hayan establecido todos los acuerdos u otros arreglos que estipulen que todos los territorios dependientes o asociados pertenecientes (Islas del Canal, Isla de Man y los territorios dependientes o asociados del Caribe) aplicarán a partir de esa misma fecha un intercambio automático de información (...)". Estos países han firmado un acuerdo con la Comunidad Europea para introducir en su ordenamiento medidas equivalentes a las que prevé la Directiva sobre fiscalidad del ahorro. En particular, se establece una retención a cuenta de los intereses abonados a los residentes de los Estados miembros de la Unión Europea, un mecanismo que permite el reparto de los ingresos con el Estado miembro de residencia del beneficiario de los intereses, y una notificación voluntaria de datos, relativos a los pagos de intereses con el consentimiento

5. El informe de progreso de 2005.

El Grupo informal presentó en junio de 2004 un informe sobre los elementos que deben concurrir para definir las «reglas de juego equitativas» (*level playing field*). Además, para avanzar en este terreno se diseña un plan de actuación cimentado sobre tres pilares. En primer lugar, en una esfera individual, la OCDE instará a todos los Estados a realizar los pertinentes cambios en su legislación para garantizar el intercambio de información y la transparencia en las operaciones comerciales que puedan realizarse en su demarcación territorial. En segundo lugar, en una esfera bilateral, sería deseable que el Modelo de intercambio de información de 2002 propuesto por la OCDE resulte aplicable para aquellos convenios que se aprueben por las partes a partir de enero de 2006. Por último, a nivel internacional, se ha elaborado un cuestionario que se ha remitido a los distintos Estados a fin de que lo cumplimenten y pueda llegarse a un consenso sobre lo que ha de entenderse como legislación transparente a efectos de intercambiar la información con otros países. En esta línea, se pretende elaborar sobre la base de los cuestionarios cumplimentados un Informe sobre transparencia e intercambio de información que pueda ser objeto de estudio en el Foro Global que se celebrará en octubre de este año 2005.

6. Estado de la cuestión y líneas de actuación para el futuro.

Debe felicitarse a la OCDE por la identificación de los regímenes fiscales perjudiciales, así como por la puesta en marcha de un plan de actuación para su eliminación. Los trabajos realizados a este efecto tienen una vocación dinámica, en cuanto que están sometidos en todo momento a revisión, tanto respecto a jurisdicciones antes no colaboradoras que se adhieran a los postulados de la OCDE en este terreno, así como de nuevos regímenes fiscales perjudiciales que aparezcan con posterioridad (cláusula *stand still*).

Actualmente se abren tres líneas de actuación en este terreno:

- Respecto de los regímenes fiscales perjudiciales en Estados miembros de la OCDE (v. gr. Compañías administrativas y de servicios de Suiza, así como Compañías 1929 de Luxemburgo) se pretende cerrar una fecha de derogación de ambos regímenes privilegiados o, en su caso, admitir en dichos Estados el intercambio efectivo de información.
- Respecto de los «socios colaboradores» (es decir, paraísos fiscales que se hayan comprometido a facilitar información de las operaciones económicas realizadas en sus jurisdicciones) se pretende avanzar en la fijación de una fecha determinada para la inclusión en sus ordenamientos de cláusulas de intercambio de información tal como establece el

del contribuyente y un intercambio de información, previa solicitud, en caso de fraude fiscal. *Vid.* Decisión 2005/35/CE, de 7 de diciembre de 2004, de Acuerdo con el Principado de Mónaco; Decisión 2004/903/CE, de 29 de noviembre de 2004, de Acuerdo con la República de San Marino; Decisión 2004/897/CE, de 29 de noviembre de 2004, de Acuerdo con el Principado de Liechtenstein; Decisión 2004/828/CE, de 2 de noviembre de 2004, de Acuerdo con el Principado de Andorra; y por último, Decisión 2004/912/CE, de 25 de diciembre de 2004, de Acuerdo con la Confederación Suiza.

artículo 26 MC OCDE con las mejoras que puedan realizarse en este terreno por acuerdos internacionales.

- Por último, respecto de los paraísos fiscales sin intención de cooperar, se pretende concertar nuevos encuentros a fin de que se adhieran como los demás socios colaboradores a la fijación de un calendario al objeto de que implementen al menos a medio plazo cláusulas de intercambio efectivo de información en los términos recogidos en el Modelo de 2002 de Acuerdo de intercambio efectivo de información en materia tributaria.

Tras la exposición sintética de cuáles son las líneas de actuación en esta materia podríamos recordar una máxima del moralista *Jean DE LA BRUYÈRE* que apuntaba que al hilo de las decisiones que un sujeto ha de tomar en la vida «hay siempre un camino para recorrer y mil para alejarse». En nuestra opinión, y parafraseando a este escritor francés del siglo XVII, entendemos que a nivel internacional la OCDE *ha tomado el sendero correcto, pero queda todavía mucho camino por recorrer*, pues existen demasiados intereses económicos en juego que no siempre son fáciles de conciliar (recuérdese, entre otros el clásico debate entre la tributación conforme al criterio de la residencia o el de la fuente).

III. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA NECESIDAD DE ARMONIZAR LA IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES

Una vez analizados los rasgos más sobresalientes que se han ido desarrollando en el marco de la Unión Europea y de la OCDE para combatir la denominada «competencia fiscal perniciosa», puede apuntarse como primera reflexión que la competencia fiscal *lesiva* produce una pérdida de recaudación tributaria lo que se traducirá en la consiguiente reducción de los recursos disponibles para el sostenimiento de los gastos públicos⁶¹. En efecto, esta situación de distorsión en los sistemas fiscales de los Estados obligará por un lado a buscar otras fuentes alternativas de financiación para evitar un deterioro de la calidad de los servicios públicos y una desaceleración de la economía. Y por otro, los Estados se verán obligados a descargar el peso de la recaudación sobre otras rentas menos móviles como las derivadas del trabajo, lo que podría traducirse en un incremento de la

⁶¹ En este orden de ideas también resulta paradójico el cerco que está llevando a cabo actualmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de las cláusulas específicas antiabuso existentes en los ordenamientos tributarios de los Estados miembros (v. gr. cláusula alemana de subcapitalización en el Asunto *Lankhorst* –STJCE de 12 de diciembre de 2002, As. C-324/00, Rec. p. I-11779–) por lesionar supuestamente las libertades económicas recogidas en el Tratado. No obstante, frente a ese supuesto ejercicio honorable del Tribunal por salvaguardar las libertades comunitarias no se nos escapa la pérdida de recaudación que sufrirán de ahora en adelante los Estados miembros –que curiosamente son los que tienen que financiar las distintas Instituciones comunitarias de entre las cuales se encuentra el propio Tribunal de Luxemburgo– al legitimar la existencia de esta falla. Sobre la actitud firme del Tribunal Europeo de dismantelar las normas especiales antiabuso de los Estados miembros; vid. C.GARCÍA-HERRERA BLANCO y P.M. HERRERA MOLINA, «¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? Reflexiones ante la Jurisprudencia Comunitaria sobre las cláusulas antiabuso y la reacción del legislador español», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, n.º 251, 2004, págs. 47 y ss.

tasa de desempleo y la sustitución en los procesos de producción del factor trabajo por capital ⁶². E incluso desde hace unos años se avanza también en un proceso de atracción de las rentas del trabajo. Esto explicaría el régimen fiscal privilegiado existente en algunos países de la Unión Europea (v. gr. Francia, Reino Unido, España o Suecia) para favorecer los cambios de residencia con la llegada de los denominados de forma informal «impatriados» ⁶³.

Además podría cuestionarse si detrás de la política de la OCDE y de la Unión Europea por eliminar este tipo de medidas «desleales» existe una invitación subliminal para que todos los Estados alcancen un acuerdo sobre la adopción del criterio de tributación exclusiva en el Estado de la residencia, eliminando el gravamen de la renta en el Estado de la fuente ⁶⁴. Sin embargo, no podemos compartir esta opinión al excederse de la propia ratio que subyace detrás de esta política internacional de erradicación de la competencia fiscal perniciosa, pues el único elemento en común que concurre con la defensa de una competencia fiscal «saludable» y la supresión de la tributación en destino reside en el interés manifiesto de los Estados integrantes de la OCDE por alcanzar acuerdos macroeconómicos que vinculen a todas las jurisdicciones fiscales sin excepción.

En efecto, no debe perderse de vista que con independencia de que estos regímenes privilegiados puedan perjudicar a una generalidad de países, en puridad detrás de la aceptación por parte de los Estados de los criterios de competencia fiscal «sana» que va postulando la OCDE y la Unión Europea habría que reconocer una renuncia de la soberanía fiscal de estas jurisdicciones en beneficio en la mayoría de las ocasiones de países que contribuyen en mayor proporción a una política de gasto social, constituyendo éste un serio obstáculo para avanzar en este terreno ⁶⁵.

Es cierto que estas prácticas distorsionan las economías de estos países, pero este mismo efecto también se produce por ejemplo con los productos importados (v. gr. a nivel internacional,

⁶² Como advierte C. PINTO (cfr. «EU and OECD to fight Harmful Tax Competition: Has the right parth been undertaken», *Intertax*, n.º 12, 1998, pág. 387), tanto la equidad horizontal como la equidad vertical se verán probablemente afectadas de modo negativo cuando la carga fiscal es proporcionalmente mucho más elevada sobre los asalariados que sobre los contribuyentes de rentas altas, y desde una óptica internacional, cuando los contribuyentes residentes –que con carácter general serán nacionales de ese Estado– están gravados más fuertemente que los contribuyentes no residentes.

⁶³ En efecto, el legislador español a través de la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2004 ha introducido un apartado 5.º al actual artículo 9 del TR de la LIRPF permitiendo a personas asalariadas que no hayan residido en España desde hace diez años que puedan optar por tributar por el IRPF o por el IRNR, lo que podría suponer un ahorro de hasta 20 puntos porcentuales entre el tipo marginal vigente actualmente para los residentes (45 por 100) y el tipo fijo del 25 por 100 aplicable a los no residentes. En todo caso, dicha disposición podría resultar incompatible con la libre circulación de trabajadores al establecer un límite de diez años para que el no residente pueda disfrutar de ese derecho de opción; *vid.* sobre el particular, el trabajo de P. CHICO DE LA CÁMARA, «¿Crisis del criterio de la residencia habitual? Una propuesta de revisión para someter los tributos de naturaleza personal exclusivamente en el Estado de la fuente», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, n.º 54, 2004, págs. 119 y ss.

⁶⁴ Nótese que la tributación exclusiva en el Estado de la residencia beneficiará principalmente a los países exportadores de capital, que con carácter general serán normalmente los Estados miembros de la OCDE, en detrimento de los países en vías de desarrollo.

⁶⁵ Incluso, A. GARCÍA DE LA CALLE Y F. SERRANO ANTÓN (cfr. *Ibidem*, pág. 33) van más allá al afirmar que «esta renuncia inconsciente se traduce en que las políticas fiscales acaban siendo dictadas en mayor medida por los intereses de ciertos contribuyentes (poderosos), más que por el objetivo primordial del sustento de una parte razonable del gasto público sobre cada factor de producción. En suma, se vulneraría el deber de sostenimiento a las cargas públicas».

de China, Corea o Taiwan y, a nivel europeo, en los países del Este ⁶⁶) que por tener unos menores costes de producción –nótese que la mano de obra es diez veces más barata que en Europa o EEUU– compiten con un mejor precio en los mercados internacionales. ¿Debería entonces prohibirse la importación de estos productos de origen asiático para evitar que se produzca el *estrangulamiento* y desaparición de las empresas nacionales que ofertan este mismo producto dos o tres veces más caro? ¿E igualmente debería prohibirse la importación de bienes de procedencia asiática para evitar el cierre de las fábricas o astilleros españoles? No parece que ése sea el *roll* que ha de jugar el principio de libre competencia en los países capitalistas que desde hace años han defendido a ultranza la libre economía de mercado para alcanzar el deseado Estado del bienestar.

En nuestra opinión, los pasos que deberían tomarse para avanzar en este terreno pueden desgranarse en un marco internacional y comunitario. Así, en un primer estadio *internacional*, sería deseable que todos los Estados suscribieran un acuerdo o convenio multilateral para llevar a cabo una política fiscal *armónica* basada en el intercambio de información sin limitaciones por el secreto bancario y, en segundo lugar, en el establecimiento de la tributación exclusiva de la renta obtenida en el Estado de la fuente sin perjuicio de que el Estado de la residencia aplique un método de exención con progresividad o un mecanismo equivalente a fin de mitigar la pérdida de recaudación que puedan sufrir los países exportadores de capital ⁶⁷.

Por otro lado, en la esfera propiamente *comunitaria* cada vez resulta más necesaria la promulgación de una Directiva sobre la imposición directa de los no residentes (es decir, la llamada obligación real o limitada) al objeto de conseguir avanzar en la armonización de los sistemas tributarios europeos en este terreno eliminando así el componente de inseguridad jurídica que genera la doctrina tan agresiva que ha ejercido en este último período el TJCE. Obsérvese que desde hace unos años el Tribunal de Luxemburgo ha venido adquiriendo un especial protagonismo en materia de imposición directa al erigirse en un auténtico *paladín* de la justicia al cuestionar determinadas disposiciones que han tenido cierto arraigo en el sistema tributario de los Estados miembros por entender que constituyen serios obstáculos para garantizar el mercado común europeo. En este orden de ideas, se han declarado contrarias al Derecho comunitario, entre otras, la cláusula de subcapitalización alemana a raíz de la Sentencia *Lankhorst* (asunto C-324/00); el régimen sueco de operaciones vinculadas a raíz de la Sentencia *Riksskatteverket* (asunto C-436/00); la deducción finlandesa por doble imposición económica interna a raíz de la Sentencia *Manninen* (asunto C-329/02); la deducción francesa por Investigación y Desarrollo (asunto C-39/04); limitaciones para los no residentes respecto de los planes de pensiones a raíz de la Sentencia *Wielockx*

⁶⁶ Recientemente hemos tenido noticia por los medios de comunicación de que la planta de Volkswagen en Navarra está punto de cerrar para localizarse en algún país del Este en donde los costes salariales son más bajos.

⁶⁷ La postura que defendemos en este trabajo de tributación de las rentas en el Estado de la fuente no tendría por qué calificarse de utópica siempre que se combine con la aplicación en el Estado de la residencia de un método de exención con progresividad o mecanismo equivalente. Nótese que la opción por el criterio de la fuente no resulta un hecho insólito en la esfera de la fiscalidad internacional. Así, sucede con la tributación del establecimiento permanente en la generalidad de los convenios de doble imposición internacional; en ocasiones, se utiliza el método de exención con progresividad como fórmula para la eliminación de la doble imposición internacional; o incluso, se va más allá permitiendo la tributación exclusiva en el Estado de la fuente exonerando su gravamen en el país de la residencia (*vid.* respectivamente los arts. 21 y 22 del TR de la LIS española para los dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, así como para determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente).

(asunto C-80/94), y más recientemente *Danner* (C-136/00); la prohibición de impuestos de salida (*tax exit*) a raíz de la Sentencia *Lasterye du Saillant* (asunto C-9/02); o, por último, la tributación en el Impuesto alemán sobre la renta de los no residentes de un tipo de gravamen más alto que para los residentes, así como el establecimiento de limitaciones para deducir ciertos gastos necesarios para obtener la renta en este mismo impuesto conforme al principio del neto objetivo a raíz de la Sentencia *Gerritse* (asunto C-234/01).

Esta doctrina tan agresiva del Tribunal ha generado un sentimiento profundo de preocupación para el resto de Estados miembros que contienen disposiciones similares en sus ordenamientos tributarios ⁶⁸. Sin embargo, *lo peor puede estar por llegar* respecto a otro tipo de disposiciones que están todavía en el punto de mira del Tribunal de Luxemburgo por no haberse pronunciado todavía a este respecto. Nos referimos, entre otros, al régimen de transparencia fiscal internacional, a la deducción por actividades exportadoras recogida en el artículo 37 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades –en el que España tiene un expediente abierto por su consideración como ayuda de Estado–, así como otro tipo de limitaciones para los no residentes como la exención en el pago de dietas, o de las limitaciones con la que se encuentran los no residentes en los impuestos directos para considerar a las amortizaciones como gastos deducibles.

En conclusión, somos conscientes de que las propuestas de *lege ferenda* que defendemos a lo largo del trabajo tanto en el marco internacional como comunitario resultan ambiciosas, pero no son, ni pueden ser una quimera, en una esfera como la tributaria en el que el fenómeno de la globalización económica incide de forma trascendental en los sistemas tributarios internacionales.

IV. CONCLUSIONES

Primera. La competencia fiscal por naturaleza resulta «saludable» o beneficiosa para la economía mundial, en cuanto que constituye un estímulo para que los Estados con objeto de atraer inversiones extranjeras reduzcan la presión fiscal de las rentas más móviles. La propia OCDE ha calificado como positiva la existencia de diferencias objetivas en los sistemas fiscales de los países motivadas por sus diferentes políticas tributarias de carácter doméstico. Así, una competencia fiscal «saludable» o «beneficiosa» producirá efectos económicos eficientes para los Estados miembros al mantener unos niveles aceptables de gasto público y lograr un equilibrio razonable entre la presión fiscal de los contribuyentes y el nivel de servicios públicos e infraestructuras sociales que reciben del Estado. Nótese que dicha competencia fiscal *a la baja* conducirá a una reducción de la presión fiscal para las empresas así como a una disminución de los precios para los consumidores. Igualmente, los Estados facilitarán la inversión del capital extranjero a través de una fiscalidad baja y con unas condiciones laborales muy favorables para la creación de empleo. Desde un punto de vista teórico podría afirmarse que la competencia fiscal puede resultar positiva cuando incentive a

⁶⁸ Incluso esta doctrina ha servido para que otros Estados miembros (como *v. gr.* España con la cláusula de subcapitalización, o el régimen de transparencia fiscal internacional) hayan directamente modificado sus ordenamientos tributarios sin esperar incluso a que el Tribunal de Luxemburgo haya tenido la necesidad de pronunciarse respecto de estas disposiciones específicas en cada país.

los Estados a ofrecer servicios de calidad, es decir, a un menor coste económico lo que redundará en una mayor eficacia en la gestión pública. Sin embargo, debería ponerse coto a aquellas actuaciones de los Estados miembros que con objeto de atraer los factores de producción más móviles reduzcan las prestaciones sociales de sus ciudadanos.

Pese a las consideraciones de teoría económica formuladas anteriormente, debemos fundamentar nuestra posición en razones estrictamente jurídicas por lo que desde una esfera comunitaria debe reivindicarse la libertad de los Estados miembros para adoptar las medidas fiscales que estimen oportunas en base a la soberanía estatal que disfrutaban en el marco de la imposición directa (excepto en materia de fusiones y figuras análogas; matrices y filiales; intereses y cánones; fiscalidad del ahorro; y de prohibición de ayudas de Estado).

Segunda. No obstante, detrás de este fin legítimo de los Estados por mejorar su crecimiento económico podrían aparecer otros fines encubiertos o «espurios» de atracción de capital extranjero (v. gr. mediante sociedades opacas *off shore*) en detrimento de las economías de otros países a través de la erosión de sus bases imponibles. Además, la ausencia a nivel comunitario de una armonización más acusada de la imposición directa crea precisamente un terreno abonado para que entre los mismos Estados miembros pudieran desarrollar de forma «perjudicial» este tipo de prácticas (v. gr. *free zones* de las Antillas holandesas, exención en el Impuesto sobre Sociedades para determinadas compañías que residan en Luxemburgo, aplicación de un tipo de gravamen del 0 por 100 para aquellas sociedades residentes en Estonia siempre que no exista un reparto de beneficios, aplicación de un 4,25 por 100 para las compañías internacionales de negocios radicadas en Chipre, etc.) que desestabilizan el mercado único europeo produciendo efectos negativos también en una esfera internacional.

Tercera. Los problemas surgen al no existir un marco normativo (una declaración de *mínimos*) que regule dónde se encuentran los límites entre una política fiscal de un Estado que podría calificarse de «beneficiosa» por atraer la inversión extranjera de lo que podría denominarse competencia fiscal «perniciosa» por establecer medidas fiscales cuyo fin reside básicamente en erosionar las bases imponibles de otros Estados.

Cuarta. En nuestra opinión, una medida en puridad podría llegar a ser considerada «perniciosa» cuando en la citada jurisdicción privilegiada concurre alguna de las dos circunstancias siguientes: no permitir el intercambio de información rehuyendo generalmente a firmar convenios internacionales o unilaterales con cláusulas específicas de intercambio de información, o bien que la citada jurisdicción permita el secreto bancario con objeto de garantizar la opacidad de las operaciones. Entendemos que ha de ser precisamente en este estadio donde deba desenvolverse el marco de la política tributaria internacional al objeto de corregir dichas prácticas que distorsionan el buen funcionamiento de la competencia fiscal «saludable» y se quiebran las reglas de juego que de una forma u otra han sido aceptadas convencionalmente por la generalidad de los Estados.

Quinta. En este orden de ideas, sería deseable intensificar esfuerzos para conseguir una regulación básica o de mínimos a través de un doble marco de actuación. Desde la esfera interna-

cional, resulta de capital importancia que todos los Estados logren un acuerdo para llevar a cabo una política fiscal uniforme centralizada en la firma por los Estados de un Convenio Internacional de intercambio de información sin limitaciones por el secreto bancario, así como en la adopción del criterio de tributación exclusiva de la renta obtenida en el Estado de la fuente para evitar la doble imposición jurídica y económica. En todo caso, el Estado de la residencia siempre podría aplicar un método de exención con progresividad o un mecanismo equivalente a fin de mitigar la pérdida de recaudación que pudieran sufrir los países exportadores de capital.

En la esfera comunitaria también sería deseable que se dictase una Directiva sobre la imposición directa de los no residentes (la llamada obligación real o limitada) al objeto de conseguir avanzar en la armonización de los sistemas tributarios europeos y restar protagonismo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este terreno. Debe hacerse notar que la incorporación de los diez nuevos Estados miembros ha restado todavía más operatividad a la regla de unanimidad para legislar en materia tributaria lo que llevará en el futuro a adquirir gran relevancia los acuerdos entre varios Estados miembros a través de la cooperación reforzada (art. 11 TUE) a falta de la aprobación unánime de los veinticinco Estados miembros. Sería deseable una mayor flexibilidad de la legislación en este terreno, pues los pasos que se han dado en la esfera comunitaria en el ámbito de la imposición directa resultan en nuestra opinión insuficientes.

Sexta. La ampliación de la Unión Europea con la adhesión de los nuevos países al marco jurídico comunitario no hace más que sacudir este proceso de cohesión entre los distintos sistemas fiscales por la dificultad de aunar la voluntad política de veinticinco Estados miembros. Además, el establecimiento de medidas defensivas sobre los nuevos Estados miembros calificados por la legislación doméstica de los distintos países como paraísos fiscales (v. gr. Chipre y Malta) a fin de que eliminen de sus ordenamientos una competencia fiscal «perjudicial» podría lesionar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad al establecer obstáculos a la libertad de establecimiento así como a la libre circulación de personas, capitales, mercancías y servicios. Incluso, podría justificarse por parte de las jurisdicciones privilegiadas que los citados incentivos o medidas fiscales tienen como objeto favorecer el desarrollo de zonas deprimidas (v. gr. «regiones ultraperiféricas e islas de reducida dimensión») que soportan ciertas desventajas como el desempleo, la ausencia de recursos naturales o el incremento del precio de los productos por el coste de desplazamiento hacia esas zonas.

Séptima. Entendemos que sería tal vez más razonable que los Estados miembros llegaran a un acuerdo para avanzar en la armonización de la imposición directa evitando que por la *puerta falsa* tengan que asumir todo el protagonismo, por un lado, la Comisión, a través de su facultad para denunciar a los países por introducir medidas calificables de ayudas de Estado o, por otro, a golpe de sentencia el propio Tribunal de Luxemburgo, llevando a cabo lo que se ha venido a denominar armonización negativa. En efecto, resulta lamentable que tengan que ser la Comisión y el TJCE los que lleven a cabo una función de armonización para compensar los escasos pasos de homogeneización desarrollados por la Unión Europea en este terreno.

Octava. Por desgracia el resultado práctico de los últimos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo ha sido claramente desalentador (*v. gr. Lankhorst*) en cuanto que ha generado precisamente un efecto que podríamos denominar *inarmónico* que es precisamente el resultado contrario al buscado en cuanto que unos países para conseguir que su normativa se adecue a la doctrina del Tribunal europeo impondrán dichos criterios tanto para residentes como para los no residentes (así ha sucedido con la cláusula de subcapitalización alemana). Y otros, sin embargo, la eliminarán también para residentes comunitarios (como ha sucedido en el caso español con la cláusula de *thin capitalization*) generando importantes oportunidades para la planificación fiscal y favoreciendo a las grandes empresas que son las que verdaderamente se aprovechan de estos «puertos o refugios seguros».

Novena. La Unión Europea y la OCDE han elaborado diversos informes sobre la competencia fiscal lesiva que han resultado esenciales para identificar aquellos regímenes tributarios perjudiciales por distorsionar el sistema tributario internacional de carácter armónico. No obstante, dichos informes pueden quedar vacíos de contenido si no se da un paso adicional suscribiendo un acuerdo o convenio multilateral entre todos los Estados que permita el intercambio de información entre las distintas Administraciones tributarias, lo que facilitará la transparencia de las operaciones por los agentes económicos.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN ONRUBIA, V. [1993]: «La contribución del TJCE a la realización del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios», en la obra colectiva *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid.

ÁLVAREZ GARCÍA, S. [1998]: «La residencia fiscal y su influencia en la libre circulación de trabajadores comunitarios», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 160, págs. 57 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, S. y APARICIO PÉREZ, A. [2001]: «La armonización de la fiscalidad de no residentes y la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 201, págs. 29 y ss.

AVERY JONES, J.F. [1992]: «The non discrimination article in tax treaties», *Diritto e Pratica Tributaria*.

BAYONA GIMÉNEZ, J.J. [2000]: «Resultados del informe presentado al Consejo por el Grupo del Código de Conducta sobre la fiscalidad de las Empresas», *Quincena Fiscal*, n.º 8.

BERLIN, D. [1987]: «Las ayudas de Estado en materia fiscal y el Derecho comunitario», *Noticias CEE*, n.º 32.

- BOUUAERT, I.C. [1991]: «La règle de non-discrimination principe dans la jurisprudence fiscale de la Cour de Justice Européene», *Journal Droit Fiscal*, sept-octubre.
- CAAMAÑO ANIDO, M.A. [1993]: «El caso rolling stones o el defecto del convenio hispano-holandés de doble imposición», *Crónica Tributaria*, n.º 68, págs. 7 y ss.
- CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J.M. [1997]: *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 1992-1995*, La Ley, Actualidad, Madrid.
- [1998]: «La contabilidad, el establecimiento permanente y el Derecho comunitario: el caso Futura Participations», *Quincena Fiscal*, n.º 18.
 - [2000]: «La erosión de las medidas de “control fiscal” del Estado de residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria dictada en el caso ICI», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, n.º 207, págs. 19 y ss.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. [1993]: «Criterios de sujeción fiscal y derecho comunitario: algunas reflexiones al hilo de la STJCE de 26 de enero de 1993 (Caso Werner)», *Quincena Fiscal*, n.º 26, págs. 105 y ss.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.M. [2004]: «Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», *Crónica Tributaria*, n.º 111, págs. 90 y ss.
- CALVO ORTEGA, R. [2004]: *Curso de Derecho Financiero*, Civitas, Madrid.
- CALVO SALINERO, R. [1998]: «Convenios bilaterales y discriminación fiscal en la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, n.º 16.
- CARBAJO VASCO, D. [1991]: «Fiscalidad directa y armonización fiscal comunitaria: enseñanzas del pasado y perspectivas del futuro», *Actualidad Tributaria*, D-31.
- [1992]: «La armonización fiscal de la Imposición directa en la Comunidad Económica Europea», *Hacienda Pública Española*, n.º 85, págs. 134 y ss.
 - [1992]: «Evolución y perspectivas de la armonización fiscal de los Impuestos directos en la Comunidad Económica Europea», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 85, págs. 37 y ss.
- CAYÓN GALIARDO, A.; FALCÓN Y TELLA, R., DE LA HUCHA CELADOR, F. [1990]: *La armonización fiscal en la comunidad económica europea y sistema tributario español: incidencia y convergencia*, IEF, Madrid.
- CAZORLA PRIETO, L.M.^a [2004]: *Derecho Financiero y Tributario*, Aranzadi, Pamplona.
- CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. [1997]: «Estrategias e instrumentos para la armonización fiscal. Algunas consideraciones sobre la armonización del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Hacienda Pública Española*, n.º 4, págs. 33 y ss.
- [1998]: «La armonización fiscal del IRPF: el problema de los trabajadores transfronterizos», núms. 2 y 3, *Revista de Estudios Económicos*, IEE, págs. 597 y ss.

- [2000]: «La libertad de movimiento de factores productivos en la Unión Europea. Los principios de libre establecimiento y no discriminación», *Revista Euroamericana de Estudios Tributarios*, n.º 5, págs. 139 y ss.
- DOCAVO ALBERTI, L. [1991]: *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencias. Comentarios, referencias a la Legislación española, apéndice legislativo*, La Ley, Madrid.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1988]: *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*, Civitas-UCM, Madrid.
- [2005]: «En torno a la STS de 9 de diciembre de 2004 relativa a las normas forales de 1996 (I): régimen de ayudas y libertad de establecimiento», *Quincena Fiscal*, núms. 3 y 4, págs. 5 y ss.
- GARCÍA NOVOA, C. [2006]: «El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I)», *Quincena Fiscal*, n.º 9, págs. 11 y ss.
- GARCÍA PRATS, F.A. [1997]: «Asscher, o la expansión del principio de no discriminación en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 94.
- [1998]: *Imposición directa, no discriminación y Derecho comunitario*, Tecnos, Madrid.
- GRACIA ESPINAR, E. y PALACIOS PÉREZ, J. [1995]: «¿Es necesaria la armonización de la fiscalidad directa en un Mercado único», *Gaceta Fiscal*, n.º 132, págs. 193 y ss.
- HERRERA MOLINA, P.M. [1998]: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid.
- HERRERA MOLINA, P.M. y GARCÍA HERRERA, C. [2004]: «¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? (Reflexiones ante la Jurisprudencia Comunitaria sobre las cláusulas antiabuso y la reacción del legislador español)», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, n.º 251, febrero, págs. 47 y ss.
- HINNEKENS, L. [1996]: «Non discrimination in EC income tax law: painting in the colours of a chameleon-like principle», *European Taxation*.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C.M. [1995]: *Fiscalidad Internacional y territorialidad del tributo*, Mc Graw-Hill, Madrid.
- MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A. [2001]: «Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: semejanzas y diferencias», *Documentos de trabajo*, IEF, n.º 4.
- [2002]: «Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales», *Crónica tributaria*, n.º 105, págs. 61 y ss.
- MANGAS MARTÍN, A. [1987]: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid.
- [1993]: «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en la obra colectiva *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid.

- MERINO JARA, I. [1994]: «Nuevas iniciativas sobre la tributación de determinadas rentas obtenidas por no residentes. La Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre 1993», *Jurisprudencia Tributaria*, n.º 34, págs. 15 y ss.
- [1996]: «La visión de la jurisprudencia comunitaria sobre el impacto de la fiscalidad en la libre circulación de trabajadores», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 132.
 - [1996]: «La influencia de la fiscalidad sobre la libre prestación de servicios», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 143.
 - [1997]: «Fiscalidad y Unión Europea», *Jurisprudencia Tributaria*, marzo.
- PASCUAL GONZÁLEZ, M.M. [2002]: *Las ayudas de Estado de carácter fiscal. Su incidencia en el régimen económico y fiscal de Canarias*, Consejería de Economía, Hacienda y Comercio. Gobierno de Canarias.
- PÉREZ ROYO, F. [1990]: «La política fiscal en España ante la libre circulación de capitales: armonización de la fiscalidad sobre el ahorro. Las consecuencias para el sistema tributario español de la Directiva sobre liberalización de movimientos de capitales», *Hacienda Pública Española*, vol. I, págs. 111 y ss.
- RAMÍREZ GÓMEZ, S. [1997]: *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de IVA*, Estudio sistemático e incidencia en la regulación española del Impuesto, Aranzadi, Pamplona.
- ROSEMBUIJ, T. [1996]: «Los efectos del principio de no discriminación fiscal en la reciente jurisprudencia europea», *Impuestos*, n.º 12.
- RUIBAL PEREIRA, L. [2002]: «La fiscalidad de las empresas en la Unión Europea. La necesidad de una cierta coordinación de la imposición sobre sociedades y la lucha contra la competencia fiscal», *Quincena Fiscal*, n.º 17.
- SANZ GADEA, E. [2001]: «Aspectos internacionales de la política fiscal (II)», *Impuestos*, n.º 14.
- [2001]: «Aspectos internacionales de la política fiscal (III)», *Impuestos*, n.º 15/16.
- SERRANO ANTÓN, F. [1998]: «Estrategia y desarrollo de los sistemas tributarios en la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, n.º 9, págs. 49 y ss.
- [2001]: «La fiscalidad y la libre circulación de trabajadores», *Revista Gallega de Empleo*, n.º 2, págs. 265 y ss.
- THÖMMES, O. [1993]: «Tax Discrimination in Europe», *Intertax*, n.º 12.
- [1994]: «EC Commission starts new initiative on taxation of non resident», *Intertax*, n.º 4.
- VAN THIEL, S. [1988]: «Daily mail case. Tax planning and the European right of establishment. A Setback», *European Taxation*.
- [1996]: «La supresión de la discriminación en materia de imposición sobre la renta como barrera a la libre circulación de personas en la Unión Europea», *Gaceta Fiscal*, n.º 12.

VILLAR EZCURRA, M. [1995]: «La fiscalidad de los no residentes y el principio de igualdad de tratamiento al hilo de la sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1995», *Comunidad Europea*, n.º 4.

- [1997]: «Integración económica europea y fiscalidad», *Comunidad Europea*, Aranzadi, Pamplona.
- [1999]: «La armonización fiscal prevista por el Derecho comunitario», *RDFHP*, n.º 252.
- [2000]: «La fuerza expansiva de las libertades comunitarias en la armonización fiscal: el asunto Saint-Gobain», *Canarias Fiscal*, n.º 3.

VILLAR EZCURRA, M. y HERRERA MOLINA, P.M. [1999]: «Aportaciones del Derecho comunitario al Estatuto del contribuyente», *Quincena Fiscal*, n.º 10, págs. 9 y ss.

VILLAR EZCURRA, M.; SANTA-BÁRBARA RÚPEREZ, J. y HERRERA MOLINA, P.M. [1999]: «No discriminación fiscal y derecho de establecimiento (Comentario a la Sentencia Royal Bank del TJCE)», *Impuestos*, n.º 21.