

LOS DATOS PERSONALES SON RECURSO NATURAL DE CADA ESTADO-NACION

Por Tulio Rosembuj*

I. Los datos personales como materia prima

Tessa Morris-Suzuki fue seguramente la primera en advertir la emergencia de una etapa distinta de la evolución del capitalismo. Y es de destacar que sus profecías resultan reveladoras, sobre todo, porque no existía Internet, la Web o el bien digital, que posteriormente las confirmarían.¹

El núcleo de la reflexión es la apropiación privada del conocimiento social y su conversión en fuente de beneficio corporativo. El resultado del proceso es que el centro de gravedad de la economía se desplaza desde la producción de bienes a la producción de innovación, "*new knowledge for the making of goods*".

La reducción del número de trabajadores dedicados a la producción manufacturera se acompaña del crecimiento correlativo de los productores de conocimiento. La plusvalía no deriva de la explotación del trabajo industrial, sino de la explotación del productor de conocimiento que, aún intangible, puede comprarse y

* Tulio Rosembuj ha sido Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Barcelona, y es profesor invitado en la Universidad LUISS de Roma, donde es Director del curso Diritto Fiscale Europeo. Su obra publicada más reciente es *Inteligencia Artificial e Impuesto* (2018).

¹ T.Morris-Suzuki, *Beyond Computopia .Information, Automation and Democracy in Japan*, Kegan Paul International,1988, reedition en 2011 Routledge Abingdon Oxfordshire.

venderse a un precio (inventos, programas de automatización). Es otra forma de explotación que abre nuevas oportunidades de apropiación de la plusvalía económica. La nueva fuente de beneficio es la *"apropiación privada del conocimiento social"*.

La apropiación privada de la materia prima es el conocimiento en sí mismo. Esta es la nueva etapa del capitalismo: la captura gratuita del conocimiento social para su apropiación privada como fuente de beneficio corporativo.

*"Whereas the knowledge which comes out of this commercial production process is the private property of the corporation, fenced around with monopoly barriers which endow it with market value, **the knowledge which goes in as raw material is mostly social knowledge**, produced and owned jointly by society as a whole. The process which uses social knowledge to create private knowledge can generate profits far larger than those which could be obtained from the simple exploitation by the corporation of its workforce"*²

La autora anticipa la fuente de *excess profits* de la economía digital, antes que esta tuviera existencia: el aprovechamiento gratuito de la materia prima social –los datos personales– que se transforman en fuente de beneficio por su apropiación privada bajo la protección industrial e intelectual. La transformación de dominio público en propiedad privada.

La innovación podría ser un decurso excepcional de beneficios sociales porque alimenta el deseo permanente de descubrimiento y nuevo conocimiento. Pero, aparece distorsionada por la vocación sistemática de lucro. Se trata de una innovación manipulada, *"that alters its structure and influences the patterns of the development*

² T. Morris- Suzuki, cit. p. 80.

of knowledge."

La actividad de innovación(digital) conduce a situaciones oligopólicas, de dominio de mercado, que crecen y se consolidan por mérito de la materia prima gratuita social para crear conocimiento privado, como fuente de plusvalía. El nuevo capitalismo no solo obtiene la plusvalía del trabajo de su plantilla, sino de todos los usuarios, a la sazón, identificables como trabajadores de datos.

"on the indirect exploitation of the labour of everyone involved in the maintenance, transmission and expansion of social knowledge: parents, teachers, journalists- in the end, everybody"³

A esto Zuboff denominaría capitalismo de vigilancia.

La apropiación privada del conocimiento social es la forma de renta económica digital y la materia prima es el conocimiento colectivo, general, de todos.

Los datos personales son el primer escalón del conocimiento colectivo, de cada uno.

La primera materia, los datos personales, se configuran como fragmentos, como fractales de la persona digital, resultado de la captura gratuita del conocimiento colectivo. *"Data double"* es la aspiración a la reproducción abstracta de la persona digital como si fuera una persona, de libre disposición en diferentes espacios físicos, intemporales, e integrados separadamente en series de discretos flujos de información, predispuestos para su utilización económica.

"In a cybernetic world, surplus value increasingly refers to the profit t that can be derived from the surplus information that

*different populations trail behind them in their daily lives.*⁴

La primera materia del dato es el fundamento del objeto de construcción algorítmica. Los datos personales cosechados evolucionan por obra del algoritmo en la producción y manufactura a una suerte de conocimiento artificioso dirigido a la obtención de *excess profits* o pura información con otros propósitos, sean de seguridad, control, vigilancia.

"The data harvested from individuals and fed into commercial systems of predictive analytics are framed as raw streams of observation to be gathered and then processed and systematized."

⁵

Los datos personales preexisten al *double data*, son la persona esencial en estado puro. Ninguna de sus referencias son escindibles de la persona que los ostenta y, en sí mismos, carecen de valor patrimonial y están fuera del comercio: el derecho a la intimidad; a la esfera corporal; a la libertad personal; el derecho al nombre; a la propia imagen.

La identidad es el derecho a la personalidad de la persona. Algo que, parafraseando a *Ferrara*, garantiza el goce de nosotros mismos, asegura a cada individuo el señorío sobre su persona y el disfrute de sus fuerzas físicas y espirituales.

Hay información que hace a cada persona y que no corresponde ceder a organizaciones de datos personales para que extraigan de su uso una utilidad infinita, sin que su titular lo sepa o aunque lo

³ T. Morris-Suzuki, cit. p. 81.

⁴ K.D.Haggerty R.V.Ericson, *The surveillant assemblage*, British journal of sociology, V.51,4, December, 2000, p. 616

⁵ J.E.Cohen, *the Biopolitical Public Domain: The Legal Construction of the Surveillance Economy*, Philosophy & Technology, 2017, p.12.

sepa no puede hacer nada por evitarlo. La persona digital no es la persona y el dato personal es la escisión por partes de la totalidad de la persona.

La apropiación del conocimiento colectivo comienza por la de los datos personales.

La explotación comercial de los datos personales no parece compaginarse fácilmente con el derecho universal a la personalidad. Es como si, la datización (*datification*) promoviera un recurso calificable por su valor de reutilización, susceptible de eternidad, de reiteración, de repetición, aplicación continua y sistemática, que habiendo pertenecido a alguno, pierde desde ese momento la huella de su identidad primera.

La trascendencia de la recogida de datos, por pequeños o incidentales que sea, propone una cadena de ida y vuelta en la que el protagonista es el usuario final.

La identidad prestada contribuye a la creación de otra persona, la persona digital que se reconstruye dividualmente, a fragmentos, por piezas de la persona verdadera y que, como bien dice Rodotà amenaza que la identidad de la persona sea construida algorítmicamente por los otros: una identidad hipotética e incluso distorsiva. ⁶

Nosotros somos los datos. El petróleo, el maíz o el trigo, o cualquier otro recurso natural está en la superficie, y solo se necesita su extracción gratuita, el *data mining algorítmico*, para la apropiación

⁶ S. Rodotà, *Perché Internet ha bisogno di nuove regole*, La Repubblica, 27 noviembre 2014.

del dominio público y comercialización como productos predictivos, bajo protección de la posesión privada.

Los datos personales no son un recurso no renovable, limitados en cantidad y sujetos a escasez. Su disponibilidad y reutilización asegura la permanencia durante largo tiempo y el acceso no está obstaculizado, hasta ahora, por ley o impuesto, o dificultades insuperables. El problema es que la acumulación de los datos personales -*data mining*- como materia prima gratuita de la renta digital no dejan de ser parte, al mismo tiempo, del derecho de la personalidad de cualquier ser humano, derecho esencial, inalienable, *extracommercium*, a la identidad personal.

La identidad digital se transforma en un recurso natural renovable, una materia prima basada en la persona, pero distinta.

El análisis de la industria del petróleo ofrece características que le aproximan al actual proceso de la digitalización de los datos y su transformación en productos predictivos o mercancías informacionales, territorialmente localizadas.

Siguiendo a *Bridge*, la industria del petróleo puede dividirse en seis procesos secuenciales de trabajo: exploración, extracción, refinación, distribución, consumo y captura de carbón. En la industria extractiva hay una apropiación de la naturaleza que tiene que ver con la producción de mercancías que modifican las relaciones sociales; la influencia de la materialidad de los recursos en la organización de la producción -cualidades físicas y químicas, cualidades del petróleo, el depósito de reserva y la facilidad de extracción- y, por último, la territorialidad del recurso, su localización (*embeddedness*). La creación de valor y la captura de las rentas se verifica por el cierre y la exclusión, via los derechos

propietarios.⁷

El capitalismo de vigilancia observa una estructura y función análoga a la industria extractiva. La exploración de los datos, la extracción, el *profiling*(refinación) ,distribución y uso y la institución de derechos propietarios para el cierre y la exclusión a los rivales. La apropiación gratuita y la desposesión de los datos ; las condiciones materiales que condicionan la conducta de la persona a través la construcción de los productos predictivos sobre la base de concomitancias en la educación, hábitos sociales ; la infraestructura de comunicaciones que les influyen y ,finalmente, la localización territorial de los usuarios.

Otro tanto, igualmente, podría decirse con respecto a la cosecha de primeras materias dentro de un sistema industrial de agricultura. Los datos, como las primeras materias, son a la vez naturales y cultivadas, reales y altamente artificiales. Después las refinerías originan subproductos estables de los molinos de maíz o trigo. Así ocurre con los datos y los *data doubles*.

*"After personal data have been cultivated and harvested, they are processed to generate patterns and predictions about consumer behavior and preferences."*⁸

La primera materia del ensamblaje de vigilancia es la persona digital:

"Today, however, we are witnessing the formation and coalescence of a new type of body, a form of becoming which transcends human corporeality and reduces flesh to pure information. Culled

⁷ G.Bridge, Global Production Networks and the extractive sector:governing resource based development,Journal of Economic Geography 8,2008.

⁸ J.E.Cohen cit.,p.14

from the tentacles of the surveillant assemblage, this new body is our 'data double'⁹

¿De que hablamos cuando hablamos de persona digital?

La materia prima es la persona digital, los datos personales recogidos en masa para su tratamiento algorítmico. La persona digital no es la persona, sino una aproximación más o menos próxima, pero no idéntica, que se convierte en una abstracción para su utilización económica, política, social, económica. Es la persona humana despojada del señorio de identidad sobre sus señas y su cuerpo. Cada uno de los elementos que destacan lo humano son extraídos como datos, sean los de carácter identificadorio básico, anagràfico, genero, religi3n, nacionalidad, grupo social o psicol3gicos, sean intereses, influencias, inclinaciones, o meramente corporales, de pura informaci3n.

" así la decisi3n completa sobre que cosa es la identidad de una persona puede ser transferida a sistemas que ordenan segùn la propia l3gica las informaciones recibidas y proyectan al exterior su "propia" representaci3n de la persona...Tu eres lo que Google dice que eres: y sobre esta base la persona viene conocida y clasificada, se construyen proyecciones de sus futuras posibles decisiones, de modo que la persona arriesga ser valorada por sus propensiones y no por sus acciones." ¹⁰

La persona digital pierde su origen individual para integrarse en un concierto de masa, cuanto más colectivo mejor, apoyada en correlaciones, abstracciones, generalizaciones algorítmicas, que delatan proximidades, concomitancias o, al contrario, distancias, alejamiento.

⁹ K.D.Haggerty R.V.Ericson, The surveillant assemblage...cit

¹⁰ S.Rodotà, Vivere la Democrazia, cit.p.27,136.

"Our big data-algorithmic identities are statistically ordained by correlation and nothing else." ¹¹

La representación de la persona digital colectiva adquiere toda su significación en la abstracción algorítmica, la creación de modelos abstractos de los datos. Más allá de la generalización, la abstracción es todo un programa de intenciones en si mismo, dirigido a obtener determinado tipo de resultados que no otros y sin sorpresa alguna en el propósito, v.g. **pricing algorithms**.

La persona digital colectiva y abstracta adopta un valor de futuro que supera su inicio, ya que puede valorarse en el modo que se quiera, para la finalidad que se estime oportuna, sin espacio ni tiempo que la contenga. A diferencia de la persona ,la persona digital es eterna y operativa en diferentes espacios digitales y tiempos distintos. Es una materia prima renovable, de reutilización infinita. Carece de fecha de nacimiento y de muerte. La versatilidad de su composición le permite actuar en tantas modalidades como la imaginación del programador consienta.

La persona digital colectiva y abstracta, imbuida de eternidad, puede, asimismo, estar y no estar en ningún lado y en todos a la vez. Es lo que *D.Quah* califica como *aespacial*. Pero, es susceptible de localización en el espacio digital donde sienta la base del poder de las plataformas :la aespacialidad no niega uno de sus elementos determinantes de utilidad cual es la de ser el ancla para la localización digital del beneficio.

La persona digital aespacial es, a la vez, el componente básico del mercado digital, del mercado donde reside la inmovilidad del usuario para su utilización. No es lo mismo la persona digital como componente de transacciones en un lugar que en otro, porque su

¹¹ Jh.Cheney-Lippold, *We are Data*,cit.p.58.

eficacia depende de contemplar el efecto de red, de captación de los datos personales de los usuarios que lo encuentren conforme a su propensión. El mercado digital es un mercado nacional, por definición, donde se pueden aquilatar la homogeneidad y diversidad de la sociedad civil, sus inclinaciones y preferencias, sus intereses y comportamientos.

El talón de Aquiles de la persona digital es que sin datos personales no puede generar renta económica, lo cual se fuerza a su acumulación sin tregua. Los datos personales son siempre datos locales, domésticos, de mercados nacionales. Digamos, metafóricamente que, si la persona digital no se nacionaliza, carece de presente y de futuro. Los datos personales exhiben el pasado de cada uno de nosotros en un territorio social específico.

II. La persona digital es un recurso natural.

La persona digital es la materia prima del recurso natural digital localizado en cada uno de los países donde operan o pretenden hacerlo las personas reales.

¿Qué es un recurso natural?

En la definición de la OMC

"stocks of materials that exist in the natural environment that are both scarce and economically useful in production or consumption, either in their raw state or after a minimal amount of processing".¹²

Los recursos naturales pueden ser ubicuos, aire, agua, o no ubicuos, cobre, hierro. La persona digital es un recurso natural no ubicuo, porque se produce en territorios específicos y determinados

¹² World Trade Report 2010, p.45, World Trade Organisation.

como el Estado-Nación. Estos recursos no ubicuos son considerados como recursos localizados.

La fuente de origen es biótica, ya que son obtenidos desde la biosfera, tales como los bosques, animales, peces. La biósfera de la Tierra es la zona de vida que va desde lo más profundo dentro de la tierra a la atmósfera. Internet es la creación humana de una biósfera digital¹³.

*"The increasing importance of data warrants treating it at par with other resources on which a country would have sovereign right. It is said that data is the new oil. Therefore, just like oil or any other natural resource, it is important to protect data, prevent its misuse, regulate the use and processing of data and address the concerns related to privacy and security."*¹⁴

La persona digital tiene su origen obviamente, en el ambiente humano natural social y es utilizable económicamente como materia prima de los productos predictivos, de la mercancía informacional. Es, a la vez, natural y artificial.

A diferencia del recurso natural, petróleo, hierro, minerales, no es un material de escasez. La persona digital postula una infinita expansión que puede utilizarse reiteradamente sin costes adicionales.

La persona digital tiene todos los atributos de la abundancia que los convierte en inagotables y rentables algorítmicamente para su aprovechamiento económico. La persona digital es una derivada de la persona, fruto del ambiente digital.

¹³ A .J.Cockfield, Designing tax policy for the digital biosphere: How the internet is changing tax laws, 34 Connecticut Law review, 2002

La persona digital es un activo de capital natural, diverso al capital físico o humano, cuya fuente es la persona y que promueve la economía de vigilancia mediante su tratamiento

La persona digital es un recurso natural basado en la apropiación y captura de los datos personales, de las personas, en cualquier tiempo y lugar y que deviene económicamente útil por su explotación y transformación en producto predictivo o mercancía transformacional.

La persona digital es un recurso renovable, idóneo para su reabastecimiento y recuperación que excede de lejos su tasa de consumo. Su permanencia no está amenazada por el agotamiento, como sucede con los recursos no renovables. Su cantidad es ilimitada y su versatilidad infinita. La persona digital no tiene fecha de nacimiento ni de defunción. Está para su utilización sin tiempo de caducidad. Si así no fuera, como recurso no renovable estaría condicionado en cantidad y renovación de sí mismo a lo largo del tiempo.

La mayoría de los recursos naturales están concentrados en un pequeño número de países. Este no es el problema de la persona digital. Su distribución a lo largo de los países sigue las señas sociales, políticas, culturales, económicas de la población local. A diferencia de otras materias primas, el petróleo, por ejemplo, no hay riesgo de disparidad en su distribución global, salvo que sean la consecuencia de la división entre países industrializados y en vías de desarrollo. La persona digital es propiedad fiduciaria o real de cada jurisdicción nacional como ocurre con cualquier otro que se verifica en su territorio.

¹⁴ Draft National E-commerce Policy. Indias Data for Indias Development. 23 2 2019, p.8. Department for Promotion of Industry and Internal Trade.

El efecto espacial de la persona digital tiene la población local como factor de inmovilidad. La propiedad del dominio público de los datos corresponde a cada población en cada Estado-Nación. El espacio de localización de la persona digital es la principal fuente de beneficio de la industria digital.

La captura de datos y su manufactura, como otros recursos naturales, del tipo de minería o pesca, necesitan de la disciplina legal del Estado donde se hallan porque conllevan serias externalidades negativas, tales como la manipulación y la desinformación y el aumento de la desocupación tecnológica en los espacios donde se ejerce el poder digital.

La finalidad de la persona digital es su explotación económica, que no sería viable si los usuarios de cada país, de cada sector, de cada región, no lo utilizan porque de ello depende la propia supervivencia de los proveedores de la persona digital: no es suficiente la información que ya se dispone, sino que es necesario incrementarla en todas las direcciones posibles si lo que se pretende es aumentar el efecto de red.

El recurso natural de la persona digital posee un valor económico como mercancía informacional comercializable en los mercados. Es una mercancía ficticia, que se aproxima a otras que *Polanyi* en su momento calificara como tales: el trabajo, la tierra y la moneda.

Parafraseando a *Polanyi* puede decirse que la persona digital, como el trabajo, es solo otro nombre para una actividad humana que acompaña a la vida misma la cual a su vez no se produce para su venta, sino para razones completamente diversas, ni esta actividad puede separarse de la vida, acumularse o movilizarse.¹⁵

Los datos personales no son mercancías en sentido fiel, pero

adquieren la virtud como tales de ser productos sujetos a precio, para su venta en el mercado. Mercancías informacionales o productos predictivos de carácter intangible, inmaterial que resultan de procesos de transformación de masa y cuya distribución en masa ocurre como si se tratara de bienes materiales, físicos.

"Our algorithmics identities are made through data and only data. It is a process that gleans from databases; it reads our behaviors as data, our social ties as data and our bodies as data. And it conditions our present and futures on the basis of dynamic intepretation of that reading"¹⁶.

III. Los datos personales pertenecen al Estado-Nación donde se reconocen y están localizados.

La inmovilidad de la persona en cada país condiciona la aproximación de la persona digital a esas mismas personas reales de las cuales pretende extraer los datos que le sirven y de las cuales depende. Y, a su vez, permite a las plataformas alimentar su acumulación con más datos personales, para crear más personas digitales que sirvan para acumular más datos y así sucesivamente.

La persona digital es la materia prima del recurso natural y cuyo alimento inalienable viene de las personas del pueblo y del Estado-Nación, desde donde recoge los datos personales y los transforma en mercancías.

La identidad de las personas es al mismo tiempo identidad de la comunidad e identidad del Estado-Nación. La apropiación y captura de la persona digital es desagregación y disgregación de la comunidad y del Estado-Nación. Los recursos naturales pertenecen

¹⁵ K. Polanyi, La grande trasformazione, cit. p.93.

¹⁶ Jh. Cheney-Lippold, cit.p.30

a la soberanía fiduciaria. La identidad de las personas es al mismo tiempo identidad de la comunidad e identidad del Estado-Nación. La apropiación y captura de la persona digital es desagregación y disgregación de la comunidad y del Estado-nación. Los recursos naturales pertenecen a la soberanía de cada Estado, exactamente como las materias primas dentro de su territorio.

Jean L. Cohen, afirma que "*la nación-estado todavía existe y permanece 'soberano' en muchos aspectos...El Estado continúa ejerciendo la autoridad jurisdiccional, el poder sancionatorio y el uso de la coacción vis-a-vis aquellos en su territorio*"¹⁷.

El retorno del Estado-Nación es una evidencia de su resistencia a disolverse a favor de la inanimidad global, que busca su debilitamiento. Hay fundamentos para defender que lo que caracteriza a los Estados, desde su fundación, se conserven en sus aspectos esenciales. Su territorio, su comunidad, su poder de coacción y jurisdicción, la preservación de los recursos naturales y ecosistemas naturales.

Y en igual línea de reflexión *Cohen* aspira a una lógica de articulación entre la nueva soberanía en acto y la creciente influencia de la política global. El encuentro entre la soberanía y la disciplina global solicita la compatibilidad entre la igualdad soberana entre los Estados y los principios y standards comunes, básicamente informales u oficiosos, del hecho global; pero en dirección a la constitucionalización de la norma global¹⁸.

El Estado no puede renunciar a la protección de sus bases en materia de trabajo, mercados, finanzas, fiscalidad, que puedan amenazar sus prácticas locales y democráticas. Finalmente, el

¹⁷ J . L.Cohen, Changing paradigms of citizenship and the exclusiveness of the Demos, *International Sociology*,14, n.3,1999,p.257

¹⁸ Jean L. Cohen, Whose Sovereignty?. *Empire versus international law, Ethics e International Affairs* 18,3, 2004, p.24).

BEPS nace para la protección de las bases de imposición nacionales. Y la globalización no puede dejar inerme al Estado de su marcha forzada por sobre su potestad, gobierno y gobernanza, rehusando su diferencia en necesidades y preferencias sociales, culturales, políticas, económicas, que tienen que ver con su identidad.

*" we need to accept the right of individual countries to safeguard their domestic institutional choices. The recognition of institutional diversity would be meaningless if nations were unable to "protect" domestic institutions—if they did not have the instruments available to shape and maintain their own institutions"*¹⁹.

La India, en un reciente documento define y defiende su derecho soberano sobre la persona digital, sobre los datos de sus ciudadanos y lo hace de un modo claro y preciso, tal como ya lo hizo en la introducción de la *Equalisation Levy*.

Los datos de un país son un recurso colectivo, un activo nacional, que el gobierno gestiona en confianza de sus ciudadanos. La mejor analogía es la de la mina como recurso natural o el espectro.

*"India and its citizens have a **sovereign right** to their data. This understanding flows from the acknowledgement that data about an Indian, is his/her own. Data can, therefore, best be likened to a **societal commons**'. National data of various forms is a **national resource** that should be equitably accessed by all Indians. The same way that non-Indians do not have access to the national resources on the same footing as Indians, non-Indians do not have equal rights to access Indian data. Thus, the e-commerce policy is about how best to exploit this national resource,"*²⁰

¹⁹ D.Rodrik, Who Needs The Nation State, V.89 1, 2013, Economic Geography.

²⁰ Draft National E-commerce Policy. Indias Data for Indias Development. 23 2 2019, p.15. Department for Promotion of Industry and Internal Trade .

La libertad del ciudadano en su comunidad es un bien público que debe protegerse de la amenaza de terceros que la pongan en peligro. El bien público es un deber del gobierno y los ciudadanos son, en este sentido, el destino principal de la tutela, porque no hay otro recurso natural que sea más recurso nacional que la comunidad social de los comunes.

IV.- La renta de localización específica de los usuarios.

La renta derivada de la explotación de los datos personales es un recurso natural de los pueblos que habitan en el Estado-Nación. Su tutela es propia de la jurisdicción donde está su fuente. Es una actuación concreta del derecho de cada Estado para proteger su base de imposición.

Es una renta que viene del *data mining*, nunca mejor expresado, bajo la gobernanza y el poder económico de las cadenas de valor global digital. La acumulación gratuita, reserva, tratamiento y manufactura de mercancías informacionales de la materia prima es condición básica de monopolio.

Cui identifica la creación de valor por el usuario como un modo de individualización de la localización específica de la plusvalía del productor o consumidor. El lugar donde está el usuario es el lugar donde el Estado que toca puede capturar las rentas de localización específica creadas por las plataformas digitales en su territorio que es donde se verifican.

Son las plataformas digitales que generan el poder de mercado mediante sus efectos de red; modelos de negocios de dos o más lados que implican complejas opciones de precios para la maximización de beneficios; costo marginal irrelevante; y movilidad geográfica en la localización de la realización del servicio y el reconocimiento del beneficio.

*"The idea is to allow the country where the rent is located to tax the rent. Research on the industrial organisation of digital platforms has revealed a rich variety of ways in which platforms can earn supra-normal profits"*²¹.

La renta digital es una renta de localización específica que se origina en los países donde reside el usuario. Es una renta similar a los recursos naturales con localizaciones definidas. En la medida que el usuario permite obtener beneficios a la plataforma por el uso de los datos es fácil deducir que los beneficios originados deben atribuirse en parte a la localización de los usuarios.

*"The 'mining' of data could be directly analogized to the mining of natural resources"*²².

El usuario crea el valor del servicio digital en el territorio donde está. Desde su localización procede la renta y la plusvalía de la cadena global digital. Los datos son un recurso natural situados y bajo la jurisdicción del Estado-Nación.

*"In the context of services provided by digital platforms, the applicable concept we advocate is the Ricardian definition of rent."*²³

La renta ricardiana define la renta que se transfiere desde el usuario a la plataforma: el importe ganado por un factor de producción o un recurso en exceso de la suma necesaria para la

²¹ Wei Cui, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense, University of British Columbia, April 22, 2019. Tax Law Review, Forthcoming.SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3273641> ;Wei Cui,The Digital Services Tax on the Verge of Implementation, Canadian Tax Journal,67:4,2019.

²² Wei Cui, Nigar Hashimzade The Digital Services Tax as a Tax on Location –Specific Rent,january 23 2019 SSRN.3321393.

²³ Wei Cui, Nigar Hashimzade, cit.p.11.

provisión del recurso. Lo que *para Hobson y Griziotti* constituían los *excess profits*, renta no ganada de naturaleza monopólica.

Para *D.Ricardo*, la renta económica era una transferencia de beneficio a los propietarios agrícolas simplemente porque poseían el monopolio de un recurso escaso como la tierra. La renta era el pago del agricultor al propietario, consecuencia de la desigual distribución de la propiedad de la tierra.

"The classical economists (such as Ricardo) argued that economic rent accrues on the basis of unequal ownership/access or control over an existing scarce resource (eg.lands)²⁴.

La renta ricardiana era una renta no ganada, una transferencia desde el sector productivo al improductivo, que no sirve a la reproducción, sino al parasitismo del sistema económico o a la emergencia de externalidades negativas que exceden el beneficio social, natural o de mercado, de la creación de valor por la actividad. Y su amplitud comprende no solo la tierra, sino también los recursos naturales extractivos –mineros, hidrocarburos, minerales, alimentación –y, asimismo, los datos poseídos gratuitamente en la economía digital

"This leads to a natural justification of the taxation of such rent by the jurisdiction where the users are located. If the right to tax is the sovereign right of the state over its residents, in exchange for provision of protection and access to public goods and institutions, then the state is within its rights to tax the rent appropriated by a (non- resident) platform whenever the value of this rent is created by that state's resident individuals."²⁵

²⁴ R.Kaplinsky, M.Morris, A Handbook for Value Chain Research, january 2001.

²⁵Cui-Hashimzade, cit.p.12.

Los factores determinantes del deber de contribuir están vinculados a las ventajas que el contribuyente se procura de su pertenencia a la colectividad por medio de los bienes públicos que utiliza y lo tutelan que le permiten vivir y actuar en un territorio: como lugar donde reside o como lugar donde realiza hechos imposables de los tributos.

Los factores fueron señalados por *B.Griziotti*.²⁶

-Las ventajas generales derivadas de la pertenencia en un conjunto político, económico, social.

-Las ventajas particulares derivadas de la actividad social.

-La aptitud y la capacidad contributiva del particular para contribuir a la vida colectiva.

La relación entre el contribuyente y la potestad tributaria en un territorio determinado está en función de su pertenencia política, social económica a un Estado, que grava los resultados económicos, para sí o para terceros, en tanto manifestaciones de capacidad contributiva, como deber de contribución al gasto público, por las ventajas que le significan la "*vida económica colectiva*"²⁷.

La localización de los usuarios es una manifestación de capacidad contributiva en el Estado-Nación donde están. La creación de valor digital por el usuario configura un derecho de imposición del Estado sobre la renta extraída por las plataformas digitales no residentes.

²⁶ B.Griziotti, Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda, Madrid, 1931, p.107.

²⁷ M.Pugliese, L'imposizione delle imprese di carattere internazionale, Padova,1931,p.41.

Las rentas derivadas de la recogida y colección de datos (*data-input*) del usuario es el modo necesitado para la oportunidad de altos beneficios, por encima del que puede considerarse retorno normal (*excess profits*). La manufactura en producto predictivo, mercancía informacional, conduce a la renta o plusvalía de comportamiento (*behavioral surplus*).

Sostiene *F. Maffezzoni* que no es la territorialidad de un hecho la que confiere la calificación de índice de capacidad económica, sino que, por el contrario, es la capacidad contributiva la que otorga la territorialidad²⁸.

La capacidad contributiva del usuario concede su territorialidad, una forma de renta de localización específica.

*"after all, the data is about users in particular locations"*²⁹.

La potestad tributaria del Estado se puede desplegar en su territorio porque lo faculta la manifestación de capacidad contributiva de creación de renta de localización específica del usuario digital, miembro de su comunidad.

"..and after analyzing the role and contribution made by the users by way of data, content creation and the networking benefits, considers that users are a significant indicator of both nexus and creation of value in the jurisdiction of source. In the view of the Committee, the presence of users of a digital or telecommunication network in a multi-dimensional business model signifies value creation and economic participation in that tax jurisdiction, and should give rise to the threshold nexus for taxing that enterprise in

²⁸ F. Maffezzoni, *La capacità contributiva del diritto tributario*, Torino, 1970, p.22

²⁹ Wei Cui, *The Digital Services Tax: A Conceptual Defense*, April 22, 2019. Tax Law Review, Forthcoming. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3273641>

that jurisdiction, particularly, when such user contribution is relied upon for earning income from that jurisdiction. ³⁰

La extracción de datos es una renta de recurso natural idónea para el establecimiento de un impuesto que capture el "beneficio puro", sin costes, de la extracción. Las rentas de los recursos naturales son regalías que pertenecen al Estado, titular fiduciario de los datos personales del usuario en su territorio. El Estado puede recaudar la renta en forma impuestos diseñados para capturar el recurso renta, como es el caso de la extracción de petróleo o gas.

Los datos pertenecen a las personas; la Administración es fiduciaria, no propietaria real, de los datos personales, predispuesta para su defensa como fiduciaria de un bien público para beneficio de la comunidad. Su protección y tutela fiscal transita por la vía las regalías o impuestos sobre la renta digital que se apoyen, igualmente, en la naturaleza de recurso natural de las actividades del usuario en el territorio.

La regalía, el canon, es un pago fijo sobre el ingreso íntegro por el uso de un recurso natural. Es un ingreso público simple caracterizado, además, porque impide el desplazamiento de beneficios. El tipo de gravamen oscila en los tratados para evitar la doble imposición y pueden partir de un 5% hasta un 20%.

El impuesto sobre Servicios Digitales en el modelo europeo o la *Equalisation Levy* de la India es un tributo análogo al canon o regalía.

El Impuesto sobre Servicios Digitales, siguiendo a *Wei Cui*, debe interpretarse como un tributo sobre rentas específicas localizadas, como si fuera una regalía sobre la extracción de recursos naturales,

³⁰India, Committee on Taxation of E-Commerce, Proposal for Equalisation

rentas económicas obtenidas por las plataformas digitales en localizaciones particulares.

"Taxes on LSR possess two highly desirable features. First, they generate tax revenue with minimal distortions to business decisions. Second, rent that can be attributed to specific locations permits a natural allocation of taxing rights: the jurisdictions in which the rent is located can reasonably claim primary taxing rights, and this in turn implies natural solutions to coordination problems in mitigating the risk of excessive taxation."³¹

La justificación del impuesto reside en que las plataformas digitales obtienen una renta substancial y que tal renta puede encontrarse en los usuarios de los países donde las plataformas operan internacionalmente.

Los datos de los usuarios poseen un valor económico significativo y pueden asimilarse a recursos naturales con localizaciones definidas. Pero, y esto es un error de los autores, limitan su importancia concediendo más renta a la que deriva de la publicidad o la intermediación de transacciones de consumo. En realidad, la fuente de la economía digital es el dato (personal y no personal) y solo así puede entenderse la analogía con el recurso natural.

La renta digital es en la expresión de *Bankman, Kane, y Sykes*, una verdadera renta económica basada en el poder de mercado de sus agentes, la inexistencia de competencia rival y su gobernanza poco menos que absoluta de la plataforma desde la cual operan. La renta ricardiana viene de la materia prima gratuita y las rentas exógenas derivadas de *location savings* en terceros países, del acceso a las personas con educación suficiente, o infraestructuras y

Levy on Specified Transactions, february 2016, p.54.

³¹ Wei Cui, The Digital Services Tax on the Verge of Implementation, Canadian Tax Journal, 2019, 67.4, p.1137.

telecomunicaciones que aprovechan a coste cero, por inmunidad fiscal.³²

El ingreso o renta íntegra es razonable puesto que tiene un efecto próximo a un impuesto sobre el beneficio, ya que, *Cui y Shaviro* coinciden en que las plataformas digitales tienen un bajo o aún cero costes marginales operativos en la jurisdicción.³³

La adaptación del canon o regalía a la figura del impuesto sobre ingresos brutos de las plataformas digitales puede ir más allá del tipo fijo de gravamen. Nada impide la progresividad de los tipos de gravamen en función de las dimensiones económicas y de mercado de las grandes plataformas.

El punto de partida, precisamente, es la denominada *price-based royalty* empleable para gravar las industrias extractivas. Un impuesto que aumenta conforme al aumento de los beneficios o de los precios. La idea es que la regalía o el canon basado en el ingreso íntegro varíe con los cambios en los precios de los productos.

*"A price-based royalty captures some of the desirable attributes of an income or resource rent tax, but in comparison to such taxes, it is easier to administer since revenues are much less sensitive to transfer price manipulation and tax avoidance efforts."*³⁴

Del canon o regalía progresivo puede desprenderse la oportunidad análoga de gravar progresivamente la renta digital en la jurisdicción donde opera, mediante un impuesto sobre los ingresos

³² J. Bankman, M.A. Kane, A. Sykes, *Collecting the Rent: The Global Battle to Capture MNE Profits*, Law & Economics Research Paper Series Working Paper NO 18-38, November 2018.

³³ D. Shaviro, *Digital Services Taxes and the Broader Shift From Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents*, September 3, 2019,

³⁴ K.A. Clausing, M.C. Durst, *A Price-Based Royalty Tax?* ssrn.com/abstract=2732797.

íntegros en la dirección del modelo europeo de Impuesto sobre Servicios Digitales.

¿Es justificable desde el principio de capacidad contributiva la progresividad de un impuesto sobre el volumen de negocios o cifra de ventas?

Así lo confirma en una reciente sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en coincidencia con la Opinión de la Abogada General.³⁵

La Opinión de la Abogada General *Kokott* parte de la premisa que la imposición fundada en el beneficio no es la única forma compatible con el principio de capacidad contributiva; este también incluye el impuesto sobre la cifra de negocios.

Primero, por el hecho que los altos beneficios no son posibles sin una alta cifra de negocios y segundo, por el hecho que el beneficio derivado de una cifra de negocios adicional (beneficio marginal) se incrementa con la caída de los costos fijos por unidad. La cifra de negocios no es una consideración irracional como reflexión del tamaño o posición de mercado y beneficios potenciales de la empresa, indicadores de capacidad contributiva susceptible de gravamen progresivo.

"If a higher tax is payable for higher turnover, the same 'unequal treatment' exists as where higher tax is payable for higher profit" (Opinion, par.168)³⁶

La imposición sobre la cifra de negocios impide mejor que la que se aplica a los beneficios el uso de planificación fiscal agresiva para la erosión de las bases y el desplazamiento de las ganancias, citando

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020. *Tesco-Global Áruházak Zrt.* Asunto C-323/18.

³⁶ Opinión de Abogada General *Kokott*, 4 July 2019 .

uno de los motivos (23) de la Comisión para la introducción del Impuesto Europeo sobre Servicios Digitales, asegurando que la oportunidad de elusión y evasión reside en las grandes empresas. (Opinion, par.103)

La Abogada General también hace una referencia al impuesto sobre servicios digitales proyectado dentro de la Unión Europea. No sería abuso de derecho aplicar un impuesto progresivo sobre la cifra de ventas de las grandes plataformas digitales para asegurar una fiscalidad equitativa respecto a las pequeñas empresas operativas solo dentro de la Unión Europea.

Es decir, no solo sostiene la propuesta de fiscalidad de los servicios digitales sino que propende a la progresividad de tipos de gravamen, no contemplada en el proyecto europeo.

*"This is also consistent with the approach taken by the Commission in the planned EU-wide digital services tax. The Commission is also attempting to obtain a greater contribution to public costs from multinational undertakings (in that case primarily from certain non-member countries) if they generate profits within the EU, without being subject to income tax there. **If the Commission considers a turnover-based progressive tax for certain undertakings to be necessary in order to ensure fair taxation between larger, globally operating undertakings and smaller undertakings operating (only) throughout Europe, a comparable national tax which seeks to obtain a greater contribution to the public burden from larger undertakings than from smaller undertakings can hardly, in principle, constitute an abuse of rights.**"*(Opinion par.96)

Y vuelve a insistir:

"Accordingly, as the Commission itself shows with the proposal for a digital services tax, turnover can also be seen as a (slightly rougher) indicator of greater economic power, and thus greater financial capacity.(Opinion par.169)

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sienta una conclusión coincidente con la Opinión de la Abogada General Kokott:

"La tributación progresiva puede basarse en el volumen de negocios, ya que, por un lado, el importe de este último constituye un criterio de distinción neutro y, por otro, es un indicador pertinente de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos. Se desprende que, al aplicar un baremo marcadamente progresivo basado en el volumen de negocios, dicha Ley pretendía gravar a los sujetos pasivos con una capacidad contributiva «superior a la obligación tributaria general»³⁷.

La progresividad del impuesto no se agota en el beneficio o la ganancia. La cifra de negocios es un índice válido de capacidad contributiva para diferenciar legítimamente entre contribuyentes que poseen una aptitud contributiva superior a otros.

No es contraria a la normativa comunitaria un Estado miembro que:

"establece un impuesto de carácter marcadamente progresivo sobre el volumen de negocios cuya carga efectiva recae principalmente en empresas controladas directa o indirectamente por nacionales de otros Estados miembros o por sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembro debido a que estas empresas realizan los mayores volúmenes de negocios en el mercado de que se trate."

El impuesto digital, sobre el recurso natural de los datos de las personas, de la persona digital, debe respetar un punto importante: la contribución al gasto público debe compensar o reembolsarse como dividendo social a los propietarios reales del recurso natural: los ciudadanos de la comunidad.

La fiscalidad del capitalismo de vigilancia, a cargo del Estado, debería nutrir el dividendo social a cada ciudadano de la comunidad. Esto lleva a la creación de un Fondo Civico *earmarked* que permita la devolución de los ingresos recaudados a los ciudadanos que crearon el valor digital.

El uso de recursos comunes y naturales por algunos, debe consentir a cualquier ciudadano residente de una comunidad recibir una renta compartida en períodos regulares, con carácter general.

La extracción de datos equivale a la extracción de valor de la digitalización de los datos personales para la elaboración de productos predictivos. Exactamente, un recurso común natural, de la misma categoría que el petróleo o la minería.

La explotación económica del recurso natural y común de los datos de cada persona significa que una parte de su valor debe servir para retribuir a los que son sus legítimos propietarios, por el privilegio que ayudan a sostener para los beneficiarios de la explotación.

Los recursos naturales y comunes pueden servir para la constitución de un dividendo social para todos los miembros de la comunidad. Nadie puede reprochar que la riqueza producida por un recurso natural común merece el reparto a los que de algún modo tienen derecho a su participación como propietarios y usuarios.

³⁷ Sentencia cit., Par.70 71.

Este pago es un dividendo que se funda, por un lado, en que todos son propietarios de una parte en los recursos naturales y comunes, habilitados para acceder a una porción de los beneficios obtenidos y, por otra, que sin su cocreación, el valor del algoritmo no pasaría de una aproximación matemática.³⁸

V. El favor digital en el comercio mundial.

La cadena de valor global aspira a la gobernanza digital global para lo cual necesita la libre circulación del flujo de datos personales, de la persona digital, en todos los ámbitos y direcciones que se propone, sin interferencias o restricciones legales, fiscales, aduaneras.

La sociedad algorítmica transnacional es la principal de las amenazas para la soberanía de cada Estado sobre los datos de su gente. Aquello que se da por descontado en la definición de Estado-Nación resulta cuestionado por la ideología de la persona digital, la sustracción de su recurso natural por excelencia, la identidad de la comunidad estable en su territorio.

La cadena global digital necesita los datos personales para su éxito, en cualquier lugar y momento. Su colección y tratamiento concierne a los Estados. El recurso está en su territorio y la renta potencial tiene la localización inmóvil de la gente.

La reiterada mención en los documentos internacionales de la OMC, de la Unión Europea e inclusive de la UNCTAD a la actividad positiva de las cadenas de valor global ensombrece su calificación porque, solamente en materia digital, representan un agente negativo para los Estados en particular, como se está demostrando en materia fiscal, ambiental, derechos de trabajo, vida y salud. Es

³⁸ T.Rosembuj, Taxation and Capitalism of Surveillance, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, LXXIII,2,I,2019.

uno de los supuestos, como el de la competencia virtual, en la que el legislador está a años luz de la realidad a la que se afronta en la sociedad algorítmica transnacional. Si el mismo concepto elogioso sobre las características de la cadena de valor global: fragmentación, deslocalización, subcontratación, desregulación, erosión fiscal, daño ambiental, lo encontráramos en la criminalidad organizada o en el terrorismo antes que en la empresa multinacional, estaríamos ante una amenaza global.

Desde 1998 la OMC incluye una moratoria a favor de la aplicación de tarifas cero sobre las transmisiones electrónicas, que, algunos Estados defienden sea permanente.

*"Estimating the shares of countries in the cross-border e-commerce market, it is found that only three countries, namely China, USA and UK have captured around 70% of the cross-border e-commerce market."*³⁹

La mayor parte de los Estados son importadores netos a tarifa cero. No solo no obtienen recursos aduaneros, sino que facilitan la captura de la persona digital en su territorio, sin contraprestación alguna, reduciendo su recurso natural a la nada y perdiendo, en la emergencia, toda su potestad tributaria y aduanera, sea para fijar tarifas o impuestos locales.

"The rising control of the advanced countries over the future manufacturing processes through AM becomes a matter of greater concern when seen along with the rising monopolistic power of GAFAA (Google, Apple, Facebook, Amazon and Alibaba). GAFAA is gaining power through artificial intelligence, cloud computing, augmented reality and other such advance technologies which will make developing countries fast lose their competitive edge in

³⁹ UNCTAD, Rising Product Digitalisation and Losing Trade Competitiveness, 2017, United Nations. p.18.

*manufactured products.*⁴⁰

La doctrina de la Organización Mundial de Comercio interpreta que la soberanía sobre los recursos naturales no puede poner en entredicho la adhesión de los Estados a los acuerdos asumidos de comercio multilateral.

Los Estados Miembros pueden dictar medidas de excepción a los principios inspiradores del Acuerdo, siempre que cumplan con los valores o principios del sistema OMC en su globalidad por un solo convenio.

Las medidas restrictivas pueden integrarse siempre que presuman la preservación y explotación del desarrollo sostenible, sobre la base de una soberanía relativa que entienda la proporcionalidad entre los medios y objetivos en el ámbito de la salud, la vida, el ambiente, los derechos humanos y la protección y tutela fiscal de la base de imposición.

El Estado tiene derecho a la tutela de su riqueza natural si está ordenada hacia su desarrollo sostenible social y económico, si presta debida atención que su regulación no vaya en contra de los intereses comerciales de los otros Estados.

El interrogante que ahora se discute es si la soberanía limitada en el marco del sistema OMC sobre los recursos naturales es suficiente para proteger a la gente –la persona digital- de cada Estado, las empresas locales en inferioridad ante el oligopolio digital y la pérdida de ingresos públicos y aduaneros

"The moratorium currently leads to de facto discrimination against domestic suppliers, and can be detrimental to infant digital firms. Domestic digital products and service providers pay domestic

⁴⁰ UNCTAD, Rising Product, cit. p.17.

consumption taxes, while the foreign suppliers pay neither tariffs nor domestic consumption taxes for similar products and services where they are imported and consumed. Due to this tax disadvantage for domestic firms, the moratorium has resulted in the offshoring of domestic digital firms, which drains domestic tax revenues and jobs". ⁴¹

La soberanía limitada en el sistema OMC no prejuzga el pleno uso de la potestad tributaria. Es una noción que no está ausente de los principales acuerdos. El artículo XX d) del GATT; el artículo XIV y la nota 5 a pié de página del GATS y, básicamente los artículos 7 y 8 del TRIPs. Reflejan una aproximación diferenciada, pero sustancialmente igual, al equilibrio entre la tutela proteccionista de los valores comerciales y de los valores no comerciales; lo cual es evidente en la tutela protectoria fiscal (BEPS)⁴².

La protección prohibida es legítima cuando sirve a la protección de la salud, vida, medio ambiente, derechos humanos o leyes imperativas de aplicación necesaria para la conservación de los intereses colectivos (blanqueo de capitales, fraude fiscal organizado, criminalidad organizada. Esto es válido, sea para el comercio de mercancías, de servicios, derechos de propiedad intelectual.

La igualdad competitiva es básica en el sistema OMC siempre que sea lícita y no lesiva. Nada obsta para que la reacción jurídica del orden público local impida sus efectos; siempre que no sea a través de medidas arbitrarias, injustificadas o que supongan restricciones encubiertas. Hablamos de igualdad competitiva lícita y no lesiva.

⁴¹ W.Cheng,C.Brandi, Governing Digital Trade- A New Role for the WTO, German Development Institute,6/2019.

⁴² T.Rosembuj, Medio Ambiente y Comercio Mundial. Los Impuestos, Barcelona,2005;T.Rosembuj, Los Impuestos y la Organización Mundial de Comercio,Barcelona,2007.

Hay competencia comercial ilícita o lesiva toda vez que el sacrificio de los ingresos públicos de casi todos los Estados se vean mermados por otros Estados, sea por moratoria permanente de tarifas aduaneras o por reproche al ejercicio de la potestad impositiva sobre rentas localizadas de recursos naturales (la persona digital) obtenidas por empresas digitales en condiciones oligopólicas.

*"concerns about tax avoidance and unfair competition by foreign suppliers of digital products and services are so substantial that over 40 WTO Members have already taken measures to respond."*⁴³

En 2015 la Unión Europea produjo un documento relevante: *Comercio para todo. Hacia un comercio más responsable y política de inversión*⁴⁴.

Es un programa correcto de comercio multilateral justo. La Comunicación defiende que el comercio no es un fin en sí mismo, sino una herramienta en beneficio de la gente. Esto significa asegurar que el comercio y la política de inversión es efectiva, v.g. la revolución digital está transformando la economía internacional y, al mismo tiempo, promueve valores no comerciales: derechos humanos, derechos del trabajo, ambiente, salud y protección al consumidor, expulsión de la corrupción. Y, por último, un decidido soporte al sistema multilateral de la OMC, defendiendo su papel esencial en las normas del comercio mundial desde la propiedad intelectual a aduanas, desde el comercio digital a las buenas prácticas de regulación legal.⁴⁵

⁴³W.Cheng,C.Brandi,Governing Digital Trade, cit.

⁴⁴ E.Commission, Brussels,14.10.2015, Com(2015)497,Trade for All.Towards a more responsible trade and investment policy.

⁴⁵ E.Commission, Brussels,14.10.2015.,cit..p.21.

Un asunto pendiente de enorme trascendencia es el acuerdo sobre la naturaleza jurídica de los bienes digitales. Mientras los EEUU exhibe una posición vecina a la de concebir los bienes digitales como mercancías; la Unión Europea entiende que son provisión de servicios.

Según se adopte una u otra clase queda determinada la sujeción al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros Comercio (GATT) o al Acuerdo General sobre Comercio de Servicios(GATS). Las mercancías físicas y los servicios quedan sometidos a una diferencia de disciplina sustancial.⁴⁶

No existe consenso para establecer si el producto digital tiene característica de mercancía o servicio. En otros términos, la OMC no aclara la identificación del objeto de la información digitalizada transmitida por medios electrónicos.

La organización del mercado autoregulado pretende que los datos personales sean ordenados en la forma de compraventa, para su venta en el mercado. Por eso la denominamos mercancía informacional o producto predictivo. Pero, siguiendo a *Polanyi*, no es una verdadera mercancía, sino una mercancía ficticia, como el trabajo, la tierra y la moneda. Una mercancía que se define subordinada al mercado y el *"postulado por el cual todo lo que se compra y vende debe ser un producto para la venta es para estos manifiestamente falso"*⁴⁷

La mercancía informacional tiene un claro componente de (bien) de información, cuyo *"valor se basa en la información que contiene"*⁴⁸

⁴⁶ T. Rosembuj, El Impuesto Digital, Barcelona, 2015, p.46.

⁴⁷ K. Polanyi, La grande Trasformazione, cit. p.93.

⁴⁸ V. Ledhönvirta, E. Castronova, Virtual Economies. Design and

A su vez, la información como servicio postula la información como bien.⁴⁹

A efectos del sistema OMC el comercio electrónico, el bien digital, cae dentro de la finalidad del GATS o sea, es comercio de servicios, cualquiera que sea su modo de realización. Por tanto, todos los principios y criterios del GATS (cláusula de la nación más favorecida, transparencia, regulación doméstica, competencia) y los compromisos específicos (acceso a los mercados, tratamiento nacional) se aplican a la provisión de servicios mediante medios electrónicos.

El GATS distingue entre obligaciones generales, entre las que destaca la obligación de la nación más favorecida (art II), vinculantes para todos los Estados, salvo recurso a la exclusión en el momento de adherirse; y las obligaciones específicas, entre las que se destacan las de acceso al mercado y la del tratamiento nacional (arts. XVI y XVII), que solo vinculan a los Estados que explícitamente asuman compromisos específicos resultantes de su decisión y en los sectores que desean con las condiciones y calificaciones a las que aspiran.

La obligación de tratamiento nacional, entonces, no es un principio de aplicación general sino en el marco de los compromisos específicos adoptados por cada Estado en su lista de concesión, al momento de la adhesión. Es en estas listas en la que se reflejan los deberes del Estado respecto al acceso a su mercado y el tratamiento nacional y las excepciones y condiciones establecidas. No obstante, la finalidad de las listas no es permanente, sino que son susceptibles de mejora y ampliación mediante sucesivas negociaciones. Los compromisos específicos se aplican, entonces, a

Analysis, 20014, MIT. p.41

⁴⁹ P.Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, T.2, 2006, Roma, p.907.

los sectores de servicios catalogados por los Estados, sujetos a cualquier calificación, condiciones y limitaciones fijadas por los mismos.

Las medidas fiscales de cada Estado pueden justificarse como excepción legítima a la obligación del Tratamiento Nacional cuando tienen el propósito (aimed) de garantizar la imposición o recaudación equitativa o eficaz de los impuestos directos sobre los servicios o proveedores de servicios de otros Estados (art. XIV d.).

La nota 6 a pie de página relativa al art. XIV d.) ilustra, a título ejemplificativo y no taxativo, las medidas cubiertas por la excepción adoptadas por el Estado en su sistema tributario.

- . – Medidas aplicables a prestadores de servicios no residentes a la luz de la circunstancia que la obligación tributaria de los no residentes está determinada con referencia a supuestos de hecho gravados cuya fuente o localización es el territorio del Estado.
- . – Medidas aplicables a los no residentes para garantizar o asegurar la imposición o recaudación de los tributos en el territorio del Estado.
- . – Medidas aplicables a los no residentes y a los residentes a fin de impedir la elusión o evasión fiscal, comprendidas las que aseguran el cumplimiento y la observancia de los deberes legales.
- . – Medidas aplicables a los consumidores de servicios suministrados en o desde el territorio de otro Estado para asegurar la imposición o recaudación fiscal sobre tales consumidores en relación a las fuentes localizadas en el territorio del Estado.

. –Medidas aplicables que distinguen entre prestadores de servicios sujetos a imposición a nivel mundial y otros prestadores de servicios, frente a la diferente naturaleza de la base imponible entre ambos.

---Medidas que determinan, atribuyen o subdividen renta, beneficios, ganancias, pérdidas, deducciones o créditos fiscales de personas residentes o sucursales o sucursales de la misma persona, para salvaguardar la base imponible del Estado.

La interpretación del artículo XIV y de la nota a pie de página se verifica de conformidad a los conceptos y definiciones tributarias propias del Estado que adopta las medidas o conceptos o definiciones similares o equivalentes. El fundamento de la excepción fiscal, que no puede resultar en discriminación arbitraria o restricción encubierta al comercio de servicios, estriba en impedir la falsificación de la igualdad competitiva mediante la elusión o evasión fiscal por causa de la no residencia, lo cual significaría una ventaja indebida o ilícita en las condiciones de competencia respecto a los servicios y proveedores de servicios locales semejantes. Pero, no es solo el propósito comercial el que inspira la excepción. Hay elementos que parecen dignos de relieve porque internalizan conceptos propios de valores no comerciales, que son antecedente del BEPS.

Si esto fuera correcto, los servicios de comercio electrónico no obstaculizan la elaboración de proveedores de contenidos digitales sometidos a la *excepción tributaria en el GATS*, cosa que no sucedería en el GATT, y ello cuando los supuestos de hecho gravados tienen su fuente en el territorio del Estado donde se prestan; se verifique elusión o evasión fiscal; imposición sobre los usuarios en relación a las fuentes localizadas en el territorio del

Estado; tutela de la base imponible y su reparto entre distintas jurisdicciones.

La transformación de la moratoria temporal aduanera de las transmisiones electrónicas puede provocar fuertes pérdidas en los ingresos públicos de los países en vías de desarrollo si se convierte en permanente. Y, el riesgo inminente que agudiza la situación son los productos de la *additive manufacturing (manufactura aditiva)*⁵⁰.

La manufactura aditiva es la producción industrial conocida como impresión 3D, que consiste en la creación de objetos tridimensionales mediante procesos controlados por ordenador, aplicando capas de un material especial sobre una superficie plana.

"The true value of additive manufacturing is that it can create unique products without changing out equipment—a 3D printer is not a single-purpose device. This is exactly why additive manufacturing is known as "3D printing"⁵¹.

El proceso usa un tipo de archivo denominado CAD (*Computer-Aided Design*), que puede transmitirse vía Internet a todo el mundo. El problema legal que el *3D printing* da lugar es que la impresora es una mercancía, sujeta al GATT; pero, el archivo enviado por transmisión electrónica no es una mercancía, sino un servicio, por tanto, susceptible de ser sometido al GATS.

La impresora 3D es una mercancía física, material; pero, los archivos CAD son servicios, que producen mercancías. Se trata de mercancía informacional idónea para producir mercancía física, material.

⁵⁰ UNCTAD, *Rising Product*, cit. p.15.

⁵¹ S.Fleuter, *The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification*, *Chicago Journal of International Law*, V.17,1., p.160.

El cambio que provoca la nueva tecnología es disruptivo. Los archivos pueden enviarse electrónicamente a cualquier parte donde haya impresoras 3D para la manufactura de productos. Su uso industrial es poco menos que universal. Sirve para microbaterías de litio, riñón humano y puede imprimir sobre plástico, metal, cerámica, cemento, madera, alimentación y células humanas.

"The industrial uses of additive manufacturing are nearly endless. General Electric uses additive manufacturing for jet engines and medical devices; Lockheed Martin and Boeing 3D print aerospace equipment; a Chinese company developed a system to 3D print entire homes."⁵²

La UNCTAD señala la amenaza para los países en vías de desarrollo, ya que se trata de una tecnología que deja obsoleta el volumen de manufacturas de bajo coste a favor de los que poseen amplias redes de consumidores. La previsión de la industria impresión 3D es que puede capturar el 5% de la capacidad de manufactura global, lo cual supone una facturación de 640 mil millones de dólares⁵³.

La moratoria permanente de tarifas aduaneras puede conducir al derrumbe de países que recibieron de las cadenas de valor global la ventaja de la producción manufacturera de bajo valor añadido – deslocalización- y ahora la perderán por mor de la nueva tecnología digital de las mismas cadenas de valor global.

VI. Conclusión

La apropiación privada del conocimiento social es la forma de renta económica digital y la materia prima es el conocimiento colectivo, general, de todos. Los datos personales son el primer escalón del

⁵² S.Fleuter, cit. p.159

conocimiento colectivo, de cada uno. Los datos personales cosechados evolucionan por obra del algoritmo en la producción y manufactura a una suerte de conocimiento artificioso dirigido a la obtención de *excess profits* o pura información con otros propósitos, sean de seguridad, control, vigilancia. Nosotros somos los datos. El petróleo, el maíz o el trigo, o cualquier otro recurso natural está en la superficie, y solo se necesita su extracción gratuita, el *data mining algorítmico*, para la apropiación del dominio público y comercialización como productos predictivos, bajo protección de la posesión privada. La materia prima es la persona digital, los datos personales recogidos en masa para su tratamiento algorítmico. La persona digital no es la persona, sino una aproximación más o menos próxima, pero no idéntica, que se convierte en una abstracción para su utilización económica, política, social, económica.

La persona digital es la materia prima del recurso natural digital localizado en cada uno de los países donde operan o pretenden hacerlo las personas reales. El recurso natural de la persona digital posee un valor económico como mercancía informacional comercializable en los mercados. Es una mercancía ficticia, que se aproxima a otras que *Polanyi* en su momento calificara como tales: el trabajo, la tierra y la moneda. La identidad de las personas es al mismo tiempo identidad de la comunidad e identidad del Estado-Nación. La apropiación y captura de la persona digital es desagregación y disgregación de la comunidad y del Estado-nación. Los recursos naturales pertenecen a la soberanía fiduciaria de cada Estado, exactamente como las materias primas dentro de su territorio. La renta derivada de la explotación de los datos personales es un recurso natural de los pueblos que habitan en el Estado-Nación. La renta digital es una renta de localización

⁵³ UNCTAD, *Rising Product*, cit. p.15.

específica que se origina en los países donde reside el usuario. Es una renta similar a los recursos naturales con localizaciones definidas. En la medida que el usuario permite obtener beneficios a la plataforma por el uso de los datos es fácil deducir que los beneficios originados deben atribuirse en parte a la localización de los usuarios. La localización de los usuarios es una manifestación de capacidad contributiva en el Estado-Nación donde están. La creación de valor digital por el usuario configura un derecho de imposición del Estado sobre la renta extraída por las plataformas digitales no residentes. Los datos pertenecen a las personas; la Administración es fiduciaria, no propietaria real, de los datos personales, predispuesta para su defensa como fiduciaria de un bien público para beneficio de la comunidad.

Su protección y tutela fiscal transita por la vía de regalías o impuestos sobre la renta digital. Nada impide la progresividad de los tipos de gravamen en función de las dimensiones económicas y de mercado de las grandes plataformas. Desde 1998 la OMC incluye una moratoria a favor de la aplicación de tarifas cero sobre las transmisiones electrónicas. La transformación de la moratoria temporal aduanera de las transmisiones electrónicas puede provocar fuertes pérdidas en los ingresos públicos de los países en vía de desarrollo si se convierte en permanente. Y, el riesgo inminente que agudiza la situación son los productos de la *additive manufacturing (manufactura aditiva)*.