

Estudio de caso (WTO - OMC): “Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las Empresas de Ventas en el Extranjero”

Introducción. Contexto e historia del Asunto. El Asunto “EEUU – Tratamiento fiscal a EVE”. Datos identificativos y partes actuantes. Los hechos y el derecho. El primer Informe y la Ley IET. Argumentaciones de los EEUU. Subvenciones supeditadas a la exportación con arreglo al A. SMC. Subvenciones a la exportación en el marco del A. Agricultura. Trato menos favorable, art. III párr. 4 del GATT de 1994. Retirada de las subvenciones EVE. Réplicas de las CE. Subvenciones supeditadas a la exportación con arreglo al A. SMC. Subvenciones a la exportación en el marco del A. Agricultura. Trato menos favorable, art. III párr. 4 del GATT de 1994. Retirada de las subvenciones EVE. Argumentaciones de las CE. Réplicas de los EEUU. Argumentaciones de los Terceros Participantes. Australia. Canadá. India. Japón. Informe del OA. Cuestiones planteadas. Párrafo 1 del art. 1 del Acuerdo SMC. Párrafo 1 a) del art. 3 del Acuerdo SMC. Nota 59 del Acuerdo SMC. Párrafo 1 del art. 10 del Acuerdo sobre Agricultura. Párrafo 4 del art. III del GATT de 1994. Párrafo 7 del art. 4 del Acuerdo SMC. Párrafo 3 del art. 10 del ESD. Apelaciones condicionales. Constataciones y conclusiones. Análisis del asunto. Utilización de precedentes. Soluciones jurídicas para problemas políticos. Uso del Derecho Internacional para interpretar los Acuerdos OMC. La cuantía de la contramedida autorizada. Valoración.

** Por Augusto D. Lafferriere¹*

1. Introducción.

El presente trabajo se propone analizar el asunto “Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las Empresas de Ventas en el Extranjero (EVE)”, resuelto mediante Informe del Órgano de Apelación (OA)² adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

En primer lugar, haremos una breve exposición del contexto e historia del asunto, para luego pasar a desarrollar detalladamente los hechos, las argumentaciones de las partes y terceros participantes, la decisión del Grupo Especial establecido, las apelaciones correspondientes, los

¹ Abogado. Asesor jurídico de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y de la Integración Regional, del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Master en Relaciones Internacionales (FLACSO – Tesis pendiente).

² Se aclara, desde ya, que una vez que se utilice una abreviatura o siglas para identificar una frase, se seguirá utilizando en lo siguiente la misma, omitiendo la frase entera. Así, por ejemplo, nos referiremos de ahora en más al Órgano de Apelación como “OA”.

argumentos y la decisión final del OA (que no debemos confundir con “solución final”, que no la ha habido).

Realizado dicho análisis, haremos una valoración de la decisión recaída en el asunto, relacionándola con otra jurisprudencia de la OMC³ y con temas de alcance general, como el contexto político y económico de la controversia, las tendencias interpretativas del OA, la relevancia del Derecho Internacional general y de otros sectores del ordenamiento jurídico internacional en la OMC, etc.

Finalmente, se harán algunas consideraciones finales, a modo de conclusión.

2. Contexto e historia del Asunto.

Estados Unidos (EEUU) sanciona una ley sobre Trato Fiscal aplicado a Empresas de Ventas en el Extranjero (“Ley EVE”), por la que se establecen ciertos beneficios para las empresas que realizan determinadas ventas. Dicha ley es luego considerada por las Comunidades Europeas (CE) incompatible con los Acuerdos de la OMC y los compromisos asumidos por los EEUU en dicho contexto.

Así, las CE solicitan entablar consultas con EEUU y luego del fracaso de las mismas solicitan la creación de un Grupo Especial (GE) que resuelva la cuestión. En octubre de 1999, el GE entendió que la ley estadounidense era contraria a ciertas normas de la OMC.

En enero de 2000, el OA confirmó las recomendaciones del GE en ciertos puntos, y las modificó en otros. En marzo de 2000, el OSD adoptó el Informe, recomendando a EEUU que pongan las medidas declaradas incompatibles en conformidad con la normativa OMC, y que retiren antes del 1º de octubre de 2000 dichas subvenciones.

El 2 de octubre, las CE y los EEUU informaron al OSD del procedimiento del artículo 21 y 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), concluido el 29 de septiembre. El 12 de octubre, el OSD le concede a EEUU plazo hasta el 1º de noviembre para cumplir el Informe. El 15 de noviembre se promulga en los EEUU la Ley de derogación de las disposiciones relativas a EVE y exclusión de Ingresos Extraterritoriales (Ley IET).

Como las CE consideraron que dicha ley no se ajustaba a lo resuelto por el OSD, el 17 de noviembre presentan la *solicitud de contramedidas* y de suspensión de concesiones, por un lado, y *solicitan consultas* con arreglo al artículo 21 párrafo 5 del ESD, por el otro. Las contramedidas

³ Sobre el procedimiento de solución de diferencias en la OMC, su evolución, sus perspectivas e implicancias, véase JACKSON, J., *International Economic Law: jurisprudente and contours*, American Society of International Law, 1999.

consistirían en un derecho adicional de hasta el 100% *ad valorem* sobre los derechos de aduana consolidados, que se aplicaría a determinados productos.

El 27 de noviembre, los EEUU objetan el nivel de las medidas aplicadas, y el asunto se somete a arbitraje (artículo 22 ESD). El 20 de diciembre se establece el GE, y al día siguiente las partes piden la suspensión del arbitraje hasta la finalización de los trabajos de dicho GE.

El 28 de enero de 2002, el OSD adopta los informes del GE y del OA⁴, declarando que la ley IET incumple ciertos artículos de los Acuerdos de la OMC. Al día siguiente, se reactiva el procedimiento de arbitraje sobre el nivel de las medidas aplicadas. En agosto de 2002 se dio a conocer dicho informe, que autorizó a las CE el nivel de 4.043 millones de dólares estadounidenses como contramedidas.

Como los EEUU no aplicaron las recomendaciones del OSD, en abril de 2003 las CE pidieron autorización para adoptar las contramedidas, imponiendo así un derecho adicional de hasta 100% *ad valorem* por encima de los derechos de aduana consolidados.

3. El Asunto “EEUU – Tratamiento fiscal a EVE”.

a) Datos identificativos y partes actuantes.

El asunto en cuestión llega al OA por un recurso de apelación de los EEUU por un lado, y de las CE por el otro, al Informe del GE. Frente al OA, EEUU será apelante/apelado, y las CE apelado/apelante, y participarán también como terceros Australia, Canadá, India y Japón.

Los EEUU apelan respecto a lo resuelto sobre: las subvenciones supeditadas a la exportación con arreglo al Acuerdo SMC, las subvenciones a la exportación en el marco del Acuerdo sobre Agricultura, el Párrafo 4 del Artículo III del GATT 1994, y la retirada de las subvenciones EVE.

Las CE lo hacen respecto de: el párrafo 3 del artículo 10 del ESD (derechos de terceros), y formulan además ciertas apelaciones condicionales.

4. Los hechos y el derecho.

a) El primer Informe y la Ley IET.

La Ley IET contiene 5 artículos. Se aplica a ciudadanos y residentes estadounidenses. Determina que los ingresos derivados de determinadas transacciones podrán ser objeto del tratamiento dispuesto, si son específicos de ciertas transacciones, de “bienes de comercio exterior que reúnan las condiciones establecidas”, y si se satisface la “prescripción de procesos

⁴ Estos dos serán los Informes que se analizarán en el presente trabajo.

económicos en el extranjero”. La ley, además, establece tres reglas alternativas para calcular la exención.

Así, los “ingresos de comercio exterior que reúnan las condiciones establecidas” son la única parte de los ingresos extraterritoriales que está excluida de los ingresos brutos, y por tanto, de tributación en los EEUU (o sea, se produce una “exención fiscal”).

En el Informe del Grupo Especial, se concluye que:

1. La ley IET es incompatible con el Acuerdo SMC (art. 3 párr. 1, ap. a)⁵, pues conlleva subvenciones supeditadas a los resultados de exportación, y no está comprendida en el ámbito de la nota 59⁶ de dicho Acuerdo.
2. Los EEUU actuaron en forma incompatible con la obligación de no mantener subvenciones (Acuerdo SMC).
3. La Ley IET otorga subvenciones a la exportación, y como mínimo, amenaza eludir los compromisos en materia de subvenciones a la exportación del Acuerdo Agricultura.
4. La Ley IET es incompatible con el GATT de 1994 (art. III, párr. 4)⁷, debido a la limitación de artículos/mano de obra extranjeros, otorgándoles un trato menos favorable.
5. Los EEUU no han retirado plenamente las subvenciones EVE que se constató constituían subvenciones prohibidas (Acuerdo SMC), por lo que no han aplicado las recomendaciones del OSD.
6. Los EEUU, al actuar en forma incompatible con los Acuerdos OMC, han anulado o menoscabado ventajas para las CE.

b) Argumentaciones de los EEUU.

Los EEUU apelan ciertos puntos del Informe, a saber:

1. Subvenciones supeditadas a la exportación con arreglo al Acuerdo SMC.

⁵ Artículo 3, párrafo 1, apartado a) del Acuerdo SMC: “ A reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas: a) las subvenciones supeditadas *de iure* o *de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I”.

⁶ Nota 59 del Acuerdo SMC (parte pertinente): “El párrafo e) no tiene por objeto coartar la posibilidad de un Miembro de adoptar medidas destinadas a evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero devengados por sus empresas o por las empresas de otro Miembro”.

⁷ Párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994: “Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Las imposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto”.

Respecto a los “ingresos que en otro caso se percibirían” (art. 1, párr. 1, a, 1, ii)⁸, los EEUU sostienen que el GE aplicó erróneamente la prueba, y que los miembros son libres de gravar o no las categorías de ingresos que decida.

Tradicionalmente, los EEUU han permitido que la parte extranjero de ingresos por transacciones internacionales se asigne fuera de su jurisdicción fiscal mediante la utilización de una filial constituida en el extranjero de un contribuyente estadounidense. La parte extranjera de los ingresos obtenidos por esas filiales no está sujeta a tributación en los EEUU. La ley IET permite hacer esa asignación con respecto a transacciones efectuadas directamente por un contribuyente sin utilización de una filial en el extranjero.

Respecto a la “supeditación a la exportación” (art. 3, párr. 1 a), los EEUU aducen que el GE transformó indebidamente la norma en una “prescripción inversa de trato nacional”, en virtud de la cual debe otorgarse a las ventas en el mercado interior un trato no menos favorable que el concedido a las exportaciones o a otras ventas en el extranjero.

La Ley IET es neutral por lo que respecta a la exportación, y permite obtener ingresos sin necesidad de exportar. La exportación es *una* manera de obtener una subvención, pero no es una condición *obligatoria*.

Respecto a la doble imposición (nota 59 del Acuerdo SMC), los EEUU afirman que el GE les impuso indebidamente la carga de demostrar que la ley IET es una medida para evitar la doble imposición, y que creó una nueva norma para determinar la conformidad con la nota 59: la norma del “legislador razonable”.

La ley IET consigue evitar la doble imposición excluyendo los ingresos extraterritoriales de los ingresos brutos, y los antecedentes legislativos así lo demuestran. Así, la ley IET es una medida para evitar la doble imposición en el sentido de la nota 59, y no es una subvención prohibida.

2. Subvenciones a la exportación en el marco del Acuerdo sobre Agricultura.

Según los EEUU, como la constatación del GE sobre el Acuerdo SMC es errónea, también lo es la constatación sobre el Acuerdo sobre Agricultura, basada en los mismos argumentos.

⁸ Artículo 1, párrafo 1, apartado a), 1, ii: “A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención: 1. Cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo “gobierno”), es decir: ii. Cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)”.

3. Trato menos favorable, artículo III párrafo 4 del GATT de 1994.

Los EEUU afirman que la norma del “trato no menos favorable” requiere una igualdad efectiva de oportunidades entre los productos nacionales e importados. El GE, al aplicar la prueba *de jure*, no estableció la existencia de vínculo o nexo causal entre el texto y los productos afectados por la medida.

El GE equiparó erróneamente la regla a una *prescripción* de contenido nacional, claramente incorrecta. Y así, el GE hizo especulaciones que la regla pone a los productos importados en desventaja, al considerar que los productores siempre preferirán utilizar componentes nacionales para satisfacer la prescripción y obtener el beneficio fiscal.

4. Retirada de las subvenciones EVE.

Los EEUU sostienen que el otorgamiento transitorio de compensaciones es habitual en los EEUU y otros países cuando la legislación fiscal se modifica, a fin de no imponer costos adicionales e injustificados a los contribuyentes.

c) Réplicas de las CE.

A dichos argumentos, las CE respondieron lo siguiente:

1. Subvenciones supeditadas a la exportación con arreglo al Acuerdo SMC.

Según las CE, el GE examinó la situación general como un todo integrado. El GE sólo examinó la lógica y coherencia general de la ley IET tras concluir que dicha ley tenía por consecuencia la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían.

Los beneficios de la ley IET son subvenciones, y el contribuyente puede elegir, caso por caso, el sistema que le ofrezca más ventajas. De no existir la ley IET, los ingresos extraterritoriales serían ingresos brutos, y por tanto serían gravados. Así, dicha ley exime del pago de impuestos a ingresos que en otro caso (al menos en muchos casos) se gravarían.

Respecto a la supeditación a la exportación, afirman las CE que una subvención sujeta a dicha condición *necesariamente* trata a las ventas de exportación mejor que a las ventas en el mercado interior. Y la prohibición del Acuerdo SMC es absoluta y debe respetarse.

Además, la medida EVE no puede subsanarse simplemente ampliándola a las transacciones que no son de exportación. La única manera de eliminar la supeditación a la exportación sería que también englobara las ventas nacionales.

Respecto a la nota 59, las CE aducen que la cuestión de la “carga de la prueba” era teórica y no influía en las demás constataciones del GE. Además, la ley IET no tiene por objeto

regular casos en los que no existen acuerdos bilaterales sobre tributación. Y por otra parte, dicha ley no requiere que las actividades económicas que generan los ingresos excluidos tengan lugar en el extranjero. La ley no guarda relación alguna con la determinación de los ingresos procedentes del extranjero. La ley IET no es una medida para evitar la doble imposición.

2. Subvenciones a la exportación en el marco del Acuerdo sobre Agricultura.

Las CE afirman que los argumentos sobre el Acuerdo sobre Agricultura dependen totalmente de los basados en el Acuerdo SMC, a los que se remiten.

3. Trato menos favorable, artículo III párrafo 4 del GATT de 1994.

Sostienen las CE que el GE constató debidamente que la regla del “valor equitativo de mercado” concede un trato menos favorable a los productos/mano de obra importados, pues si las demás condiciones no cambian, los productores siempre tendrán un incentivo para utilizar insumos de origen nacional, para obtener así el beneficio fiscal (lo cual es incompatible con el GATT de 1994).

4. Retirada de las subvenciones EVE.

Las CE alegan que los EEUU no abordan ninguna razón ni disposición de los acuerdos para respaldar su postura. Lo único que dicen es que las disposiciones transitorias son esenciales para la ordenada transición. Pero al estipularse que las subvenciones EVE debían retirarse “a más tardar” cierta fecha, ya se concedió a los EEUU un período de tolerancia para introducir los cambios requeridos.

d) Argumentaciones de las CE.

Por otra parte, también las CE deciden apelar el Informe del GE. Así, hacen una apelación respecto a los derechos de los terceros en el procedimiento, y otras apelaciones condicionales.

Respecto a lo primero, las CE afirman que los terceros tienen derecho a recibir *todas* las comunicaciones escritas de las partes previas a la reunión del GE; y no solo las *primeras* comunicaciones, como afirma el GE.

Reconocen las CE que los GE poseen cierta discrecionalidad para establecer sus propios procedimientos, pero que no pueden hacer caso omiso a las disposiciones del ESD. Además, afirman que el criterio aplicado por el GE no garantiza a los terceros la plena información para su participación en la reunión.

Respecto a las apelaciones condicionales, las CE solicitan que sólo se examinen si se revocan las constataciones del GE sobre la aplicación del principio de economía procesal.

e) Réplicas de los EEUU.

Los EEUU piden que se confirme lo decidido por el GE respecto a los derechos de los terceros, pues el GE se limitó a interpretar una disposición ambigua de conformidad con los principios del Derecho Internacional (Convención de Viena). La decisión del GE fue razonable y estaba comprendida en el ámbito de sus facultades discrecionales.

Respecto a las apelaciones condicionales, sostienen los EEUU que las mismas no están demasiado claras, y se remiten así a las argumentaciones formuladas oportunamente ante el GE.

f) Argumentaciones de los Terceros Participantes.

1. Australia.

Australia está de acuerdo con las constataciones del GE, y pide que se confirmen las conclusiones: la ley IET ofrece subvenciones a la exportación prohibidas.

2. Canadá.

También Canadá es de la opinión de confirmar las constataciones del GE, pues a su juicio se produce una condonación de ingresos públicos que en otro caso se percibirían, la subvención está supeditada *de jure* a los resultados de la exportación, y los parámetros de la ley IET ni siquiera se aproximan a los de una medida para evitar la doble imposición.

3. India.

Del mismo modo, la India solicita la confirmación de lo decidido por el GE, pues la medida IET entraña la condonación de ingresos, y darle otra interpretación a ello menoscabaría gravemente las disciplinas de la OMC en materia de subvenciones.

4. Japón.

Finalmente, Japón también solicita la confirmación del Informe, pues en ciertos casos, la subvención está supeditada a la exportación, y la medida IET no es una medida para evitar la doble imposición. Además, el hecho de que *algunos* ingresos excluidos de tributación puedan estar sujetos a doble tributación no basta.

5. Informe del OA.

a) Cuestiones planteadas.

En la apelación, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

1. Si la medida IET conlleva la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían, y dan lugar así a una contribución financiera.
2. Si la medida IET incluye subvenciones supeditadas a los resultados de exportación (Acuerdo SMC).
3. Si la medida IET no está incluida en el ámbito de la nota 59 del Acuerdo SMC, como medida adoptada para evitar la doble imposición.
4. Si la medida IET supone subvenciones a la exportación incompatibles con las obligaciones contraídas por los EEUU en el Acuerdo sobre Agricultura.
5. Si la medida IET es incompatible con las obligaciones contraídas por los EEUU en el marco del GATT de 1994 (trato menos favorable).
6. Si los EEUU no han retirado totalmente las subvenciones que en el Asunto EEUU – EVE se constató prohibidas, y por tanto, no han cumplido las recomendaciones del OSD.
7. Si todas las comunicaciones escritas de las partes presentadas antes de la reunión única del GE tienen que facilitarse a los terceros.

b) Párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

El OA sostuvo que el Acuerdo SMC no prohíbe a los miembros condonar ingresos que en otro caso se percibirían con arreglo a sus normas tributarias, aunque ello confiera también un beneficio. Sin embargo, si ofrecen una subvención, deben respetar las normas OMC.

Se deben comparar los ingresos realmente percibidos y los ingresos que “en otro caso se percibirían”, siguiendo las normas fiscales que cada miembro han establecido libremente.

La legislación de EEUU (el IRC) trata todos los ingresos, sea cual fuere su origen, de manera idéntica. En principio, los ingresos brutos procedentes del extranjero de ciudadanos y residentes, menos las deducciones autorizadas, están sujetos a tributación como ingresos imponibles.

Así, al comparar, se pone de manifiesto un notable contraste entre las “otras normas” (el IRC, que grava *todos* los ingresos), y las normas aplicables a los ingresos de comercio exterior (la medida IET, que excluye ciertos ingresos). O sea, si la medida no existiera, se gravarían ingresos con arreglo a otras normas “en otro caso” aplicables. Por tanto, EEUU deja de recaudar ingresos que “en otro caso se percibirían”.

Se confirma la constatación del GE. La medida IET condona ingresos que en otro caso se percibirían, y por tanto, da lugar a una contribución financiera.

c) Párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

Reconoce el OA que la supeditación a la exportación puede ser condición única, o una condición entre otras varias. Una subvención está supeditada *de jure* a los resultados de exportación cuando puede demostrarse (sea expresamente o de los términos empleados) la existencia de esa condición a partir de los propios términos de la norma.

La medida IET contempla dos situaciones: bienes producidos *dentro* de EEUU, y producidos *fuera*. Se deben examinar las situaciones por separado. Los bienes producidos *dentro* de EEUU, para obtener la subvención fiscal, deben ser exportados necesariamente. Por tanto, la medida IET otorga subvenciones que están supeditadas a la exportación, sin que sea relevante si en la segunda situación se produce o no tal hecho.

Así, se confirma la constatación del GE, limitada a los bienes producidos dentro de EEUU: la medida IET otorga subvenciones supeditadas de jure a los resultados de exportación.

d) Nota 59 del Acuerdo SMC.

El OA sostiene que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma una determinada reclamación o defensa. Respecto a la nota 59, afirma que la misma no modifica el alcance del término “subvención” del artículo 1, y que las medidas allí incluidas pueden seguir siendo subvenciones a la exportación.

La nota 59 establece que los miembros están facultados para tomar o adoptar medidas para evitar la doble imposición aun en el caso de que en principio puedan ser subvenciones a la exportación. Por tanto, establece una excepción, y constituye una defensa que justifica el otorgamiento de una subvención. En conclusión, la carga de probar recae sobre la parte demandada.

Se confirma, por tanto, la constatación del GE: la carga de la prueba, en este caso, recae sobre los EEUU.

Respecto a si la medida IET es una para evitar la doble imposición, el OA sostiene que muchos Estados han concertado tratados bilaterales o multilaterales a ese fin, de los que emanan principios generalmente aceptados. Uno de ellos establece que un Estado extranjero gravará a los no residentes sobre los ingresos generados por actividades de esos no residentes que tengan *alguna vinculación* (territorial) con ese Estado. A la inversa, sin tal vínculo, los ingresos no estarán sujetos a tributación en ese Estado extranjero.

Así, la expresión “ingresos procedentes del extranjero” en la nota 59 hace referencia a los ingresos generados por actividades de no residentes en un Estado extranjero que *tienen vínculos*

con ese Estado, en virtud de los cuales pueden estar sujetos a tributación en él. Por otra parte, no es necesario que las medidas englobadas en la nota 59 estén *perfectamente* ajustadas a una doble carga fiscal efectiva.

Según la medida IET, los “ingresos procedentes del extranjero” derivados de una transacción son *sólo* aquella parte de los ingresos totales que ha sido generada por actividades que tienen lugar en un Estado extranjero y puede atribuirse debidamente a esas actividades. Pero los ingresos exentos son los ingresos de comercio exterior “que reúnan las condiciones establecidas”, que se calculan como un *porcentaje fijo* de *todos* los ingresos obtenidos por el contribuyente en *cualquier* transacción que reúna las condiciones.

Además, el IRC considera que la transacción cumple las condiciones si se satisface en la subsiguiente venta del distribuidor al comprador extranjero no vinculado. Por tanto, en el cálculo de ingresos del comercio exterior, la medida IET no hace distinción alguna entre ingresos que puedan ser ingresos procedentes del extranjero e ingresos nacionales.

En consecuencia, la medida IET resulta sistemáticamente una asignación indebida, que puede arrastrar al cálculo de los ingresos de comercio exterior ingresos derivados de transacciones estrictamente nacionales. Así, no existen ingresos procedentes del extranjero en el sentido de la nota 59. Con arreglo a la medida IET, el contribuyente puede obtener una exención fiscal incluso para ingresos de origen nacional.

Por tanto, el OA confirma la constatación del GE, pues los EEUU no han cumplido con la obligación de probar que dicha medida está amparada por la justificación de la nota 59.

e) Párrafo 1 del artículo 10 del Acuerdo sobre Agricultura⁹.

El OA sostiene que los EEUU no negaron que si la medida EVE conllevaba el otorgamiento de un beneficio según el Acuerdo SMC, también lo hacía en el marco del Acuerdo de Agricultura.

Por tanto, el OA no encuentra razón alguna para diferir de su conclusión basada en el Acuerdo SMC.

f) Párrafo 4 del artículo III del GATT 1994.

El OA aduce que la “regla de valor equitativo de mercado” establece por sí misma una distinción formal entre productos nacionales e importados. *Así, confirma la constatación del GE, en el sentido de que dicha regla afecta al uso en el mercado interior de productos importados,*

⁹ Artículo 10, párrafo 1, Acuerdo sobre Agricultura: “Las subvenciones a la exportación no enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 no serán aplicadas de forma que constituya, o amenace constituir, una elusión de los

pues antes de adoptar sus decisiones, el productor sopesará las posibilidades de elegir como insumos productos nacionales, ya que si quiere obtener la exención fiscal la regla se transforma en una prescripción para que se utilicen productos nacionales, dándose en consecuencia un trato menos favorable a los productos importados.

g) Párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC¹⁰.

Según el OA, como la Ley IET no deroga ciertos beneficios de la medida relativa a las EVE, dicha medida sigue aplicándose. El Acuerdo SMC requiere que las subvenciones prohibidas se retiren sin demora, y el GE debe establecer el plazo. Por tanto, no se ve fundamento alguno para prorrogar el plazo fijado para la retirada de las subvenciones.

Por tanto, el OA confirma la constatación del GE, en cuanto los EEUU no han retirado plenamente las subvenciones EVE, por lo que no han cumplido las recomendaciones del OSD.

h) Párrafo 3 del artículo 10 del ESD¹¹.

El OA afirma que los GE tienen cierta discrecionalidad para establecer sus propios procedimientos de trabajo, aunque esa discrecionalidad no es tan amplia como para modificar las disposiciones de fondo del ESD. Así, el OA sostiene que se debe interpretar el texto expreso del ESD, y no se pueden presuponer limitaciones no existentes en dicho texto.

Por tanto, se deberá dar traslado a los terceros de *todas* las comunicaciones que las partes hayan hecho al GE hasta su *primera* reunión, con independencia del número de comunicaciones que se hayan hecho, incluidos cualesquiera escritos de réplica presentados antes de la primera reunión. Ello es así, pues el ESD tiene por fin garantizar que los terceros puedan participar útil y plenamente en dicha reunión.

Así, el OA afirma que el GE interpretó erróneamente el ESD, y decide aceptar la solicitud de las CE.

i) Apelaciones Condicionales.

Como el OA ha confirmado todas las constataciones del GE, no se da ninguna de las condiciones en que se basan las apelaciones de las CE, por lo que no las aborda.

j) Constataciones y conclusiones.

compromisos en materia de las subvenciones a la exportación; tampoco se utilizarán transacciones no comerciales para eludir esos compromisos”.

¹⁰ Párrafo 7 del artículo 4, del Acuerdo SMC: “Si se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el GE recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora. A este respecto, el GE especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida”.

El OA finalmente confirmó que la medida IET:

1. conlleva la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían, por lo que se produce una contribución financiera (Acuerdo SMC).
2. incluye subvenciones supeditadas a los resultados de exportación (Acuerdo SMC).
3. no está incluida en el ámbito de aplicación de la nota 59 como medida adoptada para evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero.
4. conlleva subvenciones a la exportación incompatibles con las obligaciones asumidas (Acuerdo sobre Agricultura).
5. es incompatible con las obligaciones contraídas por los EEUU (GATT de 1994, trato menos favorable).

Además, constató que:

6. los EEUU no han retirado plenamente las subvenciones a la exportación prohibidas, y por tanto no han cumplido plenamente las recomendaciones del OSD.
7. el GE interpretó erróneamente el ESD, pues *todas* las comunicaciones escritas de las partes presentadas *antes* de la única reunión del GE tienen que facilitarse a los terceros.

Así, concluyó recomendando al OSD que: pida a los EEUU que pongan la medida IET en conformidad con sus obligaciones dimanantes de los Acuerdos OMC (SMC, Agricultura, GATT 1994), y que pida a los EEUU que apliquen plenamente las recomendaciones del OSD (del Asunto EEUU – EVE).

6. Análisis del asunto.

De la exposición del caso, podemos extraer variadas consideraciones.

a) Utilización de precedentes.

En primer lugar, podemos observar la *tendencia del OA a utilizar los precedentes resueltos como método para jerarquizar la decisión tomada, y como forma de sentar las bases para la construcción de una jurisprudencia pacífica* en los diversos temas que aborda en el asunto.

Así, por ejemplo, se observa que aparecen más de 25 citas de precedentes en el Informe, tanto en las alegaciones de las partes, como de los terceros, y también en la argumentación hecha por el OA en su análisis del caso.

Entre los casos aludidos, se citan los siguientes:

¹¹ Párrafo 3 del artículo 10 del ESD: “Se dará traslado a los terceros de las comunicaciones de las partes en la diferencia presentadas al GE en su primera reunión”.

1. *Canadá – Automóviles (2000)*, citado por EEUU alegando la falta de nexo causal entre la regla (art. III GATT 1994) y la supuesta discriminación, rechazando las conclusiones especulativas; y respecto a las apelaciones condicionales de las CE (punto 71 del Informe).
2. *Corea – Carne vacuna (2001)*, también citado por EEUU al alegar la falta de nexo causal entre la regla (art. III GATT 1994) y la supuesta discriminación, rechazando las conclusiones especulativas; y respecto al análisis del trato menos favorable de los productos importados.
3. *CE – Bananos III (1997)*, citado por el OA al interpretar la palabra “afecte” del art. III del GATT 1994.
4. *EEUU - EVE (2000)*, citado por el OA respecto al derecho de los miembros de gravar o no los ingresos que estimen convenientes, siempre respetando los Acuerdos OMC; también respecto a la condicionalidad del otorgamiento de la subvención a la exportación del producto; respecto a la carga de la prueba al analizar la nota 59 del Acuerdo SMC; y respecto a la condonación de ingresos que “en otro caso se percibirían”.
5. *Canadá – Aeronaves (2000)*, citado por el OA respecto al derecho de los miembros a otorgar subvenciones, y respecto al significado del término “supeditadas” del artículo 3 del Acuerdo SMC.
6. *EEUU – Camisas y Blusas*, citado por el OA al alegar sobre la carga de la prueba al analizar la nota 59 del Acuerdo SMC.
7. *CE – Hormonas*, también citado por el OA al argumentar sobre la carga de la prueba.
8. *Japón – Bebidas alcohólicas II*, citado por el OA al analizar el trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores, y respecto a los efectos reales del trato menos favorable de los productos importados.
9. *EEUU – Ley arancelaria de 1930 (1998)*, también citado por el OA al analizar el trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores.
10. *CE – Amianto (2001)*¹², nuevamente, citado por el OA al analizar el trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores.
11. *Brasil – Aeronaves*, citado por el OA al analizar el “retiro sin demora” de las subvenciones prohibidas por el Acuerdo SMC.
12. *Australia – Salmón (2000)*, citado por el OA al analizar el procedimiento de trabajo de los GE y los derechos de los terceros.
13. *Australia – Cuero para automóviles (2000)*, también citado por el OA al analizar el procedimiento de trabajo de los GE y los derechos de los terceros.

¹² Sobre el asunto Amianto, véase FERNÁNDEZ EGEA, R., *El asunto amianto. Por fin una decisión saludable*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2001.

14. *EEUU – Semiconductores DRAM (2000)*, nuevamente, citado por el OA al analizar el procedimiento de trabajo de los GE y los derechos de los terceros.

15. *Canadá – Productos Lácteos (2001)*, también citado por el OA al analizar el procedimiento de trabajo de los GE y los derechos de los terceros.

16. *Argentina – Calzados (1998)*, citado por el OA al analizar la libertad de los GE para establecer sus propios procedimientos de trabajo.

Esta constatación es de especial importancia, pues justamente una de las diferencias del sistema actual de solución de disputas con respecto al GATT de 1947 es la existencia de un OA que funciona a la manera de una Cámara de Casación, pues aborda únicamente las apelaciones de derecho, con el objetivo de sentar una jurisprudencia uniforme en cuanto a la interpretación de los acuerdos OMC.

b) Soluciones jurídicas para problemas políticos.

En segundo lugar, podemos afirmar que *no siempre los problemas que se plantean en el comercio internacional son pasibles de solucionarse por métodos jurídicos*, pues hay cuestiones que, como están estrechamente *relacionadas* con tradiciones, costumbres arraigadas o más frecuentemente con decisiones de *política* interna o exterior de los países, los Estados se muestran renuentes a cumplir las decisiones jurídicas recaídas en dichos temas.

Ejemplo de ello es el asunto *sub examine*, pues vemos cómo se prolonga su solución, al punto tal que hasta el presente los EEUU no han cumplido con la recomendación del OSD y por ello las CE han solicitado y obtenido autorización para aplicar contramedidas (que, como sostiene pacíficamente la doctrina, no son un fin en sí mismas, sino un instrumento para lograr el cumplimiento de la decisión adoptada)¹³.

Otros ejemplos, dentro del marco de la OMC, del conflicto *político* subyacente al planteamiento *jurídico*, hemos podido encontrar en los asuntos Hormonas, Bananos¹⁴, y en el presente el relativo a los organismos genéticamente modificados (OGM) o “transgénicos”. Fuera del ámbito de la OMC, encontramos el precedente del Tribunal de Naciones Unidas (TIJ) en el caso “Nicaragua c/ EEUU” de los años ’80, entre otros.

c) Uso del Derecho Internacional para interpretar los Acuerdos OMC.

¹³ Véase, al respecto, el mismo ESD a nivel normativo; y a nivel doctrinal, FERNANDEZ PONS, X. *Self help and the WTO*, en MENGOZZI, P. *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano; PAUWELYN, J., *Enforcement and countermeasures in the WTO: rules are rules – Towards a more collective approach*, American Journal of International Law, 2000; y MC GEE, R., *Trade embargoes, sanctions and blockades – Some overlooked human rights issues*, Journal of World Trade, 1998.

¹⁴ Sobre dicho asunto, puede verse un comentario en Mc MAHON, J., *The EC Banana Regime, the WTO Rulings and the ACP – Fighting for economic survival*, Journal of World Trade, 1998.

En tercer término, se puede resaltar la *utilización, una vez más, de instrumentos jurídicos del derecho internacional “extra OMC” para la interpretación de los Acuerdos OMC y la argumentación jurídica del asunto en examen*¹⁵.

Esta vez, como en otras oportunidades, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue utilizada para la interpretación de cláusulas o términos ambiguos o sujetos a interpretaciones divergentes por las partes¹⁶.

d) La cuantía de la contramedida autorizada.

Finalmente, una cuestión interesante que no podemos dejar de resaltar, es la magnitud de la cuantía autorizada como contramedida para adoptar por las CE, y que de hecho comenzaron a aplicar hace unos meses¹⁷. En efecto, dicha autorización es la de mayor cuantía autorizada por el OSD hasta el presente.

Este punto pone en evidencia, nuevamente, que el sistema multilateral de liberalización comercial tiene sus incongruencias, pues justamente la sanción al proteccionismo es más proteccionismo, con el objeto de inducir a la liberalización (!)¹⁸.

7. Valoración.

La decisión recaída en el asunto demuestra la intención de lograr cierta coherencia en la aplicación de las normas por el OA, y el fuerte compromiso de dicho órgano con el sistema multilateral de liberalización, buscando a través de la magnitud de las contramedidas autorizadas darle un arma a la parte reclamante triunfante en el asunto para que pueda presionar al miembro renuente a que cumpla con lo recomendado por el OSD.

Finalmente, es justo reconocer que son varias las incongruencias que encontramos en el sistema de solución de diferencias de la OMC, como se observa en la etapa de cumplimiento de las recomendaciones. A tal efecto, se deberían buscar soluciones alternativas, que no lleven a un mayor proteccionismo de los países miembros, así como también que ejerzan una mayor presión

¹⁵ Al respecto, véase MARCEAU, G., *A call for coherence in International Law*, Journal of World Trade, 1999; y TARULLO, D., *The relationship of WTO obligations to other International Arrangements*, en BRONCKERS, M. and QUICK, R., *Essays in honour of John Jackson*, The Hague – London – Boston, 2000.

¹⁶ En el caso, los EEUU cuestionaban la interpretación del artículo 10 del ESD, y el OA utilizó dicha Convención (su artículo 31) para realizar la interpretación razonable del precepto. Véase el punto 69 del Informe.

¹⁷ El 25 de abril de 2003, las CE comunicaron al OSD su intención de aplicar contramedidas mediante la utilización de un derecho adicional de hasta un 100% *ad valorem* por encima de los derechos de aduana consolidados, detallando asimismo en qué productos lo aplicarán.

¹⁸ Sobre esta problemática, puede consultarse MARCEAU, G., *A call for... (op. cit.)*.

sobre el miembro renuente y pongan en un plano de igualdad (o, al menos, de menor desigualdad) a los miembros frente a la decisión adversa de un informe del OSD.