

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS108/R
8 de octubre de 1999

(99-4118)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - TRATO FISCAL APLICADO A LAS "EMPRESAS DE VENTAS EN EL EXTRANJERO"

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

El presente informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "*Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las 'empresas de ventas en el extranjero'*" se distribuye a todos los Miembros, de conformidad con lo dispuesto en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). El informe se distribuye como documento no reservado a partir del 8 de octubre de 1999, de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, sólo las partes en la diferencia pueden presentar una apelación en relación con el informe de un grupo especial, que las apelaciones están limitadas a las cuestiones de derecho abordadas en el informe del Grupo Especial y a las interpretaciones jurídicas formuladas por éste y que no se podrá establecer comunicación *ex parte* alguna con el Grupo Especial ni con el Órgano de Apelación respecto de las cuestiones que el Grupo Especial o el Órgano de Apelación estén examinando.

Nota de la Secretaría: El presente informe del Grupo Especial será adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su distribución, a menos que una parte en la diferencia decida recurrir en apelación o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. En caso de recurrirse en apelación contra el informe del Grupo Especial, éste no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el procedimiento de apelación. Puede obtenerse información acerca de la situación actual del informe del Grupo Especial en la Secretaría de la OMC.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
II. ELEMENTOS DE HECHO	2
III. CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES SOLICITADAS POR LAS PARTES.....	4
A. CONSTATAIONES DE DERECHO	4
B. RECOMENDACIONES	5
IV. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES	5
A. OBJECIONES PRELIMINARES.....	5
1. Relación de las pruebas disponibles - Párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC	10
2. Foro apropiado en materia fiscal - Nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC	24
3. Carácter concreto de las reclamaciones - Párrafo 2 del artículo 6 del ESD	35
4. Ámbito de las medidas en litigio.....	37
B. SI LAS MEDIDAS RELATIVAS A LAS EVE CONSTITUYEN SUBVENCIONES SUPEDITADAS A LOS RESULTADOS DE EXPORTACIÓN, EN LA ACEPCIÓN DEL PÁRRAFO 1 A) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC	39
C. SI LAS MEDIDAS RELATIVAS A LAS EVE SON SUBVENCIONES SUPEDITADAS AL EMPLEO DE PRODUCTOS NACIONALES CON PREFERENCIA A LOS IMPORTADOS EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 B) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC	265
D. SI LAS MEDIDAS RELATIVAS A LAS EVE INFRINGEN EL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA.....	272
E. ARGUMENTOS RELACIONADOS CON LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO ESPECIAL	292
F. ARGUMENTOS FINALES	294
V. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR TERCEROS.....	300
A. BARBADOS	300
B. CANADÁ.....	301
C. JAPÓN	306

	<u>Página</u>
VI. REEXAMEN INTERMEDIO.....	314
VII. CONSTATAACIONES.....	317
A. SOLICITUDES DE DECISIONES PRELIMINARES	317
1. Relación de las pruebas disponibles	317
2. Foro apropiado para materias fiscales.....	321
3. Carácter concreto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial	323
4. Medidas conexas	326
B. RECLAMACIONES BASADAS EN EL PÁRRAFO 1 A) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC.....	327
1. Exposición de los argumentos de las partes.....	327
2. Orden en que se abordarán las cuestiones.....	328
3. Existencia de una subvención: exenciones concedidas a las EVE	328
4. Supeditación a la exportación: exenciones EVE	353
5. Normas de fijación administrativa de precios.....	361
6. Conclusión	363
C. RECLAMACIONES EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 1 B) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC.....	363
D. RECLAMACIONES EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA	364
1. Reseña de los argumentos de las partes	364
2. El párrafo 3 del artículo 10 y la carga de la prueba	364
3. Reclamación en virtud del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura	367
4. Reclamación en virtud del artículo 8 del Acuerdo sobre la Agricultura.....	375
VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	375

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 18 de noviembre de 1997, las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"), el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y el artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC"), en relación con "los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas y las medidas conexas por las que se establece un trato fiscal especial para las "empresas de ventas en el extranjero".¹

1.2 El 4 de marzo de 1998, las Comunidades Europeas solicitaron que las consultas se celebrasen "asimismo con arreglo al artículo 19 del Acuerdo sobre la Agricultura".²

1.3 Las Comunidades Europeas y los Estados Unidos celebraron consultas el 17 de diciembre de 1997, el 10 de febrero de 1998 y el 3 de abril de 1998, pero no llegaron en ellas a una solución mutuamente satisfactoria. El 1º de julio de 1998, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo 6 del ESD, el artículo 4 del Acuerdo SMC, el artículo 19 del Acuerdo sobre la Agricultura y el artículo XXIII del GATT de 1994.³

1.4 En su reunión del 22 de septiembre de 1998, el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") estableció un grupo especial de conformidad con el artículo 6 del ESD, al que impartió el mandato uniforme, que, en consecuencia, era el siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que han invocado las Comunidades Europeas en el documento WT/DS108/2, el asunto sometido al OSD por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS108/2, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."⁴

1.5 Barbados, el Canadá y el Japón se reservaron el derecho de participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

1.6 El 9 de noviembre de 1998, las partes en la diferencia convinieron en que la composición del Grupo Especial fuese la siguiente:

Presidente: Sr. Crawford Falconer

Miembros: Sr. Didier Chambovey
Profesor Seung Wha Chang

1.7 El Grupo Especial se reunió con las partes los días 9 y 10 de febrero de 1999 y 16 de marzo de 1999, y con los terceros el 10 de febrero de 1999.

¹ Véase la solicitud de celebración de consultas de las Comunidades Europeas, WT/DS108/1 (28 de noviembre de 1997).

² WT/DS108/1/Add.1 (12 de marzo de 1998).

³ WT/DS108/2 (9 de julio de 1998).

⁴ WT/DS108/3 (11 de noviembre de 1998).

II. ELEMENTOS DE HECHO

2.1 Una "empresa de ventas en el extranjero" ("EVE") es una empresa constituida, organizada y mantenida en un país extranjero que cumpla las condiciones establecidas, o en una posesión de los Estados Unidos situada fuera del territorio aduanero de ese país, con arreglo a las prescripciones específicas de los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos (Internal Revenue Code, IRC). Las EVE gozan de una exención fiscal estadounidense sobre una parte de sus ganancias ("ingresos de comercio exterior"), es decir, los ingresos brutos de la EVE atribuibles a "entradas brutas de comercio exterior". Se entiende por entradas brutas de comercio exterior las entradas brutas de cualquier EVE generadas por operaciones que reúnan las condiciones establecidas, las que generalmente entrañan la venta o el arrendamiento financiero de "bienes de exportación". Son bienes de exportación aquéllos:

- destinados a la venta o el arriendo;
- fabricados, producidos, cultivados, criados o extraídos en los Estados Unidos;
- por una persona que no sea una EVE;
- vendidos, dados en arrendamiento financiero o alquilados para su uso, consumo o enajenación fuera de los Estados Unidos; y
- cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más del 50 por ciento a importaciones.⁵

2.2 Las EVE deben satisfacer ciertas prescripciones relativas a la presencia en el extranjero.⁶ Por ejemplo, una EVE debe tener establecida una oficina fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos. Esta oficina debe contar con los elementos necesarios para efectuar las operaciones de la EVE. Asimismo, para que se considere que una EVE, no comprendida entre las clasificadas como pequeñas, ha tenido entradas brutas de comercio exterior durante el ejercicio fiscal correspondiente, la administración de la empresa durante ese ejercicio debe llevarse a cabo fuera de los Estados Unidos, y sólo puede considerarse que la empresa tiene entradas brutas de comercio exterior procedentes de cualquier operación, si los procesos económicos relativos a ésta han tenido lugar fuera de los Estados Unidos.⁷

2.3 Una parte de los "ingresos de comercio exterior" se consideran "ingresos de fuente extranjera sin conexión efectiva con una actividad comercial o empresarial en los Estados Unidos" y no están

⁵ Algunas excepciones a esta definición de bienes de exportación pueden encontrarse en el artículo 927 a) 2) del IRC. Éstas son las siguientes: a) bienes arrendados o alquilados por una EVE para uso de cualquier miembro de un grupo controlado de sociedades de las cuales esa EVE es miembro; b) patentes, invenciones, modelos, dibujos y modelos, fórmulas, o procesos, estén o no patentados, derechos de autor (distintos de los relativos a películas, cintas grabadas, discos o reproducciones similares, y distintos de los software (estén o no patentados, para uso comercial o doméstico), activos intangibles, marcas de fábrica o de comercio, marcas comerciales, franquicias u otros bienes similares; c) petróleo o gas (o cualquier producto primario de los mismos); d) productos cuya exportación esté prohibida o restringida para llevar a cabo la política establecida en el párrafo 2) C) del artículo 3 de la Ley de Administración de las Exportaciones de 1979 (en relación con la protección de la economía nacional) y e) cualquier madera sin elaborar que sea una madera blanda. A los efectos del apartado e), por "maderas sin elaborar" se entienden trozas, cuadermas o formas similares de madera.

⁶ Párrafo a) del artículo 922 del IRC.

⁷ Párrafo b) del artículo 924 del IRC.

por tanto gravados en los Estados Unidos⁸; esta parte no gravada recibe la denominación de "ingresos de comercio exterior exentos".⁹ La EVE tributa por la parte restante. A los dividendos pagados por la EVE al accionista (de ordinario, el "proveedor vinculado") con los ingresos exentos y no exentos les es aplicable en general la deducción completa por dividendos recibidos.¹⁰

2.4 Se aplican normas especiales a las cooperativas agropecuarias. En ciertas circunstancias, la totalidad de los ingresos de comercio exterior que una EVE perteneciente a una cooperativa vinculada que reúne las condiciones necesarias, obtiene de la venta de productos agropecuarios o de horticultura, se tratará como ingresos de comercio exterior exentos.¹¹ No obstante, no está autorizada ninguna deducción por dividendos recibidos sobre una parte de los ingresos de comercio exterior de un accionista de una cooperativa agropecuaria.¹²

2.5 Por lo que se refiere a las funciones de que es responsable la EVE, en el caso de una venta de bienes de exportación a ésta por una persona que responda a las condiciones indicadas en el artículo 482 del IRC (es decir, por un proveedor vinculado), los ingresos se atribuirán a la EVE con arreglo a uno de tres métodos posibles. En uno de ellos se utilizan los precios realmente percibidos en la operación entre la EVE y el "proveedor vinculado" (es decir, la empresa matriz estadounidense), a reserva de la aplicación de las reglas normales de los Estados Unidos sobre precios de transferencia, que figuran en el artículo 482 del Código de Rentas Internas.¹³ Los otros dos métodos consisten en la aplicación de normas de "fijación administrativa de precios", que las EVE y sus empresas matrices están autorizadas a utilizar para la distribución de los ingresos entre ellas.¹⁴

2.6 La primera norma de fijación administrativa de precios asigna a la EVE el 23 por ciento del total de la renta imponible conjunta (es decir, de la renta neta conjunta del proveedor vinculado y la EVE) que se hayan derivado de la venta de bienes de exportación por la EVE, y el 77 por ciento restante a su proveedor vinculado. Esta norma establece además que el 15/23 (aproximadamente el 65 por ciento) de los ingresos de comercio exterior de la EVE, están exentos de impuestos de los Estados Unidos.¹⁵ Así pues, la norma proporciona una exención para el 15 por ciento (23 por ciento x 15/23) de la renta imponible conjunta obtenida en la operación.

2.7 La segunda norma de fijación administrativa de precios permite asignar a la EVE el 1,83 por ciento del total de las entradas brutas de comercio exterior procedentes de la venta de bienes de exportación, como ingresos de comercio exterior, sin rebasar el doble de la cantidad que puede asignarse a la EVE con arreglo al método de la renta imponible conjunta; es decir, el 46 por ciento de la renta (neta) total conjunta obtenida en las operaciones de la EVE.¹⁶ Por esta norma se establece

⁸ Tales ingresos están en general exentos de impuestos con arreglo al artículo 882 del IRC, si son obtenidos por una empresa residente fuera de los Estados Unidos.

⁹ Véase el párrafo a) del artículo 923 del IRC.

¹⁰ Párrafo a) del artículo 926 y párrafo c) del artículo 245 del IRC.

¹¹ Véase el párrafo a) 4) del artículo 923 del IRC.

¹² Véase el párrafo c) 2) B) del artículo 245 del IRC.

¹³ Prueba 1 de las CE.

¹⁴ Véase el párrafo a) 1) y 2) del artículo 925 del IRC.

¹⁵ Véase el párrafo a) 3) del artículo 923 y el párrafo a) 4) del artículo 291 del IRC.

¹⁶ Véase el párrafo d) del artículo 925 del IRC.

además que el 15/23 (aproximadamente el 65 por ciento) de los ingresos de comercio exterior de la EVE están exentos de impuestos de los Estados Unidos. Así pues, esta norma proporciona una exención para hasta el 30 por ciento (46 por ciento x 15/23) del total de la renta imponible conjunta obtenida en la operación. De esta exención del 30 por ciento sólo se puede disfrutar, sin embargo, en circunstancias determinadas. Dado que el límite máximo del método de las entradas brutas está vinculado al método de la renta imponible (neta) conjunta, no es matemáticamente posible gozar de la exención total del 30 por ciento a menos que el margen de beneficio de una operación sea del 4 por ciento o menos. Con un margen de beneficio del 8 por ciento o más, la cuantía de la exención concedida con arreglo al método de las entradas brutas no excederá del 15 por ciento en ninguna circunstancia.

2.8 Una EVE debe hacerse cargo directamente de los procesos económicos específicos relacionados con la operación de exportación pertinente, o sufragarlos. Por ley, a fin de poder gozar de la exención fiscal parcial, una EVE que aplique las normas de fijación administrativa de precios debe realizar *todas* las actividades de distribución imputables a la operación de exportación, o contratar o sufragar su realización.¹⁷ Entre éstas se cuentan las actividades de oferta (distintas de la publicidad), y la negociación o concertación del contrato de la operación de exportación correspondiente de la EVE. Por lo menos una de estas tres importantes actividades debe llevarse a cabo fuera de los Estados Unidos. Además, la EVE debe hacerse cargo de todas las funciones de distribución que se indican seguidamente, las que también deben realizarse principalmente fuera de los Estados Unidos:

- a) publicidad y promoción de ventas;
- b) trámite de los pedidos de los clientes y disposiciones para la entrega de los productos;
- c) transporte de las mercancías comprendidas en la operación a los locales del cliente;
- d) establecimiento y envío de la factura o estado de cuenta definitivos, y recepción del pago; y
- e) asunción del riesgo crediticio.¹⁸

III. CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES SOLICITADAS POR LAS PARTES

A. CONSTATAIONES DE DERECHO

3.1 Las **Comunidades Europeas** piden al Grupo Especial que formule las siguientes constataciones de derecho:

3.2 Que, al mantener las exenciones fiscales y las normas de fijación administrativa de precios que resultan del programa relativo a las empresas de ventas en el extranjero (EVE), los Estados Unidos han infringido:

- a) el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, al conceder subvenciones supeditadas *de jure* a los resultados de exportación;
- b) el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, al conceder subvenciones supeditadas *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados; y

¹⁷ Véase el párrafo c) del artículo 925 del IRC.

¹⁸ Párrafos d) y e) del artículo 924 del IRC.

- c) los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura, en combinación con el párrafo 1 d) del artículo 9 y con los párrafos 1 y 3 del artículo 10 de ese Acuerdo, al conceder subvenciones a la exportación de productos agropecuarios que no se ajustan a los compromisos de reducción que han contraído en marco del Acuerdo (por ejemplo, con respecto al trigo, el maíz, las habas de soja, y el algodón);
- d) y que, al hacerlo, han anulado y menoscabado las ventajas resultantes de esos acuerdos para las Comunidades Europeas.

3.3 Los **Estados Unidos** piden al Grupo Especial que formule las siguientes constataciones de derecho:

Que ni la exención fiscal concedida a las EVE ni las normas de fijación administrativa de precios aplicadas a esas empresas infringen:

- a) el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC;
- b) el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC; o
- c) los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura en combinación con el párrafo 1 d) del artículo 9 y los párrafos 1 y 3 del artículo 10 de ese Acuerdo; y
- d) que ni la exención fiscal concedida a las EVE ni las normas de fijación administrativa de precios aplicadas a las EVE anulan o menoscaban las ventajas resultantes para las Comunidades Europeas del Acuerdo SMC o del Acuerdo sobre la Agricultura.

B. RECOMENDACIONES

3.4 En su primera comunicación oral y en su segunda comunicación escrita, las **Comunidades Europeas** piden al Grupo Especial que recomiende que los Estados Unidos supriman las dos subvenciones concedidas a las EVE antes del comienzo del próximo ejercicio fiscal (del 2000).

3.5 Los **Estados Unidos** sostienen que es prematuro ocuparse de las cuestiones de aplicación, materia que podría abordarse, si fuese necesario, durante el proceso intermedio de reexamen. Los Estados Unidos sostienen además que el plazo propuesto por las Comunidades Europeas no es apropiado ni realista.

3.6 En su segunda comunicación oral, las Comunidades Europeas piden al Grupo Especial que recomiende que los Estados Unidos supriman las dos subvenciones concedidas a las EVE no después del 1º de octubre de 1999, si no se interpusiese apelación, y, en cualquier supuesto, antes del 1º de octubre del 2000 (comienzo de su ejercicio fiscal del 2001).

IV. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A. OBJECIONES PRELIMINARES

4.1 En su solicitud de constataciones preliminares, los **Estados Unidos** piden al Grupo Especial:

- 1) que desestime la reclamación que formulan las Comunidades Europeas invocando el artículo 3 del Acuerdo SMC, habida cuenta de que las mismas no han incluido en su solicitud de consultas una relación de las pruebas de que disponía respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trataba, como lo exige el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC;

- 2) que desestime la reclamación de las Comunidades Europeas, o aplaze su examen, habida cuenta de que las mismas no han planteado sus objeciones referentes a la fijación de precios de transferencia en relación con las EVE, en primer término, en un foro apropiado que se ocupe de materias fiscales, como lo exige la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC;
- 3) que constate que, al no haberse identificado los productos agropecuarios comprendidos en las reclamaciones que formula invocando el Acuerdo sobre la Agricultura, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada por las Comunidades Europeas, no se ha observado lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD; y que, debido a tal omisión, las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas invocando el Acuerdo sobre la Agricultura deben desestimarse; y
- 4) que constate que las medidas impugnadas en esta diferencia se circunscriben a los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos (régimen de las EVE).

Las **Comunidades Europeas** formulan las siguientes observaciones generales:

4.2 Varias de las objeciones formuladas por los Estados Unidos se refieren a cuestiones que ese país debía haber planteado antes del establecimiento del Grupo Especial, en el curso de las consultas o en la reunión del OSD en la que se examinó la solicitud de tal establecimiento. Los Estados Unidos no lo hicieron, con lo que indujeron a las Comunidades Europeas a pensar que no tenían objeciones que formular a la información que las Comunidades habían suministrado acerca de la naturaleza de su reclamación o a la competencia de un grupo especial para entender en el asunto. En cualquier supuesto, los Estados Unidos no pueden plantear estas objeciones ahora. El planteamiento de estas cuestiones después de que se ha establecido el Grupo Especial obstruye el trámite eficiente de la solución de la diferencia.

4.3 Un Miembro de la OMC contra el que se ha solicitado el establecimiento de un grupo especial dispone por lo menos de dos oportunidades oficiales para plantear objeciones en cuanto a la competencia de un grupo especial de solución de diferencias y a la regularidad del procedimiento encaminado a su establecimiento. Estas oportunidades son las que ofrecen las reuniones del ESD. Las objeciones planteadas en esas ocasiones pueden conducir, como efectivamente ocurre, a que se desista de la solicitud o a que se subsane cualquier defecto.

4.4 Con respecto al presente asunto, no se formularon objeciones en las reuniones del ESD en las que se examinó el establecimiento de este Grupo Especial. En realidad, en la reunión del ESD en la que tuvo lugar ese establecimiento, la representante de los Estados Unidos, después de referirse a la declaración que había formulado en la reunión anterior, celebrada por ese órgano el 23 de julio de 1998, manifestó que:

"Únicamente quiere decir que el replanteamiento por las Comunidades Europeas de una cuestión que los Estados Unidos consideraban resuelta constituye un acto que no tiene justificación desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista comercial y que no resultará útil para el sistema multilateral de comercio ni para las relaciones bilaterales de los Estados Unidos con las Comunidades Europeas y sus Estados miembros. Los Estados Unidos confían en que prevalezca su opinión sobre el fondo de la cuestión y expondrán sus argumentos ante el grupo especial."

4.5 Por consiguiente, las Comunidades Europeas estiman que el hecho de que se planteen objeciones de procedimiento a la competencia del Grupo Especial y a la regularidad del proceso

previo a su establecimiento, en lugar de argumentar sobre los méritos del caso, constituye una obstrucción deliberada del trámite de solución de la diferencia y un abuso de las normas de procedimiento. Por tal razón, la primera, la segunda y la tercera solicitud de constatación preliminar de los Estados Unidos deben desestimarse de inmediato.

4.6 Las Comunidades Europeas piden al Grupo Especial que rechace las solicitudes de "constataciones preliminares" y de otras decisiones formuladas por los Estados Unidos, en su primera reunión o lo más pronto posible después de ella.

Los **Estados Unidos** formulan las siguientes observaciones generales:

4.7 En su solicitud de constataciones preliminares y en su primera comunicación¹⁹, los Estados Unidos interpusieron objeciones basadas en el hecho de que las Comunidades Europeas no habían presentado una "relación de las pruebas de que disponían respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trataba" y en el de que no habían identificado los productos agropecuarios comprendidos en las reclamaciones que formulaban invocando el Acuerdo sobre la Agricultura. Estas omisiones constituían un incumplimiento de las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC y del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.²⁰ Además, dado que las Comunidades Europeas no han especificado medida conexa alguna, han circunscrito necesariamente sus reclamaciones al régimen de las EVE propiamente dicho.

4.8 Debido a estas deficiencias de procedimiento, sólo cuando las Comunidades Europeas presentaron su primera comunicación al Grupo Especial el 21 de diciembre de 1998 ("primera comunicación de las Comunidades Europeas") los Estados Unidos tomaron conocimiento de la tesis de las Comunidades Europeas sobre este asunto y de la manera en que éstas percibían el propósito y los efectos operacionales de las EVE. Esa comunicación revelaba por vez primera que las Comunidades Europeas basaban sus reclamaciones en una premisa jurídica que los Estados Unidos encuentran sorprendente: la de que el principio de que los Miembros pueden gravar los ingresos generados por las actividades económicas realizadas en el extranjero, pero no están obligados a ello -un principio propuesto inicialmente por Estados miembros de las Comunidades Europeas y apoyado por las propias Comunidades Europeas- no está incorporado al Acuerdo SMC, ni es de otro modo aplicable a este asunto. La primera comunicación de las Comunidades Europeas reveló que, por lo menos, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos tienen opiniones fundamentalmente diferentes acerca del marco jurídico dentro del cual debe resolverse esta diferencia.

4.9 La primera comunicación de las Comunidades Europeas puso además de manifiesto que la manera en que las Comunidades perciben el régimen de las EVE y el propósito que ha inspirado su introducción, es totalmente diferente de la expuesta por el Congreso de los Estados Unidos cuando ese régimen fue aprobado. De tal manera, las Comunidades Europeas han formulado gran número de argumentos que, a juicio de los Estados Unidos, carecen de pertinencia a la luz del propósito que el Congreso perseguía al aprobar la legislación relativa a las EVE. Cuando ello se combina con opiniones enteramente diferentes acerca de normas jurídicas básicas -el significado de la expresión "que actúan en condiciones de plena competencia" en la nota de pie de página 59, por ejemplo- los

¹⁹ Solicitud de constataciones preliminares formulada por los Estados Unidos (4 de diciembre de 1998); primera comunicación de los Estados Unidos de América (25 de enero de 1999).

²⁰ A fin de aclarar las cuestiones planteadas ante el Grupo Especial, los Estados Unidos confirman que, a la luz del debate que tuvo lugar en la primera reunión del mismo, han retirado su objeción relativa al hecho de que las Comunidades Europeas no hayan identificado los productos agropecuarios *no consignados en las listas*. No obstante, los Estados Unidos siguen sosteniendo que el hecho de que las Comunidades Europeas no hayan identificado en su solicitud de establecimiento de un grupo especial los productos agropecuarios *consignados en las listas* constituye una violación del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

argumentos de la primera comunicación de las Comunidades Europeas y los expuestos por los Estados Unidos en su primera comunicación no versan sobre las mismas cuestiones.

4.10 Dado que esas diferencias fundamentales nunca se pusieron de manifiesto ni trataron durante la fase de consultas sobre este asunto, las verdaderas cuestiones sometidas al Grupo Especial se abordarán, si llegan a abordarse, sólo en una fase muy tardía del procedimiento seguido ante éste. Tanto la presente exposición de réplica como la presentada simultáneamente por las Comunidades Europeas, en lugar de discutir las sutilezas y las consecuencias de los principales argumentos de las partes, estarán, en muchos aspectos, intentado aún definir las cuestiones básicas que se plantean en este asunto. Un riesgo que ello crea es el de que las cuestiones centrales no se exploren y analicen de manera tan completa como podría haberse hecho si se hubiesen identificado las verdaderas cuestiones en una fase más temprana del proceso.

4.11 Quizás más importante aún, es que las deficiencias de procedimiento de las primeras fases de la presente diferencia han impedido en la práctica -como lo han confirmado comunicaciones posteriores a este Grupo Especial- la celebración de consultas significativas sobre las complejas cuestiones vinculadas con este asunto. Dado que las diferencias fundamentales de opinión entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos acerca del criterio jurídico rector sólo surgieron en las comunicaciones al Grupo Especial, no fue posible abordar esa cuestión y explorar las consecuencias de las dos opiniones opuestas durante el proceso de consultas. De manera análoga, debido a que fue sólo en la comunicación de las Comunidades Europeas a este Grupo Especial sobre los méritos del caso cuando surgió lo que, a juicio de los Estados Unidos, es una percepción fundamentalmente errónea de la finalidad y razón de ser del régimen de las EVE por parte de las Comunidades Europeas, no hubo oportunidad, durante el período de consultas, de entablar un diálogo acerca de esas diferencias básicas, que versan principalmente sobre cuestiones de hecho.

4.12 El proceso de consultas forma parte integrante del proceso de solución de diferencias de la OMC. Las prescripciones de que el Miembro reclamante identifique las medidas impugnadas, indique el fundamento jurídico de su reclamación e incluya una relación de las pruebas de que disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la supuesta subvención establecen, todas, obligaciones que el Miembro reclamante debe cumplir cuando formula una solicitud de celebración de consultas. Su evidente propósito es permitir que las partes celebren consultas significativas, con la información suficiente. En el presente caso, las consultas tuvieron lugar sin ninguna relación de las pruebas de que se disponía o indicación del fundamento jurídico o de los supuestos fácticos, todo lo cual se reveló por primera vez en la primera comunicación de las Comunidades Europeas. Aunque un grupo especial no puede vigilar el desarrollo de las consultas u obligar a que se aborden en ellas las cuestiones de fondo, por lo menos puede garantizar que se satisfagan las condiciones previas que requiere su celebración.

4.13 Estas condiciones previas relacionadas con el procedimiento, y el proceso de consultas cuya celebración están destinadas a preparar, tienen singular importancia en el contexto de la presente diferencia. Es éste un caso particularmente complejo. Según se refleja en las primeras comunicaciones de las partes y en las preguntas formuladas en la primera reunión del Grupo Especial, las cuestiones relativas al criterio jurídico rector son complicadas por sí mismas y en ellas intervienen disposiciones del Acuerdo SMC cuyos antecedentes se remontan a décadas atrás. Las disposiciones fiscales del régimen de las EVE también son complejas, ya que deben interpretarse y comprenderse en el marco del sistema fiscal de los Estados Unidos, de los asuntos *Legislación fiscal* resueltos por un Grupo de Expertos del GATT en el decenio de 1970, de la Decisión del Consejo del GATT de 1981, del propósito del Congreso de aplicar y observar esa Decisión, y de las disposiciones del Acuerdo SMC en las que se recogen muchos años de prácticas anteriores. Sería difícil imaginar un asunto en el cual la celebración de detenidas consultas habría sido más importante.

4.14 La importancia de las deficiencias del procedimiento seguido por las Comunidades Europeas se ve reforzada, finalmente, por el último de los requisitos procesales a que se han referido los Estados Unidos y que las Comunidades Europeas han omitido observar. Apartándose del modo en que se tratan la mayoría de los demás tipos de diferencias, en la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC se exige expresamente que cuando un Miembro estime que otro Miembro está infringiendo el principio de "plena competencia" a que se refiere esa nota, ambos tratarán de resolver sus diferencias en otro foro especializado en los aspectos técnicos de las mismas. Los términos utilizados en la nota de pie de página 59 -según los cuales los Miembros "normalmente tratarán" de resolver tales diferencias en otro foro- han sido interpretados por un Grupo Especial, en otro contexto, como una prescripción obligatoria.²¹

4.15 Esta disposición poco habitual que remite a vías y mecanismos más especializados -que apareció por primera vez en la nota de pie de página 2 de la Lista ilustrativa anexa al Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio y que no parece ser comparable a ninguna otra disposición en el ámbito de la OMC- es directamente aplicable a la diferencia técnica planteada ante este Grupo Especial. No sólo los intrincados detalles de las disposiciones fiscales de que se trata en este asunto son complejos, sino que pueden ser de gran transcendencia, también, las consecuencias que cualquier decisión definitiva del Grupo Especial sobre los méritos del caso tengan sobre los variados sistemas fiscales de los más de 130 Miembros de la OMC. Cuestiones de tan amplio alcance merecen la atención concentrada de foros especializados.

4.16 En el contexto de las cuestiones de procedimiento planteadas en este asunto, la disposición de la nota de pie de página 59 en la que se remite a los Miembros a otros foros, refuerza la importancia de la celebración de consultas detenidas sobre el fondo del problema. Si el Acuerdo SMC llega hasta el punto de instar a los Miembros a llevar tales cuestiones a foros más especializados, esa disposición, incluso si este Grupo Especial no la considerase vinculante, subraya claramente la importancia de que se hagan observar las disposiciones de procedimiento destinadas a conducir a la realización de consultas detenidas, en las que se cuente con la debida información, antes de pedir a un grupo especial que decida acerca de los méritos del caso.

4.17 Por todas las razones expuestas, los Estados Unidos estiman que este Grupo Especial debe abstenerse de decidir sobre los méritos del caso en esta ocasión. Las deficiencias del procedimiento seguido por las Comunidades Europeas han impedido la celebración de consultas significativas. Las cuestiones sólo se están abordando ahora. Las alegaciones de hecho opuestas aún no se han explorado o armonizado, y las partes no han mantenido aún un diálogo significativo sobre las consecuencias de las cuestiones que este asunto plantea para los sistemas fiscales tanto de ámbito mundial como de ámbito territorial. Los Estados Unidos instan por tanto, en primer lugar, a que se desestime esta reclamación, a fin de permitir a las partes abordar primero las cuestiones planteadas, como lo exige la nota de pie de página 59, a través de mecanismos y organismos bilaterales o multilaterales previstos para la cuestiones fiscales. Subsidiariamente, los Estados Unidos solicitan que se desestime esta reclamación, a fin de asegurar que los méritos del caso, si éste no se resolviese de otro modo, sólo se sometan a un Grupo Especial de la OMC después de que se hayan cumplido los requisitos de procedimiento destinados a facilitar la celebración de consultas significativas.

²¹ *Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a las importaciones de productos huecos de acero inoxidable sin costura procedentes de Suecia*, ADP/47, informe del Grupo Especial emitido el 20 de agosto de 1990 (no adoptado), párrafo 5.20, en el cual, al referirse a la expresión "se iniciará normalmente" empleada en el párrafo 1 del artículo 5 del Código Antidumping de la Ronda de Tokio con respecto al requisito de que se lo haga "en nombre de" la producción afectada, se declaró que "[l]os términos tan inequívocos en que está redactada esa disposición, y en particular el uso de la formulación "se iniciará", demuestran que se trata de un requisito de procedimiento cuyo cumplimiento resulta esencial para que la iniciación de una investigación sea conforme con el Acuerdo".

1. Relación de las pruebas disponibles - Párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC

Los **Estados Unidos** sostienen lo siguiente:

4.18 Al presentar su solicitud de celebración de consultas en relación con esta diferencia, las Comunidades Europeas omitieron incluir "una relación de las pruebas de que se dispon[ía]" según lo prescrito en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, las reclamaciones que formulan las Comunidades Europeas invocando el artículo 3 del Acuerdo SMC no han sido sometidas correctamente al Grupo Especial y deben desestimarse.

4.19 Las normas generales que rigen las solicitudes de celebración de consultas para la solución de diferencias se encuentran en el párrafo 4 del artículo 4 del ESD, que establece lo siguiente:

"Todas esas solicitudes de celebración de consultas serán notificadas al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes por el Miembro que solicite las consultas. Toda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación."

4.20 Así pues, con arreglo al párrafo 4 del artículo 4, toda solicitud válida de celebración de consultas debe cumplir los siguientes requisitos:

- 1) La solicitud debe ser notificada al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes por el Miembro que la presente.
- 2) La solicitud debe presentarse por escrito.
- 3) Deben indicarse en la solicitud las medidas en litigio.
- 4) Deben indicarse en la solicitud los fundamentos jurídicos de la reclamación.

La observancia de estos cuatro requisitos no se discute en el presente asunto.

4.21 No obstante, el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC añade un quinto requisito para las solicitudes de celebración de consultas relacionadas con supuestas subvenciones prohibidas, requisito que las Comunidades Europeas no han cumplido. Concretamente el párrafo 2 del artículo 4 establece lo siguiente: "En las solicitudes de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 *figurará* una relación de las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trate." (Cursiva añadida.)

4.22 Las Comunidades Europeas invocaron el artículo 4 del Acuerdo SMC como base de sus solicitudes, tanto de celebración de consultas como de establecimiento de un grupo especial, en relación con el Acuerdo SMC. Por consiguiente, la inclusión de "una relación de las pruebas de que se disponga" con arreglo al párrafo 2 del artículo 4 es *obligatoria*, como dejaron claramente establecido los redactores del Acuerdo SMC al emplear el término "figurará".²² Por consiguiente, de acuerdo con los términos del párrafo 2 del artículo 4, en toda solicitud de celebración de consultas

²² Con tal interpretación se atribuye a los términos del párrafo 2 del artículo 4 su sentido correcto en el contexto en que se emplean, de conformidad con los principios usuales de interpretación de los tratados enunciados en el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Véase, por ejemplo, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 1º de noviembre de 1996, páginas 13 y 14.

formulada con arreglo al párrafo 1 del mismo artículo *debe* figurar una relación de las pruebas de que se disponga.

4.23 Como se ha señalado, la prescripción del párrafo 2 del artículo 4 según la cual ha de figurar en la solicitud una relación de las pruebas de que se disponga es aplicable en el procedimiento en curso. En el apéndice 2 al ESD, el párrafo 2 del artículo 4 está identificado como una norma o procedimiento especial o adicional. Por ello, y con arreglo a la primera frase del párrafo 2 del artículo 1 del ESD, los requisitos establecidos para las solicitudes de celebración de consultas en el párrafo 4 del artículo 4 de ese Entendimiento "se aplicarán sin perjuicio" de los requisitos enunciados en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Así pues, una solicitud de consultas que cumpla con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4 del ESD, pero en la que no figure una relación de las pruebas de que se disponga según lo exige el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, no es una solicitud presentada en debida forma.²³

4.24 En la decisión que adoptó recientemente en el asunto *Guatemala - Cemento*, el Órgano de Apelación interpretó la relación existente entre las disposiciones generales del ESD y las "normas y procedimientos especiales o adicionales" enumerados en el apéndice 2. El Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

"[E]sas normas y procedimientos especiales o adicionales "prevalecerán" sobre las disposiciones del ESD "en la medida en que exista una *discrepancia*", entre las dos series de disposiciones (la cursiva es nuestra). En consecuencia, si no hay ninguna "discrepancia", se aplicarán *conjuntamente* las normas y procedimientos del ESD y las disposiciones especiales o adicionales de los acuerdos abarcados."²⁴

4.25 Habida cuenta de que el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC se agrega a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4 del ESD y es por lo demás coherente con éste, ambos deben leerse conjuntamente. Combinadas, estas dos disposiciones establecen los requisitos aplicables a las solicitudes de celebración de consultas relativas a reclamaciones en las que se invoca el artículo 3 del Acuerdo SMC. Estos requisitos son obligatorios, y debe asegurarse su observancia en esta diferencia.

4.26 De acuerdo con el criterio ya consagrado, las disposiciones de los distintos acuerdos de la OMC deben interpretarse de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ("CVDT"), en cuyo párrafo 1 se estipula que "[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". La aplicación del párrafo 1 del artículo 31 de la CVDT al párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC revela que la solicitud de celebración de consultas formulada por las Comunidades Europeas no satisface los requisitos de este último párrafo.

4.27 El sentido corriente del término "pruebas" (evidence) es el siguiente: "Hechos o testimonios en apoyo de una conclusión, afirmación o creencia."²⁵ Así pues, sobre la base de su sentido corriente, y aplicado a esta diferencia, el párrafo 2 del artículo 4 exige que en la solicitud de celebración de consultas de las Comunidades Europeas figure una relación de los *hechos* de que se disponga y a

²³ Esta conclusión se ve reforzada por el artículo 30 del Acuerdo SMC, que establece que "para las *consultas* y la solución de las diferencias en el ámbito del [Acuerdo] serán de aplicación" las disposiciones del ESD "*salvo disposición expresa en contrario en el presente Acuerdo*" (cursivas añadidas).

²⁴ *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafo 65 (las cursivas son del original).

²⁵ *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

partir de los cuales podría llegarse a la conclusión de que las disposiciones relativas a las EVE constituyen una subvención prohibida. Las Comunidades Europeas estaban obligadas a hacer algo más que simplemente afirmar esta última conclusión.

4.28 Esta consecuencia se ve reforzada si se considera el contexto del párrafo 2 del artículo 4, en el cual, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 31 de la CVDT, están comprendidas las demás disposiciones del Acuerdo SMC.²⁶ El párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo SMC que trata del contenido de las solicitudes de realización de investigaciones encaminadas a la imposición de derechos compensatorios, establece lo siguiente:

4.29 "Con la solicitud a que se hace referencia en el párrafo 1 se incluirán suficientes pruebas de la existencia de: a) una subvención y, si es posible, su cuantía; b) un daño, en el sentido del artículo VI del GATT de 1994 según se interpreta en el presente Acuerdo, y c) una relación causal entre las importaciones subvencionadas y el supuesto daño. No podrá considerarse que para cumplir los requisitos fijados en el presente párrafo basta una simple afirmación no apoyada por las pruebas pertinentes." (Subrayado añadido.)

4.30 De la segunda frase del párrafo 2 del artículo 11 resulta claramente que los redactores del Acuerdo SMC distinguían cuidadosamente entre "afirmación" y "prueba".

4.31 Nada en la solicitud inicial de celebración de consultas de las Comunidades Europeas pretende siquiera ser una relación de las *pruebas* disponibles.²⁷ En lugar de ello, la parte pertinente de la solicitud de las Comunidades Europeas contiene tan sólo una afirmación jurídica que no se fundamenta, en la que se limita a citar las disposiciones del Acuerdo SMC en la que las Comunidades Europeas basan su reclamación. Como se ha demostrado antes, las *afirmaciones* no son *pruebas*. Por consiguiente, la solicitud de las Comunidades Europeas no cumple las condiciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 4.

4.32 Tampoco la segunda solicitud de celebración de consultas con los Estados Unidos presentada por las Comunidades Europeas contiene una relación de las pruebas disponibles. El propósito de esta segunda solicitud era tan sólo ampliar el ámbito de las consultas en curso a fin de incluir lo relativo al artículo 19 del Acuerdo sobre la Agricultura.²⁸ En la misma no se hizo referencia alguna a las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas invocando el artículo 3 del Acuerdo SMC, ni se las modificó, por lo cual no se subsanó con ella la deficiencia de la solicitud inicial de consultas.

4.33 En resumen, ninguna de las dos solicitudes de consultas presentadas por las Comunidades Europeas en relación con esta diferencia contenía información alguna sobre la información de que aquéllas disponían con respecto a la existencia y naturaleza de la supuesta subvención impugnada. Las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas invocando el artículo 3 del Acuerdo SMC no se ajustan, por lo tanto, a los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 4 de dicho Acuerdo.

4.34 Teniendo en cuenta el carácter obligatorio de la prescripción del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, y el hecho de que las Comunidades Europeas no la han observado, el Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones formuladas por éstas en cuanto a la existencia de subvenciones

²⁶ *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 20 de marzo de 1997, página 20, donde el Órgano de Apelación interpretó el párrafo 3 del artículo 32 del Acuerdo SMC en combinación con el artículo 10 y con el párrafo 1 del artículo 32 del mismo.

²⁷ WT/DS108/1.

²⁸ WT/DS108/1/Add.1.

prohibidas. Toda conclusión diferente haría inoperante el mencionado párrafo, un resultado que, según ha declarado en repetidas oportunidades el Órgano de Apelación, no es admisible con arreglo a las normas aplicables de interpretación de los tratados.²⁹

4.35 Además, el Órgano de Apelación ha aclarado recientemente en los términos más inequívocos posibles que la parte reclamante en una diferencia planteada en la OMC no está autorizada a hacer caso omiso de los requisitos de procedimiento. En el caso *Guatemala - Cemento*, el referido Órgano dejó enteramente sin efecto el trámite de una diferencia que se había seguido hasta su conclusión ante un grupo especial, debido a que México había omitido especificar, como lo exigía el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, si impugnaba la determinación antidumping preliminar de Guatemala con respecto al cemento de México, o la determinación definitiva.³⁰ Según lo manifestado por el Órgano de Apelación, "el Grupo Especial no examinó si México había identificado adecuadamente en su solicitud de establecimiento de un grupo especial una medida antidumping pertinente y, por lo tanto, incurrió en error al constatar que la presente diferencia le había sido debidamente sometida".³¹

4.36 La clara prescripción del párrafo 2 del artículo 4, el hecho de que las Comunidades Europeas no la han observado y la doctrina establecida por el Órgano de Apelación en el caso *Guatemala - Cemento*, exigen que el Grupo Especial desestime las reclamaciones que formulan las Comunidades Europeas invocando el artículo 3 del Acuerdo SMC. La solicitud de celebración de consultas formulada por las Comunidades Europeas estaba fatalmente viciada y, por consiguiente, la solicitud de establecimiento de un grupo especial en relación con el Acuerdo SMC presentada por las mismas está también fatalmente viciada.

4.37 El hecho de que las Comunidades Europeas no incluyeran una relación de las pruebas de que disponían ha privado 1) a los Estados Unidos, de su *derecho* de conocer la existencia de tales pruebas con antelación a la celebración de las consultas sobre este asunto, y 2) al sistema de solución de diferencias, de las ventajas que el párrafo 2 del artículo 4 tiene por objeto proporcionar. Al exigir al reclamante que incluya en su solicitud de celebración de consultas una relación de las pruebas de que dispone, el referido párrafo crea condiciones más favorables para que los Miembros lleguen a una solución mutuamente aceptable de la diferencia. Ello es así, porque permite que se ventilen más cabalmente las bases fácticas que han originado la solicitud de celebración de consultas de la parte reclamante, así como que se conozcan previamente las pruebas en que es probable que se base dicha parte si la cuestión se plantea ante un grupo especial.

4.38 El párrafo 3 del artículo 4 del Acuerdo SMC es explícito a este respecto, al declarar que "[e]sas consultas tendrán por objeto dilucidar los hechos del caso y llegar a una solución mutuamente convenida". Este objetivo de dilucidar los hechos no puede alcanzarse cuando, como en el presente asunto, la parte que ha pedido la celebración de las consultas no ha cumplido con el requisito expreso de indicar los hechos que conocía.

4.39 Teniendo en cuenta el incumplimiento por las Comunidades Europeas de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, consideraciones básicas de equidad exigen que no se conceda a esa parte la indebida ventaja de servirse en las actuaciones ante el Grupo Especial de

²⁹ Véase, por ejemplo, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, informe del Órgano de Apelación, aprobado el 20 de mayo de 1996, página 28 ("El intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado.").

³⁰ *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, *supra*.

³¹ *Id.*, párrafo 88.

pruebas que debía haber revelado al solicitar las consultas. Como ha declarado el Órgano de Apelación:

4.40 "Todas las partes que intervengan en la solución de diferencias con arreglo al ESD deben exponer plenamente desde el principio las alegaciones que configuran la diferencia y los elementos de hecho relacionados con esas alegaciones. Las alegaciones deben exponerse claramente. Los elementos de hecho deben comunicarse con libertad. Así debe suceder en las consultas y en las reuniones más formales del procedimiento de los grupos especiales. De hecho, la exigencia de un proceso con todas las garantías que está implícita en el ESD hace que esto sea especialmente necesario durante las consultas. Porque las alegaciones que se formulan y los hechos que se establecen durante las consultas configuran en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del grupo especial."³²

4.41 Las razones expuestas por el Órgano de Apelación son particularmente pertinentes en esta diferencia. Si las Comunidades Europeas hubiesen cumplido con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4, los Estados Unidos habrían tenido la oportunidad de apreciar mejor la solidez o la insuficiencia de las alegaciones de aquéllas, y de comentar durante las consultas las pruebas de que las mismas disponían; de tal manera, las consultas entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos podrían haber conducido a que la diferencia se solucionase de común acuerdo.

4.42 Si no se desestimaban las reclamaciones de las Comunidades Europeas con respecto al Acuerdo SMC se autorizaría, en realidad, a las Comunidades Europeas (o a cualquier otro Miembro de la OMC) a hacer caso omiso con impunidad de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4. Se haría así redundante o inútil esta disposición, resultado que, como ya se ha señalado, es contrario a los principios fundamentales del derecho internacional público.

4.43 Habida cuenta de que en la solicitud de celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas no figuraba una relación de las pruebas de que se disponía, según lo prescrito por el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones que formulan las Comunidades Europeas invocando el artículo 3 del referido Acuerdo.

Las **Comunidades Europeas** responden lo siguiente:

4.44 Los Estados Unidos no parecen sostener que el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC exige la presentación de una relación de las pruebas de que se dispone en un *documento separado*. Ni pueden alegar que en cualquier solicitud de celebración de consultas formulada en virtud del artículo 4 del Acuerdo SMC (o bien del artículo 7 ese Acuerdo, que contiene en su párrafo 2 una disposición similar a la del párrafo 2 del artículo 4) debe existir una *sección separada* en la que se empleen las palabras "pruebas de que se dispone". Nada en la redacción del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC así lo exige. La práctica seguida en la aplicación de la citada disposición, incluidas las solicitudes de consultas formuladas por los Estados Unidos, apoyan esta afirmación. Las Comunidades Europeas remiten al Grupo Especial a las solicitudes de consulta formuladas por los Estados Unidos en los asuntos *Brasil - Medidas que afectan al comercio y a las inversiones en el sector del automóvil*³³; *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*³⁴;

³² *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 16 de enero de 1998, párrafo 94.

³³ Existen dos solicitudes. Véanse los documentos WT/DS52/1-G/L/99-G/SCM/D5/1-G/TRIMS/D/2 (14 de agosto de 1996) y WT/DS65/1-G/L/139-G/SCM/D10/1-G/TRIMS/D/6 (17 de enero de 1997).

³⁴ Documento WT/DS59/1-G/L/117-G/TRIMS/D/5-G/SCM/D8/1-IP/D/6 (15 de octubre de 1996).

*Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles*³⁵; *Canada - Medidas que afectan a la importación de leche y a la exportación de productos lácteos*³⁶; *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la exportación de queso fundido*³⁷; *Bélgica - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituye subvenciones*³⁸; *Países Bajos - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones*³⁹; *Grecia - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones*⁴⁰; *Irlanda - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones*⁴¹; *Francia - Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones*.⁴² La única de estas solicitudes en la que se hace referencia expresa a las "pruebas" es la segunda solicitud de consultas presentada por los Estados Unidos en relación con el asunto *Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles*⁴³, en la cual, y ello es significativo, se trataba de un complejo caso de subvención *de facto* a la exportación y las pruebas suministradas por los Estados Unidos estaban relacionadas con la supeditación a la exportación.

4.45 El párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC es, al igual que el párrafo 2 del artículo 7 del mismo Acuerdo, relativo a las subvenciones recurribles, una aplicación concreta a las subvenciones del principio general establecido en la segunda frase del párrafo 4 del artículo 4 del ESD, según la cual "[t]oda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación". La finalidad de estas disposiciones es asegurar que se explique claramente el problema que es objeto de las consultas. La razón por la cual el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC (y el párrafo 2 del artículo 7 del mismo Acuerdo) estipulan expresamente que se incluya una relación de las pruebas disponibles, consiste en que en los casos de subvención las circunstancias de hecho son con frecuencia importantes para la comprensión del problema.

4.46 Las Comunidades Europeas suministraron, en realidad, una relación de las pruebas disponibles. No se trata en este asunto de una subvención disimulada resultante de complejas circunstancias de hecho en un sector determinado, sino de una subvención clara y directa resultante de una ley de aplicación general. Las Comunidades Europeas se refirieron a las disposiciones legales pertinentes de los Estados Unidos -los artículos 921 a 927 del IRC. Ésas eran las pruebas de que se disponía.

³⁵ Existe dos solicitudes. Véanse los documentos WT/DS106/1-G/SCM/D17/1 y WT/DS126/1-G/SCM/D20/1.

³⁶ WT/DS103/1-G/L/192-G/AG/GEN/12-G/SCM/D15/1-G/LIC/D/13 (13 de octubre de 1997).

³⁷ WT/DS104/1.

³⁸ WT/DS127/1.

³⁹ WT/DS128/1.

⁴⁰ WT/DS129/1.

⁴¹ WT/DS130/1.

⁴² WT/DS131/1.

⁴³ WT/DS126/1-G/SCM/D20/1.

4.47 A diferencia del objeto del asunto *Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles*, antes mencionado, el programa relativo a las EVE constituye un caso en el que la supeditación a la exportación se deriva de la ley, y por tanto no se necesitan más "pruebas" que la propia ley. Lo mismo se aplica al requisito del empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

4.48 Los Estados Unidos insisten en que por "pruebas" debe entenderse "hechos" y sostienen que en la solicitud de las Comunidades Europeas no figura ninguno. Su posición se basa en un error evidente. Los Estados Unidos se refieren a la reclamación jurídica (la "afirmación jurídica que no se fundamenta") como si fuera la parte pertinente de la solicitud de celebración de consultas. Los hechos a que se refieren las Comunidades Europeas se enuncian antes de formularse la reclamación jurídica, en la primera parte de la solicitud de consultas.

4.49 Los hechos de este caso están constituidos por la ley de los Estados Unidos, y en la solicitud de celebración de consultas formulada por las Comunidades Europeas se hizo referencia a la misma, ya que era la prueba de que se disponía. Debe suponerse que los Estados Unidos conocen sus propias leyes, y no cabe pensar que lo que sostienen es que las Comunidades Europeas debían haber incluido en su solicitud el texto de la ley.

4.50 El procedimiento seguido por las Comunidades Europeas en relación con este asunto, al referirse a las disposiciones legales sin reproducirlas en forma detallada en la solicitud de consultas, fue el mismo seguido por los Estados Unidos en sus solicitudes de celebración de consultas en el marco del artículo 4 del Acuerdo SMC.

4.51 Los Estados Unidos, haciendo caso omiso del hecho de que las Comunidades Europeas se refirieron en realidad a las pruebas de que disponían, prosiguen su falso razonamiento invocando el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo SMC. Se basan en la distinción que se hace en esta norma entre una "simple afirmación" y "suficientes pruebas", y parecen indicar que las Comunidades Europeas se han limitado a enunciar su conclusión de que el sistema aplicable a las EVE es una subvención prohibida a la exportación y no ha aportado pruebas de ello.

4.52 Este argumento es erróneo por varias razones. Los Estados Unidos procuran justificar la referencia al párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo SMC como parte del *contexto* del párrafo 2 del artículo 4 del mismo Acuerdo, en la acepción del párrafo 2 del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Las Comunidades Europeas dudan de que el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo SMC, situado en la Parte V del Acuerdo que trata de las actuaciones relativas a los derechos compensatorios, pueda considerarse constitutiva del contexto del párrafo 2 del artículo 4, situado en la Parte II, que trata de las subvenciones prohibidas.⁴⁴

4.53 Las Partes II y V del Acuerdo SMC tratan de procedimientos y remedios diferentes. Esto se advierte con particular claridad en relación con el párrafo 2 del artículo 4 y el párrafo 2 del artículo 11 de dicho Acuerdo. El primero se refiere a las consultas entre Estados relativas a subvenciones prohibidas, mientras que el segundo versa sobre las pruebas que han de presentar los reclamantes a las autoridades nacionales competentes a fin de justificar la iniciación de una investigación con miras al establecimiento de derechos compensatorios. No existe justificación alguna para comparar los requisitos establecidos para la celebración de consultas entre Miembros de la OMC con los aplicables a la iniciación de una investigación relacionada con el establecimiento de derechos compensatorios.

⁴⁴ Véase *Oppenheim's International Law*, novena edición (1996) volumen 1, página 1273, nota 12, donde se afirma que "el contexto es el tratado en su totalidad [...] a menos que la parte del tratado de que se trate sea independiente".

4.54 En el párrafo 2 del artículo 11 se exige a los solicitantes que suministren "suficientes pruebas" de una serie de hechos. El propósito de indicar que "[n]o podrá considerarse que para cumplir los requisitos fijados en el presente párrafo basta una simple afirmación" es tan sólo el de aclarar que, en los casos relativos al establecimiento de derechos compensatorios, los solicitantes deben adjuntar prueba documental de sus afirmaciones.

4.55 En realidad, la frase citada explica lo que se entiende por "suficientes" a los efectos del párrafo 2 del artículo 11, no lo que se entiende por "pruebas". El párrafo 2 del artículo 4 no se refiere a "suficientes pruebas" sino a "las pruebas de que se disponga".

4.56 De la diferencia entre los contextos de los artículos 4 y 11 resulta con claridad que la "relación de las pruebas de que se disponga" que ha de figurar en una solicitud de celebración de consultas en la acepción del párrafo 2 del artículo 4 se refiere a una *descripción del problema*, mientras que las "suficientes pruebas" que han de incluirse en una solicitud presentada a una autoridad administrativa, en el ámbito interno, en el marco del párrafo 2 del artículo 11, se refiere a la *documentación justificante*.

4.57 La práctica seguida en la aplicación del párrafo 2 del artículo 4, incluso por los Estados Unidos, demuestra, si alguien pudiera dudarle alguna vez, que los Miembros de la OMC no adjuntan *pruebas documentales* a sus solicitudes de celebración de consultas a fin de justificar sus afirmaciones.

4.58 Incluso en el falso supuesto de que las Comunidades Europeas no hubiesen observado plenamente lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4, ello no constituiría una razón para que el Grupo Especial aceptase la petición de los Estados Unidos de que se desestimen las reclamaciones formuladas con arreglo al artículo 3 del Acuerdo SMC.

4.59 De acuerdo con la jurisprudencia de la OMC, no es menester que el reclamante demuestre la idoneidad de las consultas, sino sólo el hecho de que éstas se han celebrado o, al menos, se han solicitado.⁴⁵ La doctrina aceptada ha sido claramente expuesta por el Grupo Especial en el asunto *Corea - Impuestos a las Bebidas Alcohólicas*⁴⁶, en el párrafo 10.19 de su informe:

"A nuestro parecer, la jurisprudencia de la OMC no ha reconocido hasta ahora el concepto de 'idoneidad' de las consultas. El único requisito que establece el ESD es que se celebren de hecho las consultas, o al menos que se solicite su celebración, y que haya transcurrido un período de 60 días entre el momento en que se solicite la celebración de consultas y el momento en que se presente la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Lo que ocurra en esas consultas no interesa a los grupos especiales. El Grupo Especial que examinó el asunto *Bananos III*, aclaró este aspecto en los siguientes términos: [...] las consultas son un asunto reservado a las partes. El OSD no está involucrado en ellas y tampoco lo está ningún grupo especial; las consultas se celebran sin la participación de la Secretaría. [...] Si bien se ha de preferir una solución mutuamente convenida, en algunos casos no resulta posible que las partes la alcancen. En esos casos, consideramos que la función de un grupo

⁴⁵ Informe del Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/ECU, WT/DS27/GTM, WT/DS27/HND, WT/DS27/MEX, 1997, párrafo 7.19.

⁴⁶ Informes WT/DS75/R y WT/DS84/R (31 de julio de 1998) confirmados en apelación según resulta del documento WT/DS75/AB/R y WT/DS84/AB/R (18 de enero de 1999).

especial sólo consiste en determinar que las consultas, si fueran necesarias, se han realmente celebrado [...].⁴⁷

Con ello no queremos decir que consideramos que las consultas carecen de importancia. Lejos de ello, las consultas constituyen una parte integrante del ESD, de importancia decisiva, pero carecemos de mandato para investigar la idoneidad del proceso de consultas que tuvo lugar entre las partes y nos abstenemos de hacerlo en este caso."

4.60 Esto no torna "inoperante" el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, según sostienen los Estados Unidos en el párrafo 34 de su solicitud, más que lo que volvían "inoperante" el párrafo 5 del artículo 4 del ESD los principios que se acaban de citar establecidos en diferencias anteriores.

4.61 Los Estados Unidos citan el informe del Órgano de Apelación en el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*⁴⁸, en apoyo de su posición de que deben desestimarse las reclamaciones fundadas en el artículo 3 debido al alegado defecto de la solicitud de consultas. Es cierto que el Órgano de Apelación destacó la importancia de una actitud abierta durante el proceso de consultas y el procedimiento ante los grupos especiales, y las Comunidades Europeas comparten plenamente esa apreciación. No obstante, lo establecido en el asunto *India - Protección mediante patentes* no apoya la posición de los Estados Unidos en el presente caso: todo lo contrario. En el referido asunto, el Órgano de Apelación no consideró que el hecho de que la India hubiese omitido revelar todos los hechos pertinentes (la existencia de un procedimiento administrativo) tuviese consecuencia alguna para el procedimiento del Grupo Especial, aunque hubiese impedido que los Estados Unidos formularan una reclamación que de otro modo habrían formulado.

4.62 En cualquier supuesto, el hecho de que no pueda recurrirse a tales disposiciones para defender una infracción a las normas de la OMC en los procedimientos seguidos ante un Grupo Especial, no las torna "inútiles y redundantes", como aducen los Estados Unidos en los párrafos 34 y 41 de su petición. Las referidas normas de procedimiento están destinadas a operar durante la fase de consultas. En los casos antes mencionados se ha establecido claramente que la única cuestión relativa a la realización de consultas que puede verificar un Grupo Especial consiste en que éstas "se [hayan celebrado] de hecho [...], o al menos que [se haya solicitado] su celebración, y que haya transcurrido un período de 60 días entre el momento en que se [haya solicitado] la celebración de consultas y el momento en que se [haya presentado] la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial", y que un Grupo Especial carece de "mandato para investigar la idoneidad del proceso de consultas que tuvo lugar entre las partes".⁴⁹

4.63 El párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, al igual que el artículo 4 del ESD, se aplica, y tiene efectos jurídicos, en la fase de consultas, no en la del procedimiento ante un grupo especial. El remedio con que contaban los Estados Unidos, si estimaban que las Comunidades Europeas no habían presentado las pruebas de que disponían, habría consistido en pedir más amplia información, y quizás en haberse negado a entablar las consultas hasta que las Comunidades Europeas lo hubieran hecho. Los Estados Unidos no pidieron ninguna información adicional, lo que no puede causar sorpresa,

⁴⁷ La nota de pie de página del informe del Grupo Especial (343) remite al párrafo 7.19 del informe del Grupo Especial en el asunto *Bananos III*.

⁴⁸ *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 16 de enero de 1998. Los Estados Unidos citan el párrafo 94.

⁴⁹ Véase el párrafo 7.19 del informe correspondiente al asunto *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas* antes citado.

dado que tenían pleno conocimiento del programa relativo a las EVE. Por el contrario, ese país aceptó las consultas y ni siquiera pidió que se le proporcionara ningún otro detalle. Tampoco cuestionaron los Estados Unidos la idoneidad de las consultas ante el OSD. No pueden por tanto en ningún caso hacerlo ahora.

4.64 El principio antes mencionado de que los grupos especiales no deben ocuparse de la idoneidad de las consultas, también invalida el argumento basado en el reciente informe del Órgano de Apelación en el asunto *Guatemala - Cemento*⁵⁰, que los Estados Unidos invocan en apoyo de su posición de que deben desestimarse las reclamaciones de las Comunidades Europeas fundadas en el artículo 3 del Acuerdo SMC.

4.65 El Órgano de Apelación llegó a la conclusión que adoptó en ese asunto, debido a que México había omitido especificar, *en su solicitud de establecimiento de un grupo especial*, la medida que impugnaba, como lo exigía el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. La petición de los Estados Unidos de que se desestimen las reclamaciones de las Comunidades Europeas fundadas en el artículo 3 del Acuerdo SMC, se basa en un supuesto defecto de la solicitud de celebración de consultas, no de la solicitud de establecimiento de un grupo especial.

4.66 Los Estados Unidos aducen que el alegado defecto de la solicitud de celebración de consultas le ha privado de su derecho de conocer la existencia de pruebas en su contra y debilita el sistema de solución de diferencias. Esta afirmación carece totalmente de fundamento. En primer lugar, como ya se ha explicado, en la solicitud de consultas figuraban las pruebas de que se disponía, y los Estados Unidos nunca se quejaron durante su celebración de que no fuera así. En segundo lugar, los Estados Unidos conocían perfectamente las características del programa relativo a las EVE, en realidad mejor que las Comunidades Europeas. En tercer lugar, las Comunidades Europeas celebraron tres rondas de consultas con los Estados Unidos sobre las EVE. Ese país tuvo amplia oportunidad de formular preguntas, como lo hizo, acerca de los fundamentos jurídicos y económicos de la posición de las Comunidades Europeas y de su acierto desde el punto de vista político (a las que las Comunidades Europeas respondieron), pero no pidió más amplias pruebas acerca de la existencia y naturaleza de su propio programa relativo a las EVE. Los Estados Unidos carecen absolutamente de justificación para pretender que han sido privados de su derecho de conocer la existencia de pruebas en su contra o que se haya debilitado el sistema de solución de diferencias.

4.67 Las Comunidades Europeas han demostrado ya que hicieron en realidad referencia a las pruebas de que disponían en su solicitud de consultas y que, en cualquier caso, los Estados Unidos están equivocados en su opinión de que el remedio, en la hipótesis de que no lo hubiera hecho, consistiría en desestimar las reclamaciones que formula con arreglo al artículo 3 del Acuerdo SMC.

4.68 Las Comunidades Europeas piden por tanto al Grupo Especial que rechace la solicitud de que se trata.

Los **Estados Unidos** replican a lo respondido por las Comunidades Europeas, del modo siguiente:

4.69 Con la primera comunicación de las Comunidades Europeas se adjuntaron 18 pruebas. Con excepción de algunas de ellas que se referían exclusivamente a los antecedentes de procedimiento de esta diferencia (Pruebas 13-15 de las CE) y una que se refería a las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas invocando el Acuerdo sobre la Agricultura (Prueba 16 de las CE), el resto se ofreció en apoyo de las afirmaciones de las Comunidades Europeas de que el régimen de las EVE constituía una subvención prohibida por el Acuerdo SMC. Con sólo unas pocas excepciones, estas

⁵⁰ *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafo 65.

pruebas son anteriores a la fecha de la solicitud de la celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas, 18 de noviembre de 1997, y en algunos casos son de más de 10 años antes.⁵¹ Así pues, es evidente que las Comunidades Europeas podían disponer de esos documentos mucho antes de solicitar las consultas. No obstante, esos documentos no se mencionan en la solicitud, y ni siquiera se alude a ellos. Como se ha dicho en la solicitud de constataciones preliminares presentada por los Estados Unidos, nada hay en la solicitud de celebración de consultas de las Comunidades Europeas que pueda interpretarse como una relación de las pruebas disponibles.

4.70 Además, si bien estas pruebas no aportaban un apoyo fáctico relacionado con el criterio jurídico rector, es decir, si el régimen de las EVE conduce a que ingresos de fuente nacional, en cuanto son distintos de los de fuente extranjera, quedan exentos de imposición en una medida "importante", resulta claro que, desde el punto de vista de las Comunidades Europeas, este material es de fundamental importancia en lo que desea demostrar. Para dar sólo un ejemplo, la primera comunicación de las Comunidades Europeas, que contiene los argumentos de hecho de las Comunidades Europeas sobre precios de transferencia, se refiere largamente a las Directrices de la OCDE. No obstante, en la solicitud de consultas de las Comunidades Europeas ni siquiera se alude a tales Directrices, que se publicaron en 1995.

4.71 Las Comunidades Europeas no discuten la aplicabilidad del párrafo 2 del artículo 4, pero argumentan en cambio que su identificación de las medidas impugnadas es, por sí misma, una relación de las pruebas de que se disponía. Esta posición es insostenible. Al enumerar los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas pueden haber cumplido con la norma general que rige las solicitudes de celebración de consultas, el párrafo 4 del artículo 4 del ESD, que exige la "indicación de las medidas en litigio". El párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, no obstante, exige más. Impone la obligación adicional de proporcionar una relación de las pruebas disponibles. Para pretender que las dos normas son iguales es menester hacer caso omiso de diferencias evidentes en sus términos. Ello no estaría tampoco en armonía con lo decidido en el asunto *Guatemala - Cemento*, en el que el Órgano de Apelación estableció que una norma especial o adicional, tal como la del párrafo 2 del artículo 4, y una norma general, como la del párrafo 4 del artículo 4, deben aplicarse de manera complementaria, y que el reclamante debe cumplir ambas normas.

4.72 Los ejemplos citados en la Prueba 19 de las CE no apoyan la posición de las Comunidades Europeas. Éstas pretenden desconocer el hecho de que en cinco solicitudes de celebración de consultas formuladas por los Estados Unidos que se referían a subvenciones fiscales, -WT/DS127 a WT/DS131- se indicó por separado, para cada consulta, la medida de que se trataba y, seguidamente, también por separado, la información en la que se basaban los Estados Unidos, a saber, traducciones extraoficiales de las medidas correspondientes, y fuentes secundarias que las describían. No existe tal identificación separada de las medidas y de las pruebas en la solicitud de celebración de consultas formulada por las Comunidades Europeas con respecto a las EVE.

4.73 Además, incluso si se supone que la caracterización de estos ejemplos por las Comunidades Europeas es correcta, los mismos no constituyen una "práctica ulteriormente seguida" en la acepción del párrafo 3 b) del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* que permitiría al Grupo Especial prescindir de los términos inequívocos del párrafo 2 del artículo 4 que exigen que en las solicitudes de celebración de consultas figure una relación de las pruebas de que se dispone.

4.74 En su comunicación de fecha 25 de enero, las Comunidades Europeas también efectúan un análisis del párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo SMC que la lleva a la conclusión de que el párrafo 2

⁵¹ Por ejemplo, el documento contenido en la prueba 6 de las CE se publicó en 1985.

del artículo 4 no exige que los Miembros presenten pruebas documentales con sus solicitudes de celebración de consultas. Ese análisis carece de pertinencia y no es correcto. Carece de pertinencia, porque los Estados Unidos no han aducido que las Comunidades Europeas estaban obligadas a presentar pruebas documentales con su solicitud de celebración de consultas -el párrafo 2 del artículo 4 sólo exige una "relación" de las pruebas de que se dispone. Lo que los Estados Unidos sí sostuvieron, en cambio, en su comunicación de 4 de diciembre de 1998, es que el sentido corriente del término "pruebas" -que las Comunidades Europeas no han negado- es el de "hechos o testimonios en apoyo de una conclusión, afirmación o creencia", y que la afirmación de una conclusión -que es todo lo que contenía la solicitud de consultas de las Comunidades Europeas- no puede constituir una "relación de las pruebas de que se dispone" en la acepción del párrafo 2 del artículo 4. Los Estados Unidos citaron seguidamente el párrafo 2 del artículo 11 sólo como un contexto que apoyaba el sentido corriente del término "pruebas" y la simple afirmación de que los redactores del Acuerdo SMC entendían la diferencia entre "afirmación" y "pruebas".

4.75 El análisis que hacen las Comunidades Europeas del párrafo 2 del artículo 11 es, además, incorrecto, porque en él se afirma que el párrafo 2 del artículo 11 no forma parte del contexto del párrafo 2 del artículo 4. Esta posición está reñida con lo establecido en gran número de informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación, tales como el del asunto relativo a la *Gasolina reformulada*, en cuya página 22 el Órgano de Apelación declaró que el contexto del apartado g) del artículo XX comprendía todo el GATT de 1994. Las Comunidades Europeas no justifican tampoco en modo alguno su afirmación de que la Parte II o la Parte V del Acuerdo SMC sean "independientes". En realidad, la nota de pie de página 35 del Acuerdo demuestra la interrelación entre las distintas partes de ese instrumento.

4.76 Despojado de sus afirmaciones carentes de pertinencia y de sus inexactitudes, el argumento de las Comunidades Europeas se reduce a la afirmación de que si, como lo exigía el párrafo 4 del artículo 4 del ESD, identificó como medidas impugnadas las disposiciones legales relativas a las EVE, y se refirió a "medidas conexas" no identificadas, los Estados Unidos debían haber sabido que esa identificación también constituía el cumplimiento del requisito de presentar una "relación de las pruebas de que se dispone" establecido por el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Esencialmente, las Comunidades Europeas afirman que los Estados Unidos debían haber sabido que una referencia a las disposiciones legales aplicables a las EVE como medida impugnada, constituía la relación de las pruebas de que disponían las Comunidades Europeas, porque los Estados Unidos debían coincidir con las Comunidades Europeas en que esas disposiciones legales eran, de acuerdo con sus propios términos, una subvención prohibida. Evidentemente, una interpretación del párrafo 2 del artículo 4 que exige que el Miembro demandado acepte la caracterización que la parte reclamante hace de la medida impugnada como una subvención prohibida, no puede ser correcta.

4.77 A juicio de los Estados Unidos, todo esto no es más que un argumento *ex post facto* destinado a ocultar el hecho de que las Comunidades Europeas simplemente hicieron caso omiso del párrafo 2 del artículo 4. Si las "pruebas" de que disponía se limitaban verdaderamente al régimen de las EVE, las Comunidades Europeas hubieran señalado que la indicación de ese régimen constituía la "relación" de las mismas. Las Comunidades Europeas no lo hicieron, y ahora alegan esencialmente que los Estados Unidos debían haber sabido que las Comunidades Europeas se basaban exclusivamente en las disposiciones legales relativas a la EVE como su prueba. No obstante, el párrafo 2 del artículo 4 exigía que las Comunidades Europeas presentaran una relación de pruebas, y que lo hicieran de manera suficientemente clara para que los Estados Unidos no tuvieran que hacer conjeturas en cuanto a las pruebas en que aquéllas se basaban. Por otra parte, los argumentos de las Comunidades Europeas omiten referirse a la cuestión de qué es lo que constituía la relación de las pruebas disponibles con respecto a las "medidas conexas" aún no identificadas.

4.78 Además, de la primera comunicación de las Comunidades Europeas resulta sobradamente claro que las pruebas de que disponían las Comunidades Europeas consistían en mucho más que las

disposiciones legales aplicables a la EVE. Las Comunidades Europeas pretenden que este Grupo Especial crea, por ejemplo, que no habían descubierto las Directrices relativas a la fijación de precios de transferencia de la OCDE, en las que basa en gran medida su argumentación hasta *después* de haber presentado su solicitud de celebración de consultas.

4.79 Aunque afirma que ha actuado de conformidad con el párrafo 2 del artículo 4, las Comunidades Europeas pasan a argumentar -de manera sorprendente- que debe excusarse su transgresión porque los Estados Unidos no le habían hecho observar durante las consultas que no habían cumplido con sus obligaciones. En ningún lugar del ESD o del Acuerdo SMC se exige que la parte demandada identifique para la parte reclamante los procedimientos que ésta debe seguir. Por el contrario, cada parte es responsable de la observancia de sus propias obligaciones, especialmente cuando están claramente establecidas en el texto del Acuerdo pertinente de la OMC.

4.80 Las Comunidades Europeas aducen también que el Grupo Especial no debe ocuparse de si su parte ha omitido cumplir una norma obligatoria aplicable a la solicitud de celebración de consultas, porque a los grupos especiales no debe interesarles la idoneidad de las consultas. Sean cuales fueren los méritos de esta tesis, la misma es inaplicable a la cuestión que ha de decidir este Grupo Especial. Los Estados Unidos no piden que éste examine lo que ocurrió *durante* las consultas -aunque las Comunidades Europeas dedicaron un tiempo considerable a hablar precisamente de ese tema. Lo que los Estados Unidos piden al Grupo Especial, es que examine lo que sucedió *antes* de las consultas; es decir, si en la solicitud de celebración de consultas de las Comunidades Europeas se observó lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Ninguno de los factores invocados por el Grupo Especial en el asunto *Corea - Bebidas alcohólicas*, tales como la ausencia del OSD, del Grupo Especial y de la Secretaría durante las consultas, se aplica al examen de un documento. Además, incluso el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Corea - Bebidas alcohólicas*, en cuyas afirmaciones pretenden basarse las Comunidades Europeas, reconocieron que podían examinar si las consultas se habían solicitado. Si un grupo especial puede examinar si se han solicitado las consultas, debe poder examinar si las consultas se han solicitado *correctamente*.

4.81 A este respecto, los Estados Unidos no pueden dejar de señalar la falta de coherencia de los argumentos de las Comunidades Europeas. Por ejemplo, la comunicación de las Comunidades Europeas de 25 de enero está llena de afirmaciones en el sentido de que las consultas fueron un sustituto suficiente de la relación de las pruebas de que se disponía, que faltaba en la solicitud de celebración de consultas que habían presentado. No obstante, en la misma comunicación, las Comunidades Europeas dicen al Grupo Especial que éste no puede ocuparse de lo que ha sucedido durante las consultas.

4.82 Por último, las Comunidades Europeas afirman que los grupos especiales de solución de diferencias no pueden asegurar la observancia del párrafo 2 del artículo 4. Aducen que, por el contrario, ese párrafo ha de observarse automáticamente o no puede hacerse observar de ninguna manera. Según las Comunidades Europeas, la parte que recibe una solicitud defectuosa de celebración de consultas debe insistir en que se le proporcione una relación de las pruebas de que se disponga, o negarse a participar en aquéllas. No sólo este argumento traslada indebidamente a la parte demandada la carga de garantizar que la reclamante cumpla sus obligaciones de procedimiento en la OMC, sino que también olvida que es improbable que esa negativa a participar en las consultas induzca a la parte reclamante a identificar sus pruebas. Por el contrario, si la parte a la que está dirigida la reclamación se abstiene de participar en las consultas, ello simplemente permite a la parte reclamante pedir de inmediato el establecimiento de un grupo especial, como está expresamente estipulado en el párrafo 3 del artículo 4 del ESD. Y, según las Comunidades Europeas, una vez que se ha establecido un grupo especial, éste carece de facultades para ocuparse del incumplimiento del párrafo 2 del artículo 4 por la reclamante.

4.83 A juicio de los Estados Unidos, la misma lógica que exige que los grupos especiales analicen las solicitudes encaminadas a su establecimiento, impone que éstos analicen también las solicitudes de celebración de consultas. Dada la aplicabilidad de la norma del consenso "en contrario" en el sistema de solución de diferencias de la OMC, los grupos especiales se establecen automáticamente, con independencia de que el reclamante haya observado o no los procedimientos prescritos durante el proceso conducente a tal establecimiento. Esto llevó al Órgano de Apelación, en el asunto *Bananos*, a concluir en el párrafo 142 que "incumbe al Grupo Especial examinar minuciosamente la solicitud para cerciorarse de que se ajusta a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD". La misma lógica exige que los grupos especiales analicen las solicitudes de celebración de consultas.

4.84 Ciertamente, si se lleva el razonamiento de las Comunidades Europeas a sus consecuencias extremas, una parte reclamante podría formular una solicitud oral de consultas en la que no identifique ninguna medida o acuerdo (por ejemplo, "deseo celebrar consultas con ustedes"), y no habría nada que el Miembro a quien así se dirijan, o un grupo especial, podrían hacer acerca de ello. El Miembro podría negarse a celebrar las consultas, pero esto simplemente daría a la parte reclamante la opción de hacer establecer un grupo especial aún más rápidamente. Una vez que el grupo especial está establecido, no hay nada, según las Comunidades Europeas, que el mismo puede hacer acerca de la deficiencia de la solicitud de consultas.

4.85 Los Estados Unidos sostienen que nada hay en el ESD o en el Acuerdo SMC que obligue a llegar a ese resultado. En el contexto del presente asunto, no se observó, en la solicitud de celebración de consultas de las Comunidades Europeas, lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, y este Grupo Especial está facultado para ocuparse de la existencia de ese defecto y desestimar las reclamaciones que las Comunidades Europeas formulan invocando el artículo 3 del Acuerdo SMC.

Las **Comunidades Europeas** responden a su vez lo siguiente:

4.86 Los Estados Unidos intentan justificar su afirmación de que las Comunidades Europeas no presentaron una relación suficiente de las pruebas de que disponían en su solicitud de celebración de consultas, refiriéndose, en su primera comunicación escrita, al hecho de que la mayoría de las pruebas que se adjuntaron a la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas son de fecha anterior a esa solicitud, formulada el 18 de noviembre de 1997. Aparte de las disposiciones legales básicas, a las que las Comunidades Europeas se refirieron ciertamente en su solicitud, los documentos adjuntos a la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas se reunieron después de presentada la solicitud citada. En realidad, muchos de ellos fueron proporcionados a las Comunidades Europeas por los Estados Unidos durante las consultas. Si algo puede inferirse de ello, es una confirmación de la posición de las Comunidades Europeas. ¡No podía esperarse que éstas hiciesen referencia a documentos que no poseían!

4.87 Las Comunidades Europeas tenían conocimiento de la existencia de las Directrices de la OCDE relativas a la fijación de precios de transferencia cuando presentaron su solicitud de consultas, pero no consideraban que éstas constituyesen "pruebas". El hecho de que el régimen de las EVE contemple la utilización de normas especiales de fijación administrativa de precios es evidente en la ley misma. Las Directrices de la OCDE aportan un argumento confirmatorio; la posición de las Comunidades Europeas de que el régimen de las EVE crea dos subvenciones sería válida incluso si esas Directrices no existieran. En cualquier supuesto, como documento público bien conocido por los Estados Unidos, su existencia y contenido no necesitaba probarse.

Como argumento adicional destinado a refutar la respuesta de las Comunidades Europeas en la exposición oral formulada en la primera reunión del Grupo Especial los **Estados Unidos** manifiestan lo siguiente:

4.88 Si bien no es necesario examinar los fundamentos de las disposiciones de procedimiento a que nos venimos refiriendo cuando, como en este caso, su texto contiene prescripciones claras, es importante recordar que las exigencias de procedimiento tienen su razón de ser. En el caso del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, la inclusión por los redactores del requisito de que figure una relación de las pruebas de que se disponga, tenía sin duda por finalidad impartir al proceso de consultas una significación mayor que la que de otro modo tendría. El hecho de que las Comunidades Europeas no hayan observado lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4 es especialmente inconveniente en el presente caso, dadas las cuestiones altamente técnicas y complejas que se plantean. Si las Comunidades Europeas hubiesen actuado de manera más abierta en lo relativo a las pruebas en que basaban su reclamación, quizás habrían podido evitarse las actuaciones ante este Grupo Especial.

2. Foro apropiado en materia fiscal - Nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC

Los **Estados Unidos** sostienen lo siguiente:

4.89 Las disposiciones del Acuerdo SMC relativas a las exenciones de impuestos directos indican expresamente a los Miembros de la OMC que deben resolver determinadas cuestiones planteadas por tales exenciones en un foro apropiado para las cuestiones de política fiscal, no en la OMC. El carácter explícito de estos términos infrecuentes parece indicar que la preferencia por un foro ajeno a la OMC refleja importantes consideraciones institucionales y que hasta que se agoten esos otros mecanismos preferidos, según se infiere del texto, debe evitarse el recurso al sistema de solución de diferencias de la OMC.

4.90 Las alegaciones de las Comunidades Europeas en el presente asunto están directamente relacionadas con disposiciones sobre exención de impuestos directos. Concretamente, las Comunidades Europeas alegan que el régimen de las EVE proporciona una subvención que está prohibida por el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁵² Este párrafo, a su vez, hace referencia a la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación que figura en el Anexo I del Acuerdo. El punto de la Lista ilustrativa que corresponde a la reclamación de las Comunidades Europeas es el señalado con la letra e), según el cual la "exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos" constituye una probable subvención a la exportación a los efectos del Acuerdo SMC. Ese párrafo está a su vez condicionado, y explicado más ampliamente, en la nota de pie de página 59 del Acuerdo.

4.91 La nota de pie de página 59, que trata de las exenciones de impuestos directos, indica claramente la intención de los Miembros de la OMC de que determinadas diferencias relativas a los impuestos directos relacionados con operaciones de exportación no se solucionen en primera instancia en la OMC, sino a través de mecanismos específicos para los asuntos fiscales. En esa nota se establece que "[t]odo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir [el] principio [de fijación de los precios en condiciones de plena competencia] y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". No obstante, el texto añade lo siguiente:

"En tales circunstancias, los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los Miembros se derivan del GATT de 1994 [...]" (Subrayado añadido.)

⁵² WT/DS108/2.

4.92 Los términos empleados no indican la existencia de una competencia compartida. La disposición que remite a los reclamantes a otros canales es obligatoria -"los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias [...]" (subrayado añadido). Si bien la expresión "sin perjuicio" aclara que, al someter el asunto a otro foro, un Miembro no sacrifica los derechos de que goza en el marco de la OMC, también queda claro que los Miembros de la OMC deben agotar los foros disponibles en materia fiscal, antes de tratar de resolver la cuestión recurriendo al procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

4.93 Los términos que expresan la preferencia por determinados foros, o la necesidad de haberlos agotado, están basados en juiciosas consideraciones de política, y reflejan los riesgos que entraña el hecho de que se intente tratar cuestiones de política fiscal básica como cuestiones comerciales. Como se reconoció en la Decisión del Consejo de 1981, las normas de la OMC no están destinadas a imponer un sistema fiscal determinado sobre otro o a penalizar a los países que elijan un sistema fiscal en lugar de otro. En la nota de pie de página 59 se admite que cuando se plantean desacuerdos sobre las prácticas de carácter técnico relativas a la fijación de precios de transferencia o sobre la política fiscal básica, los canales bilaterales reconocidos para la resolución de las cuestiones fiscales, o las entidades internacionales que se ocupan de las cuestiones de política fiscal, representan alternativas más aptas que la OMC.⁵³

4.94 En efecto, la intención con que se redactó la nota de pie de página 59 fue probablemente, en parte, la de evitar la repetición de las complicaciones y controversias que se produjeron en la última ocasión en que el GATT intervino en el campo de la política fiscal básica: los asuntos contra las sociedades estadounidenses de ventas al extranjero (DISC) y los regímenes fiscales territoriales de tres miembros de las Comunidades Europeas. El razonamiento seguido en esos asuntos y los resultados a que se llegó en los mismos fueron enérgicamente criticados tanto por los Estados Unidos como por las Comunidades Europeas. Finalmente, los desacuerdos se resolvieron, y las decisiones de los grupos especiales se adoptaron, sólo tras la negociación de un "entendimiento" especial que fue adoptado en 1981 por las Partes Contratantes e incorporado en una Decisión del Consejo del GATT. En esta Decisión del Consejo se enuncian los principios que siguen rigiendo hoy en diferencias análogas.

4.95 En el presente asunto, las Comunidades Europeas no han recurrido a "las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal [u ...] otros mecanismos internacionales específicos" para que se ocupasen de sus objeciones relativas a las EVE. En primer lugar, las Comunidades Europeas han omitido plantear las cuestiones referentes a las EVE que motivan ahora su reclamación en el foro internacional inmerso actualmente en esos asuntos. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") es el foro internacional que tiene principalmente a su cargo las cuestiones internacionales de naturaleza fiscal desde su constitución, en 1961. La OCDE está examinando actualmente un sinnúmero de tales cuestiones.⁵⁴ Estos activos proyectos de la OCDE

⁵³ De manera análoga, en otro párrafo de la nota de pie de página 59, los Miembros niegan toda intención de reglamentar las políticas fiscales encaminadas a evitar la doble imposición por distintas autoridades fiscales: "El párrafo e) [de la lista de subvenciones del Anexo I] 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."

⁵⁴ En particular, la OCDE se ocupa muy activamente del tema de la fijación de precios de transferencia. Por ejemplo, esa organización adoptó en julio de 1995 directrices ampliamente actualizadas sobre la fijación de precios de transferencia, y sigue siendo la entidad internacional que más se ocupa del tema. Véase la prueba 2 de los EE.UU. (Índice de las Directrices de la OCDE sobre fijación de precios de transferencia). Otros ejemplos de las esferas de competencia de la OCDE comprenden la elusión de impuestos y la evasión fiscal, la competencia dañina en materia impositiva, la doble imposición, la imposición del comercio electrónico, la imposición de instrumentos financieros y el comercio mundial, y los impuestos sobre el consumo.

confirman que esa organización proporciona el mecanismo internacional apropiado para tratar cuestiones tales como las que las Comunidades Europeas intentan plantear en este procedimiento.

4.96 Todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas son también miembros de la OCDE.⁵⁵ Además, en un Protocolo de la OCDE se prevé concretamente la participación de las Comunidades Europeas en las actividades de la organización.⁵⁶ A pesar de que tenía a su disposición este "mecanismo internacional" manifiestamente apropiado, las Comunidades Europeas omitieron recurrir a este foro.

4.97 Tampoco han recurrido los Estados miembros de las Comunidades Europeas a los procedimientos en que intervienen las autoridades competentes, previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal, mediante los cuales se tratan habitualmente las diferencias que se plantean en ese campo. La "autoridad competente" es una expresión definida en los tratados bilaterales relativos a los impuestos sobre la renta. En los tratados concertados en materia fiscal, esa expresión se refiere a los representantes oficiales de las administraciones fiscales de los distintos países, que se comunican entre sí regularmente, en el plano bilateral, a fin de resolver sus diferencias, entre ellas las relativas al trato que corresponde aplicar cuando dos países afirman ser competentes para gravar determinados ingresos de un contribuyente, y de prestarse recíprocamente asistencia administrativa en materia fiscal, comprendido el intercambio de información. A menudo la autoridad competente se invoca al resolver cuestiones planteadas en el marco de tratados fiscales bilaterales, y se recaba su ayuda para resolver cuestiones relativas a la fijación de precios de transferencia a través de las fronteras.

4.98 Hasta que las Comunidades Europeas hayan agotado los demás canales a que se refiere expresamente la nota de pie de página 59, no habrán cumplido con la disposición misma que ahora probablemente intentarán invocar. En estas circunstancias, el Grupo Especial debe desestimar la reclamación de las Comunidades Europeas, o aplazar su examen, hasta el momento en que éstas hayan "trata[do] de resolver" las cuestiones que plantean por "las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos".

Las **Comunidades Europeas** responden lo siguiente:

4.99 La segunda solicitud de constatación preliminar formulada por los Estados Unidos es más amplia que la primera. En ella se pide al Grupo Especial que constate, sobre la base de la exhortación contenida en una nota de pie de página de la Lista ilustrativa que figura como anexo del Acuerdo SMC, que las Comunidades Europeas "no pueden invocar los procedimientos de solución de diferencias de la OMC con respecto a las EVE" hasta que hayan agotado los supuestos otros canales existentes para la solución de las diferencias de carácter fiscal,⁵⁷ mientras que en la primera solicitud sólo se pedía que se desestimasen las reclamaciones formuladas invocando el artículo 3 del Acuerdo SMC.

4.100 Los Estados Unidos intentan en realidad imponer a las Comunidades Europeas la obligación de dirigir su reclamación relativa a las subvenciones a la exportación derivadas del régimen de las EVE a un foro que se ocupe de materias fiscales. Para las Comunidades Europeas, es evidente que

⁵⁵ Con la prueba 3 de los EE.UU., se adjuntó una lista de los miembros de la OCDE, procedente de la página *Web* de esa organización.

⁵⁶ Adjunta a la prueba 4 de los EE.UU. figura una copia del Convenio de la OCDE y el Protocolo pertinente, procedentes de la página *Web* de esa organización.

⁵⁷ Párrafos 53 y 54 de la solicitud de los Estados Unidos.

la actual diferencia versa sobre una subvención prohibida a la exportación, y no es una controversia de naturaleza fiscal.

4.101 La nota de pie de página 59 corresponde al punto e) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación que figura en el Anexo I al Acuerdo SMC. En la parte pertinente, su texto es el siguiente:

"Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia. Todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. En tales circunstancias, los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los Miembros se derivan del GATT de 1994, con inclusión del derecho de consulta establecido en la frase precedente."

4.102 Lo primero que hay que señalar con respecto a este texto, es que ha sido deliberadamente redactado en términos no obligatorios. Permite a un Miembro "señalar a la atención" de otro Miembro las prácticas de fijación de precios de transferencia de las empresas, y establece seguidamente que los Miembros "normalmente tratarán de resolver sus diferencias" recurriendo a mecanismos fiscales. No obstante, esto se aplica, expresamente, "sin perjuicio de los derechos y obligaciones que [...] se derivan del GATT de 1994".

4.103 Las Comunidades Europeas no están de acuerdo con la opinión expresada en el párrafo 48 de la solicitud de los Estados Unidos en el sentido de que:

"la intención con que se redactó la nota de pie de página 59 fue probablemente, en parte, la de evitar la repetición de las complicaciones y controversias que se produjeron en la última ocasión en que el GATT intervino en el campo de la política fiscal básica: los asuntos contra las sociedades estadounidenses de ventas al extranjero (DISC) y los regímenes fiscales territoriales de tres miembros de las Comunidades Europeas".

4.104 Por el contrario, es menester no perder de vista el hecho de que la nota de pie de página 59 constituye un comentario al punto e) de la Lista ilustrativa, cuyo objeto es dejar plenamente aclarado que las exenciones de impuestos directos constituyen efectivamente subvenciones, por lo menos cuando están "relacionad[a]s específicamente con las exportaciones" y están por tanto comprendidas en las disciplinas del GATT/OMC.

4.105 Las Comunidades Europeas estiman que el fragmento de la nota de pie de página 59 antes citado está destinado a recordar a los Miembros la existencia de mecanismos fiscales que pueden proporcionar un foro más apropiado que el sistema de solución de diferencias de la OMC, para resolver dificultades resultantes de diferencias relativas a la fijación de precios en condiciones de plena competencia. No obstante, se deja a la discreción del Miembro interesado si recurre o no a ellos. Esta intención se manifiesta con claridad en el uso del término "normalmente", y en la declaración expresa de que la referencia a los mecanismos existentes en materia fiscal, se incluye "sin perjuicio de los derechos y obligaciones [de] los Miembros".

4.106 Como se ha dicho antes, las Comunidades Europeas formulan su reclamación relativa al régimen de las EVE, porque éste origina subvenciones a la exportación, no porque sea una práctica fiscal anómala. No reclaman porque se menoscabe el derecho de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a establecer impuestos, o porque los ingresos de personas pertenecientes a las Comunidades Europeas sean doblemente o injustamente gravados. Reclaman, en cambio, porque los Estados Unidos están *eximiendo* a los ingresos procedentes de la exportación de mercancías estadounidenses, de impuestos que normalmente se percibirían. Las Comunidades Europeas reclaman también porque la existencia de normas especiales de fijación administrativa de precios para las EVE agrava la subvención a la exportación y, puesto que éstas sólo pueden aplicarse a las exportaciones de mercancías de los Estados Unidos, pueden considerarse también una subvención a la exportación. No obstante, las Comunidades Europeas no reclaman contra la existencia de las normas especiales de fijación administrativas de precios *como tales*, sino sólo por su efecto como subvención a la exportación. Ésa es la razón por la cual las Comunidades Europeas formulan su reclamación ante este Grupo Especial y no en un foro que se ocupa de asuntos fiscales. Este último podría ser más apropiado si los Estados Unidos aplicasen las normas especiales de fijación administrativa de precios del régimen de las EVE a todas las operaciones entre empresas vinculadas, incluidas las que se llevasen a cabo en el ámbito nacional y las de importación, y no sólo a las operaciones que entrañan la exportación de mercancías estadounidenses. No obstante, éstas no son las circunstancias del caso. Dado que las Comunidades Europeas reclaman por una subvención a la exportación, la OMC es el foro apropiado.

4.107 No sólo es la OMC el foro apropiado para las reclamaciones relativas a las subvenciones a la exportación, sino que es también evidente que las alternativas mencionadas por los Estados Unidos no serían adecuadas. Los Estados Unidos mencionan en primer término la OCDE, y seguidamente los tratados bilaterales relativos a las cuestiones fiscales, y las Comunidades Europeas seguirán el mismo orden.

4.108 Los Estados Unidos describen a la OCDE como "el foro internacional inmerso actualmente en [los] asuntos [fiscales]" y "el foro internacional que tiene principalmente a su cargo las cuestiones internacionales de naturaleza fiscal desde su constitución, en 1961". En una nota de pie de página, se refieren a las actividades de la OCDE en relación con los temas de fijación de precios de transferencia, elusión de impuestos y evasión fiscal, competencia dañina en materia impositiva, doble imposición, imposición del comercio electrónico, la imposición de instrumentos financieros y el comercio mundial, e impuestos sobre el consumo.

4.109 Las Comunidades Europeas no discuten las afirmaciones de los Estados Unidos citadas en el párrafo anterior. No están de acuerdo, en cambio, con que la OCDE sea el foro apropiado para tratar una reclamación relativa a una subvención a la exportación que está prohibida por el Acuerdo SMC. Las personas que participan en los distintos grupos y comités mencionados por los Estados Unidos son expertos en materia fiscal, y sus conocimientos y pericia, por grandes que sean, no son apropiados para el examen de las subvenciones a la exportación, aun menos cuando se trata de una violación de un Acuerdo de la OMC. Los propios expertos serían sin duda los primeros en reconocer que ésta no sería una tarea adecuada para ellos. Lo mismo cabe decir de la propia OCDE.

4.110 Los Estados Unidos afirman que la otra vía a la que podrían haber recurrido las Comunidades Europeas o sus Estados miembros es la de "los procedimientos en los que interviniesen las autoridades competentes previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal".⁵⁸ La sugerencia de que son aplicables si tales procedimientos, es desacertada por varias razones. Las Comunidades Europeas explicarán su posición tomando como base el Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, que ha inspirado la mayor parte de los tratados fiscales bilaterales y que se ha adjuntado como Prueba 20 de las CE.

⁵⁸ Párrafo 51 de la solicitud de constataciones preliminares de los Estados Unidos.

4.111 En primer lugar, los tratados fiscales bilaterales sólo se aplican a los residentes de las partes contratantes. Esto resulta claramente del artículo 1 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE. Las Comunidades Europeas suponen que los Estados Unidos no consideran que las EVE sean residentes en ese país. Por consiguiente, los tratados fiscales bilaterales entre los Estados Unidos y los Estados miembros de las Comunidades Europeas, simplemente no son aplicables a las EVE excepto en los raros casos (si existiera alguno) en los que una EVE pueda ser residente en el Estado miembro correspondiente. Ciertamente, sería inaceptable que un Estado miembro de las Comunidades Europeas tratara de regular, mediante su tratado fiscal bilateral con los Estados Unidos, la relación fiscal bilateral entre ese país y un paraíso fiscal utilizado por las EVE, tal como Barbados.

4.112 En segundo lugar, el propósito de los tratados fiscales bilaterales es evitar la doble imposición y proteger la base impositiva de las partes previniendo la evasión fiscal. Estos tratados no proporcionan fundamento alguno para que un país formule objeciones con respecto a las prácticas fiscales de otro, cuando no se trate de doble imposición o de pérdida de ingresos fiscales para el primero.

4.113 En tercer lugar, el propósito de lo que los Estados Unidos llaman el "procedimiento en el que intervienen las autoridades competentes" en el marco de un tratado fiscal es, en todo caso, resolver casos concretos de aplicación del tratado. El procedimiento se describe en el artículo 25 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, donde se lo denomina "procedimiento de mutuo acuerdo". Del párrafo 1 de esta disposición se desprende de inmediato que el procedimiento se inicia a petición de un contribuyente determinado que "estima que las medidas de uno de los Estados Contratantes, o de ambos, conducen o conducirán a que se los someta a una tributación que no es conforme a las disposiciones" del Convenio. En otras palabras, el propósito es resolver diferencias concretas con los contribuyentes. Las autoridades competentes también se mencionan en otros lugares, como en el artículo 26 del Modelo de Convenio sobre intercambio de información, pero en ningún momento se les confieren facultades para tratar de una diferencia como la presente. Así pues, las autoridades competentes no serían el foro apropiado para intentar resolver una diferencia de opiniones relativa al régimen de las EVE, incluso si llegara a considerarse que ese régimen puede estar comprendido de alguna manera en el ámbito de los tratados fiscales bilaterales entre los Estados Unidos y los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

4.114 Los Estados Unidos se refieren a una supuesta obligación de las Comunidades Europeas de agotar los demás "canales" disponibles antes de recurrir al sistema de solución de diferencias. El uso del impreciso término "canales" oculta un elemento importante de la frase pertinente de la nota de pie de página 59, que dice que los Miembros "normalmente tratarán de *resolver sus diferencias* por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros *mecanismos* internacionales específicos.

4.115 Incluso si la OCDE y los tratados fiscales bilaterales pueden proporcionar una oportunidad de *debatir* cuestiones tales como la de las EVE si todos los participantes convienen en ello (y no resulta claro que los Estados Unidos lo aceptarían), esto no puede considerarse una "vía" o un "mecanismo" para "resolver diferencias". Los términos utilizados en la nota de pie de página 59 se refieren a algo más que a una oportunidad de debatir un tema. Con ellos se ha querido probablemente referirse a algún tipo de mecanismo de solución de diferencias.⁵⁹ Para que exista un "mecanismo" o una "vía" tiene que haber como mínimo una base jurídica para el planteamiento y la solución de la cuestión.

⁵⁹ Tal mecanismo existe efectivamente entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas en forma de un Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas DO L 225 de 20 de agosto de 1990, página 10.

4.116 Si, contrariamente a lo que acaba de decirse, se considerase que los términos "vías" y "mecanismo" de la nota de pie de página 59 comprenden la simple oportunidad de debatir los problemas, las Comunidades Europeas deben también mencionar que sus Estados miembros intentaron en realidad, sin éxito, tratar la cuestión de las EVE con los Estados Unidos desde el punto de vista fiscal. Esto se explica en el párrafo 113 de la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas, donde se explica también que las conversaciones terminaron cuando los Estados Unidos omitieron responder a una nota detallada que se les había presentado. Si para iniciar los procedimientos de solución de diferencias con arreglo al Acuerdo SMC se debiese agotar la oportunidad de debatir la cuestión, tal condición se habría por tanto cumplido.

4.117 Si la cuarta frase de la nota de pie de página 59 al Acuerdo SMC estableciese realmente que los Miembros deben "agotar los foros disponibles en materia fiscal, antes de tratar de resolver la cuestión por el procedimiento de solución de diferencias de la OMC", como pretenden los Estados Unidos en el párrafo 46 de su solicitud, ello se habría mencionado en el apéndice 2 del ESD. No obstante, este requisito se destaca por su ausencia en el apéndice 2. En contraste con ello, la nota de pie de página 35 del Acuerdo SMC, que regula la aplicación paralela del procedimiento encaminado a establecer derechos compensatorios, por una parte, y del sistema de solución de diferencias, por otra, se menciona en el apéndice 2 del ESD. Esto demuestra que la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC no estaba destinada a constituir una norma especial aplicable en la solución de diferencias.

4.118 Incluso si hubiera (*quod non*) algún fundamento para el argumento jurisdiccional de los Estados Unidos basado en la nota de pie de página 59, en el sentido de que las Comunidades Europeas no podrían iniciar un procedimiento de solución de diferencias hasta que hubiesen agotado los "demás canales" supuestamente existentes, ello se aplicaría tanto a las consultas como al procedimiento ante el Grupo Especial. Por consiguiente, los Estados Unidos deberían haber formulado esos argumentos durante la fase de consultas. No lo hicieron, y no podría por tanto admitirse en ningún supuesto que lo hagan ahora.

4.119 Por último, para mantener el buen orden del debate, las Comunidades Europeas señalan a la atención del Grupo Especial el hecho de que la nota de pie de página 59 sólo se refiere al punto e) de la Lista ilustrativa, y no es aplicable por consiguiente a ninguna de las disposiciones invocadas por las Comunidades Europeas, y en particular a la primera parte del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, al párrafo 1 b) de dicho artículo ni al Acuerdo sobre la Agricultura.

4.120 Además, un argumento basado en la parte antes citada de la nota de pie de página 59 al párrafo e) sólo tiene relación con la cuestión de la fijación de precios de transferencia. Por consiguiente, sólo puede presentar interés para lo que las Comunidades Europeas llaman en su primera comunicación escrita la "subvención que representa la norma especial de fijación administrativa de precios" y no la subvención que representa la "exención fiscal".

4.121 Por las razones expuestas, la solicitud formulada por los Estados Unidos de que el Grupo Especial constate que las Comunidades Europeas no pueden invocar el sistema de solución de diferencias hasta que hayan agotado los otros supuestos "canales" carece de fundamento y debe rechazarse.

Con el objeto de refutar los argumentos expuestos en la respuesta de las Comunidades Europeas, los **Estados Unidos** manifiestan lo siguiente:

4.122 No es exacto lo afirmado en la primera comunicación de las Comunidades Europeas, en cuanto implica que las Comunidades Europeas han satisfecho los requisitos de procedimiento establecidos en la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC. Las Comunidades Europeas alegan que, a partir de enero de 1997, tomaron "contacto oficial" con las autoridades estadounidenses. En realidad, las Comunidades Europeas nunca plantearon este asunto en absoluto. Lo cierto es que

funcionarios de tres Estados miembros de las Comunidades Europeas y del Departamento del Tesoro de los Estados se reunieron en Wáshington. Después de ello, funcionarios de cuatro Estados miembros de las Comunidades Europeas y funcionarios del Tesoro se reunieron con ocasión de las reuniones del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. En esas oportunidades, todos los participantes convinieron en que las reuniones no tenían lugar con arreglo a ningún tratado u otro acuerdo internacional, ni constituían en manera alguna consultas formales o informales relativas a los asuntos tratados. En ningún momento, las Comunidades Europeas o alguno de sus Estados miembros invocaron formalmente "las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal [u ...] otros mecanismos internacionales específicos" en la acepción de la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC. Por ejemplo, en ningún momento las Comunidades Europeas o uno de sus Estados miembros sometieron a la OCDE sus objeciones relativas a las EVE.

4.123 De la primera comunicación de las Comunidades Europeas se desprende que la cuestión de la aplicación de precios de transferencia es de importancia central para la reclamación que aquéllas formulan. Según las Comunidades Europeas, las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE constituyen una subvención por sí mismas.⁶⁰ Si tal era su convicción, con tanta mayor razón debían haber planteado en primer término la cuestión de los precios de transferencia en un foro apropiado para las cuestiones fiscales, como lo exigía la nota de pie de página 59 al Acuerdo SMC. Esa nota, que utiliza un lenguaje muy poco usual, está redactada en términos imperativos, y refleja la preocupación de los autores del texto ante la posibilidad de que se intentase resolver cuestiones técnicas de política fiscal en un foro comercial. Como ya se ha indicado, las Comunidades Europeas nunca han cumplido este requisito de la nota de pie de página 59; los contactos a que han hecho referencia en su primera comunicación consistieron, todos, en conversaciones informales con representantes de un reducido número de sus Estados miembros. Nunca ha habido contactos formales entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas o sus Estados miembros con respecto a las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE, y en ningún momento las Comunidades Europeas o un Estado miembro invocaron formalmente las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal u otros mecanismos internacionales específicos, en el sentido de la citada nota. Así pues, las Comunidades Europeas han omitido cumplir lo dispuesto en la nota de pie de página 59, y deben desestimarse sus reclamaciones relativas a las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE, o ha de aplazarse el examen de éstas hasta que cumpla esa obligación.

4.124 Las Comunidades Europeas pretenden que la nota de pie de página 59 está "redactada en términos no obligatorios". Esto es, en el mejor de los casos, una verdad a medias. Es cierto que la tercera frase de la nota (que se menciona en la última frase como referente a un "derecho de consulta") no obliga a un Miembro a "señalar a la atención" de otro Miembro un problema relativo a la fijación de precios de transferencia. No obstante, si un Miembro, como las Comunidades Europeas en el presente caso, optan por no hacerlo, la nota establece que los Miembros interesados "normalmente tratarán de resolver sus diferencias" recurriendo a uno de los demás foros a que hace referencia. Las Comunidades Europeas hacen caso omiso del empleo imperativo del verbo en futuro y optan por centrar su atención en la palabra "normalmente". Aunque los Estados Unidos no discuten que pueda plantearse alguna situación poco común en la que el recurso a esos otros foros no sea viable, las Comunidades Europeas no han mostrado en modo alguno que así ocurriera en este caso. En realidad, si se acepta lo afirmado por las Comunidades Europeas de que está profundamente preocupada por el régimen de las EVE desde hace más de 14 años, resulta difícil creer que durante todo ese tiempo nunca haya tenido la posibilidad de plantear formalmente sus objeciones en otro foro, tal como la OCDE, donde las cuestiones de fijación de precios de transferencia han sido examinadas por especialistas en materia fiscal de manera extremadamente detallada.

⁶⁰ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 127 y 128.

4.125 Las Comunidades Europeas afirman que estaban dispensadas de recurrir a otros foros, ya que "formulan su reclamación acerca del régimen de las EVE porque éste tiene como resultado subvenciones a la exportación, y no porque se trate de una práctica fiscal anómala" y que "no reclaman contra la existencia de normas especiales de fijación administrativa de precios *como tales*, sino sólo por su efecto como subvención a la exportación". Los Estados Unidos no advierten cuál es la pertinencia de esta argumentación. Del texto de la nota de pie de página 59 se desprende claramente que los redactores reconocían que las prácticas de fijación de precios de transferencia que infringían el principio de la actuación en condiciones de plena competencia a que se refería la segunda frase de la misma, y que daban por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación, podían originar una subvención a la exportación. No obstante, el texto también indica que los redactores reconocían que tales prácticas podían suscitar inquietudes tanto de carácter comercial como de carácter fiscal. En tales circunstancias, teniendo sin duda presentes las enseñanzas de la intrincada historia de los asuntos de *Legislación fiscal*, manifestaron una preferencia institucional por que tales asuntos se sometiesen, en primera instancia, a un foro fiscal apropiado. Es digno de destacarse que los redactores no establecieron que los Miembros debían recurrir a esos otros foros sólo si las preocupaciones de carácter fiscal podían separarse de las de carácter comercial.

4.126 Las Comunidades Europeas opinan que la OCDE no es un foro apropiado para tratar una reclamación relativa a una subvención a la exportación. Esta posición es muy extraña, dado que en su primera comunicación, las Comunidades Europeas aducen que las Directrices de esa Organización sirven de referencia para determinar si las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE se ajustan al principio de plena competencia de la nota de pie de página 59. Aunque los Estados Unidos no están de acuerdo con la tesis de que las Directrices de la OCDE se han incorporado en el Acuerdo SMC, o que tales Directrices necesariamente decidirían el resultado de los debates en la OCDE, ésta parece ser la opinión de las Comunidades Europeas. Siendo así, las Comunidades Europeas no pueden aducir, en un instante, que el juicio técnico de la OCDE es decisivo para su reclamación sobre la existencia de subvenciones y en el siguiente, que el juicio técnico de la OCDE carece de pertinencia.

4.127 Con respecto a los tratados bilaterales en materia fiscal, las Comunidades Europeas aducen que los procedimientos en los que intervienen las autoridades competentes no serían apropiados para la solución de las cuestiones de fijación de precios de transferencia de que se trata en este asunto porque 1) los tratados bilaterales en materia fiscal generalmente se aplican sólo a los residentes de las partes signatarias; 2) esos tratados no suministran una base para que un país formule objeciones contra las prácticas fiscales de otro cuando no se trata de doble imposición o de pérdida de ingresos fiscales para el primero; y 3) el propósito del procedimiento de común acuerdo en el marco de un tratado fiscal es resolver casos concretos de aplicación del mismo en una diferencia concreta de un contribuyente con un país.

4.128 Los Estados Unidos no comparten la opinión excesivamente restrictiva de las Comunidades Europeas acerca de la utilidad de los procedimientos en los que intervienen las autoridades competentes para las cuestiones relativas a la fijación de precios de transferencia, ya que estos procedimientos, tanto en su propósito como en su práctica, trascienden del ámbito de los casos concretos de doble imposición o evasión fiscal. Las autoridades competentes se consultan ampliamente entre sí, de manera regular. Estas consultas pueden extenderse, y a menudo lo hacen, a lo relacionado con la correcta aplicación de las leyes impositivas de las partes y con los tipos de operaciones en las cuales la interacción entre dos sistemas tributarios conduce a la ausencia de imposición, incluidas las operaciones en que intervienen entidades establecidas en jurisdicciones de baja fiscalidad. En los asuntos que se relacionan con la fijación de precios de transferencia, las autoridades competentes tienen considerables conocimientos, derivados de sus funciones de aplicación de las disposiciones incorporadas en todos los tratados relativos al impuesto sobre la renta que tratan de la asignación de beneficios entre empresas asociadas. Evidentemente, los redactores de la nota de pie de página 59 apreciaban plenamente la pericia de las autoridades competentes en

materia de fijación de precios de transferencia, e incluyeron deliberadamente la prescripción de que las partes en una posible diferencia aprovecharan plenamente esa pericia en un esfuerzo por resolver sus discrepancias en cuanto a si determinadas prácticas infringían los principios incorporados en la nota de pie de página 59 e, indirectamente, la Decisión del Consejo del GATT de 1981.

4.129 Las Comunidades Europeas parecen opinar que los redactores de la nota de pie de página 59 no pueden haber tenido la intención de que se recurriese a los tratados bilaterales en materia fiscal o a la OCDE, y "ha[n] querido probablemente referirse a algún tipo de mecanismo de solución de diferencias". Las Comunidades Europeas nada aportan en apoyo de su tesis, y estimamos que la referencia de la nota de pie de página 59 a "las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal [u ...] otros mecanismos internacionales específicos", sólo significa que los Miembros han de procurar llegar a una solución mutuamente aceptable en otro foro antes de invocar las disposiciones de solución de diferencias de la OMC. Éste no es un concepto extraño. El párrafo 7 del artículo 4 del ESD establece que las soluciones mutuamente satisfactorias a que se llegue mediante conversaciones, han de preferirse a los litigios. La única diferencia digna de señalarse entre la nota de pie de página 59 y el párrafo 7 del artículo 4 consiste en que en la primera se estipula que tales conversaciones han de tener lugar, en primera instancia, en un foro apropiado para las cuestiones de naturaleza fiscal.

4.130 Las Comunidades Europeas aducen que la nota de pie de página 59 no es aplicable a la presente diferencia porque no figura entre las normas especiales o adicionales en el ESD. Los Estados Unidos se limitarán a señalar aquí que, en relación con las reclamaciones que formula en el marco del Acuerdo sobre la Agricultura, las Comunidades Europeas han invocado el párrafo 3 del artículo 10 para sustentar su tesis de que la carga de la prueba en el presente asunto pasa de algún modo a incumbir a los Estados Unidos. No obstante, el párrafo 3 del artículo 10 no está identificado en el ESD como una norma especial o adicional. Hay pues una incoherencia fundamental en la posición de las Comunidades Europeas.

4.131 Las Comunidades Europeas intentan excusar los defectos del procedimiento que han seguido, alegando que incumbía a los Estados Unidos plantear sus objeciones durante las consultas. Esto es una simple repetición de los argumentos que aquellas adujeron en relación con el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, con los que procuraba disimular sus propias faltas sosteniendo que los Estados Unidos tenían la obligación de señalar tales defectos a la atención de las Comunidades Europeas, en el momento en que era más conveniente para éstas.

4.132 Por último, las Comunidades Europeas afirman que esta particular objeción de los Estados Unidos sólo está relacionada con las reclamaciones que aquéllas formulan invocando el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos disienten. Si las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE son compatibles con el párrafo e) y con la nota de pie de página 59, no están prohibidas por el apartado a) ni por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3. Ello es así porque las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE no entrañan la condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1, y porque la nota de pie de página 5 haría a las citadas normas de fijación administrativa de precios inmunes contra cualquier otra prohibición contenida en el Acuerdo SMC. De manera análoga, las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE no violarían el Acuerdo sobre la Agricultura, porque, al no estipularse nada en contrario en este Acuerdo, el párrafo e) y la nota de pie de página 59 establecen el criterio para determinar si tales normas constituyen una subvención a la exportación con arreglo a ese Acuerdo.

4.133 En otras palabras, a fin de establecer que las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE infringen el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, las Comunidades Europeas deben demostrar que aquéllas son incompatibles con la nota de pie de página 59. Esta nota, a su vez, exige, como requisito previo, que las Comunidades Europeas planteen

sus objeciones en un foro fiscal apropiado. Esto es así con independencia de que la reclamación de las Comunidades Europeas se base en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, en el apartado b) del mismo párrafo o en las disposiciones sobre subvenciones a la exportación del Acuerdo sobre la Agricultura. Toda otra conclusión frustraría la clara intención de los redactores de la nota de pie de página 59 de que las objeciones relativas a la fijación de precios de transferencia se planteen, en primera instancia, en un foro fiscal apropiado.

Las **Comunidades Europeas** responden a su vez lo siguiente:

4.134 Los Estados Unidos intentan reforzar su argumentación haciendo referencia a la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas y alegando que "según las Comunidades Europeas las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE constituyen una subvención en sí mismas". Esto es, por supuesto, una descripción incorrecta de la posición de que se trata. Las Comunidades Europeas formulan una reclamación porque las normas especiales de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE originan una subvención a la exportación *dado que sólo pueden aplicarse para la exportación de mercancías de los Estados Unidos -y no "en sí mismas"*.

4.135 Las Comunidades Europeas explicaron también que no disponían de los otros "canales" mencionados por los Estados Unidos (la OCDE y los tratados bilaterales en materia fiscal) para presentar su reclamación, y que éstos no podrían resolverla. El único foro disponible y apropiado era la OMC.

4.136 En la medida en que los Estados Unidos se limitan a aducir que esos otros canales proporcionaban una oportunidad para debatir las cuestiones (y no para resolverlas), las Comunidades Europeas señalan que sus Estados miembros mantuvieron efectivamente conversaciones informales sobre las EVE, y que en tales conversaciones participaron personas que eran "autoridades competentes". Si eso era lo que se exigía, las Comunidades Europeas lo cumplieron.

4.137 Por último, con respecto a este punto, merece la pena repetir que si la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC estableciese efectivamente el requisito de "agotar los foros disponibles en materia fiscal antes de tratar de resolver la cuestión recurriendo al procedimiento de solución de diferencias de la OMC", como pretenden los Estados Unidos, estaría mencionada en el apéndice 2 del ESD. No lo está, aunque lo esté la nota de pie de página 35 del Acuerdo SMC, que reglamenta la aplicación paralela del procedimiento encaminado a establecer derechos compensatorios y del mecanismo de solución de diferencias. Esto demuestra que la nota de pie de página 59 al Acuerdo SMC no estaba destinada a constituir una norma especial aplicable en la solución de diferencias.

Como argumentación adicional destinada a refutar la respuesta de las Comunidades Europeas en la exposición oral formulada en la primera reunión del Grupo Especial los **Estados Unidos** manifiestan lo siguiente:

4.138 Por lo que se refiere a los requisitos de procedimiento de la nota de pie de página 59, esta disposición refleja obviamente la decisión de los redactores de proceder con cautela con respecto a las cuestiones en las que interviene la relación entre las normas fiscales y las normas comerciales. El hecho de que las Comunidades Europeas hayan omitido observar este requisito procesal frustra ese propósito, al enfrentar de inmediato al Grupo Especial con complejas y técnicas cuestiones relativas a los precios de transferencia que debían haber sido objeto de una dilucidación inicial en un foro fiscal apropiado.

3. Carácter concreto de las reclamaciones - Párrafo 2 del artículo 6 del ESD

Los **Estados Unidos** argumentan lo siguiente:

4.139 Con arreglo al párrafo 2 del artículo 6 del ESD, en una solicitud de establecimiento de un grupo especial se debe, entre otras cosas, "[identificar] las medidas concretas en litigio". Nada en el Acuerdo sobre la Agricultura altera este requisito.⁶¹

4.140 Según la naturaleza de la supuesta violación de las normas de la OMC de que se trate, puede ser o no necesario, con arreglo al párrafo 2 del artículo 6, identificar los productos que estén sujetos a la medida en litigio. Por ejemplo, en el caso de una reclamación por subvenciones prohibidas en la que se invoque el artículo 3 del Acuerdo SMC y que se refiera a un producto no agropecuario, la identificación del o los productos que gocen de la supuesta subvención prohibida sería innecesaria, porque el artículo 3 prohíbe las subvenciones a la exportación de cualquier producto no agropecuario.

4.141 No obstante, la situación es diferente en el caso de alegaciones que se refieren al suministro de subvenciones a la exportación de productos agropecuarios, ya que el Acuerdo sobre la Agricultura no prohíbe el mantenimiento de programas de subvenciones a la exportación *per se*. Ese Acuerdo permite el uso de subvenciones a la exportación de conformidad con las obligaciones establecidas en el mismo. La naturaleza de tales obligaciones difiere según el producto agropecuario particular de que se trate. Así pues, una subvención determinada a la exportación puede constituir una violación del Acuerdo sobre la Agricultura en el caso del "producto X", pero no en el caso del "producto Y".

4.142 Por consiguiente, cuando se trata de una solicitud de establecimiento de un grupo especial en la que se alegan violaciones de las disposiciones sobre subvenciones a la exportación contenidas en el Acuerdo sobre la Agricultura, no basta con que se identifique en la solicitud la subvención a la exportación alegada. Deben identificarse en aquélla los particulares productos agropecuarios que supuestamente reciben una subvención a la exportación que infringe ese Acuerdo. Sólo en tal caso cumplirá la solicitud de establecimiento del grupo especial su función obligatoria de "constitu[ir] la base del mandato del grupo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del ESD e [...] inform[ar] a la parte contra la que se dirige la reclamación y a los terceros de cuál es el fundamento jurídico de la reclamación".⁶²

4.143 El Órgano de Apelación llegó a una conclusión similar en el asunto *CE LAN*. En ese asunto, en el que se alegaba la violación del párrafo 1 del artículo II del GATT de 1994, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

"Hacemos notar que el párrafo 2 del artículo 6 del ESD *no* exige expresamente que se identifiquen los productos a los que se aplican 'las medidas concretas en litigio'. Sin embargo, en lo concerniente a ciertas obligaciones en el marco de la OMC, para

⁶¹ El artículo 19 del Acuerdo sobre la Agricultura se limita a establecer que las normas generales de solución de diferencias se aplicarán a las diferencias que surjan en el marco de ese Acuerdo. Además, ninguna disposición del mismo está mencionada entre las normas y procedimientos especiales o adicionales que figuran en el apéndice al ESD.

⁶² *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 22 de junio de 1998, párrafo 69, *cita extraída de Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 142.

identificar 'las medidas concretas en litigio', tal vez sea necesario también identificar los productos sujetos a esas medidas."⁶³

4.144 En el citado asunto, el Órgano de Apelación llegó seguidamente a la constatación, a la que también había llegado el Grupo Especial, de que en la solicitud de establecimiento de ese Grupo se habían identificado suficientemente los productos a los que se aplicaban las medidas en litigio.

4.145 A diferencia de lo que sucedía en el asunto *CE LAN*, en el que los litigantes disentían en cuanto al carácter concreto de la descripción de los productos incluida en la solicitud de establecimiento del Grupo Especial, en el caso presente, la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada por las Comunidades Europeas no contenía identificación o descripción alguna de los productos. Como resultado de ello, y dado que las EVE no están prohibidas *per se* en el Acuerdo sobre la Agricultura (suponiendo, sólo a efectos de la argumentación, que el régimen de las EVE constituya de algún modo una subvención a la exportación), sólo cuando recibieron la primera comunicación de las Comunidades Europeas se enteraron los Estados Unidos de la naturaleza del asunto que se planteaba en contra suya; es decir, que las Comunidades Europeas estaban impugnando las alegadas disposiciones relativas a las EVE con respecto a las exportaciones de trigo, algodón, soja y maíz. Es como si las Comunidades Europeas acusaran a los Estados Unidos de infringir el párrafo 1 del artículo II del GATT de 1994 sin especificar el producto o la consolidación arancelaria de que se tratase.

4.146 Con arreglo al párrafo 2 del artículo 6 del ESD, no se supone que la parte contra la que se formula una reclamación tenga que esperar hasta que la parte reclamante presente su primera comunicación para enterarse de las infracciones concretas de las normas de la OMC que se alega que ha cometido.⁶⁴ Por consiguiente, dado que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada por las Comunidades Europeas no se "identificar[on] las medidas concretas en litigio", el Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones presentadas por las Comunidades Europeas invocando el Acuerdo sobre la Agricultura.⁶⁵

Las **Comunidades Europeas** responden lo siguiente:

4.147 Los Estados Unidos piden que el Grupo Especial desestime las reclamaciones que formula las Comunidades Europeas invocando el Acuerdo sobre la Agricultura, porque éstas no han especificado los productos agropecuarios de que se trata. Ese país pretende que, dado que el Acuerdo sobre la Agricultura no prohíbe las subvenciones a la exportación en términos generales, sino sólo las que

⁶³ *Id.*, párrafo 67 (las cursivas provienen del original).

⁶⁴ Evidentemente, incluso esta afirmación parte del supuesto de que la primera comunicación de las Comunidades Europeas, y no alguna otra comunicación posterior de la misma, fija el objeto de estas actuaciones. Las Comunidades Europeas pueden añadir otros productos agropecuarios a su reclamación a medida que avanza el trámite. Baste decir que, actualmente, dado que las Comunidades Europeas no han cumplido con lo prescrito en el párrafo 2 del artículo 6, ni los Estados Unidos ni este Grupo Especial conocen el pleno o definitivo alcance de las reclamaciones que formulan las Comunidades Europeas invocando el Acuerdo sobre la Agricultura.

⁶⁵ En su segunda comunicación al Grupo Especial, los Estados Unidos manifestaron lo siguiente: A fin de aclarar las cuestiones planteadas ante el Grupo Especial, los Estados Unidos confirman que, a la luz del debate que tuvo lugar en la primera reunión del mismo, han retirado su objeción relativa al hecho de que las Comunidades Europeas no hayan identificado los productos agropecuarios *no consignados en las listas*. No obstante, los Estados Unidos siguen sosteniendo que el hecho de que las Comunidades Europeas no hayan identificado en su solicitud de establecimiento de un grupo especial los productos agropecuarios *consignados en las listas* constituye una violación al párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

rebasan ciertos límites, el párrafo 2 del artículo 6 del ESD exige que se especifiquen los productos afectados. Sostiene que "es como si las Comunidades Europeas acusaran a los Estados Unidos de infringir el párrafo 1 del artículo II del GATT de 1994 sin especificar el producto o la consolidación arancelaria de que se tratase".

4.148 Las Comunidades Europeas no están de acuerdo con ello. El párrafo 2 del artículo 6 del ESD exige la identificación de las medidas estadounidenses concretas en litigio y los fundamentos de derecho de la reclamación. La medida en litigio en este asunto es el programa relativo a las EVE, y el fundamento de derecho de la reclamación es la violación del Acuerdo sobre la Agricultura. La situación no es comparable a la violación de una consolidación arancelaria, en la cual la medida (el arancel aplicado) está relacionada con un producto determinado.

4.149 Las Comunidades Europeas reclaman por el hecho de que el régimen de las EVE puede conducir a que se eludan los compromisos de reducción asumidos en el marco del Acuerdo sobre la Agricultura. Los cuatro productos se mencionaron como ejemplos concretos de los casos en que esto podría suceder, como señalaron expresamente las Comunidades Europeas en el párrafo 168 de su primera comunicación escrita.

4.150 Las Comunidades Europeas mencionaron estos ejemplos principalmente porque invocaban la inversión de la carga de la prueba prevista en el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura para estos productos, y querían circunscribir esa carga para los Estados Unidos a los cuatro productos citados, que ese país exporta a las Comunidades Europeas.

4.151 La conclusión de las Comunidades Europeas relativa al Acuerdo sobre la Agricultura contiene un error, y es quizás ambigua. Sería más clara si dijese lo siguiente:

"Las Comunidades Europeas piden al Grupo Especial que constate que al mantener las exenciones fiscales y las normas especiales de fijación administrativa de precios contenidas en el programa relativo a las EVE, los Estados Unidos han violado:

[...]

Los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura, leídos juntamente con el párrafo 1 d) del artículo 9 y los párrafos 1 y 3 del artículo 10 de ese Acuerdo, concediendo subvenciones a la exportación a productos agropecuarios por encima de sus compromisos de reducción asumidos en el marco de ese Acuerdo (por ejemplo, con respecto al trigo, el maíz, la soja y el algodón)."

4.152 Las Comunidades Europeas piden al Grupo Especial que lea la parte pertinente de la conclusión de su primera comunicación escrita tal como ha sido corregida.

4. Ámbito de las medidas en litigio

Los **Estados Unidos** afirman lo siguiente:

4.153 En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, el documento que establece el mandato del mismo, las Comunidades Europeas identificaron las medidas en litigio como "los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas [de los Estados Unidos] y las medidas conexas [...]". Aunque la expresión "medidas conexas" no deja de ser ambigua, a juicio de los Estados Unidos tal solicitud cumpliría las normas de la OMC si 1) las medidas no especificadas fueran subsidiarias de las especificadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial, o

estuviesen estrechamente relacionadas con éstas y 2) las medidas no especificadas se identificasen en la primera comunicación de la parte reclamante.⁶⁶

4.154 En la presente diferencia, sin embargo, las Comunidades Europeas aún no han identificado cuáles son las demás "medidas conexas". En lugar de ello, en su primera comunicación escrita, siguen afirmando que "las medidas objeto de estas actuaciones" son "los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas y las medidas conexas"⁶⁷, pero todavía no informan al Grupo Especial o a los Estados Unidos de qué "medidas conexas" se trata. Como máximo, las Comunidades Europeas hacen una referencia críptica a disposiciones reglamentarias del Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos relativas a las EVE, y declara lo siguiente: "Las Comunidades Europeas estiman que es la legislación básica de los Estados Unidos la que crea las violaciones de los Acuerdos de la OMC y no creen que será necesario referirse a esas reglamentaciones."⁶⁸

4.155 Con el debido respeto, lo que interesa no son las "necesidades" de las Comunidades Europeas en el litigio, sino que, por consideraciones básicas sobre el proceso legal con todas las garantías a que tienen derecho los Estados Unidos, este país debía conocer con certeza, a partir de la fecha en que las Comunidades Europeas presentaron su primera comunicación, cuáles de sus medidas se estaban impugnando.⁶⁹ En cuanto a las "medidas conexas" a que se refieren las Comunidades Europeas, se ha negado a los Estados Unidos la oportunidad de presentar una comunicación inicial, porque las Comunidades Europeas no han identificado cuáles son esas medidas o por qué infringen alguno de los Acuerdos de la OMC.⁷⁰

4.156 Los principios básicos que rigen los procesos que ofrecen todas las garantías, conferirían a los Estados Unidos el derecho de conocer, no después de la fecha en la que presentó su primera comunicación, la identidad de las medidas que supuestamente violaban las obligaciones que había asumido en el marco de la OMC. En este momento, es simplemente demasiado tarde para que las Comunidades Europeas introduzcan otras medidas en esta diferencia.

4.157 Los Estados Unidos sólo pueden especular acerca de si las Comunidades Europeas omitieron identificar las "medidas conexas" como una táctica en el litigio, o porque les sigue resultando imposible definir las bases de su posición. Sea cual fuere la razón, el Grupo Especial no debe recompensar su omisión permitiéndole identificar posteriormente esas "medidas conexas" y exponer argumentos con respecto a ellas, al mismo tiempo que niega a los Estados Unidos la oportunidad de presentar su defensa. En lugar de ello, el Grupo Especial ha de formular en su primera reunión una

⁶⁶ Un grupo especial anterior llegó a una conclusión análoga. *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo*, WT/DS44/R, informe del Grupo Especial adoptado el 22 de abril de 1998, párrafos 10.1 a 10.11.

⁶⁷ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 2.

⁶⁸ *Id.*, párrafo 23.

⁶⁹ A este respecto, el Órgano de Apelación ha destacado repetidamente la importancia de las consideraciones relativas al proceso legal con todas las garantías en el sistema de la OMC. Véase, por ejemplo, *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, WTDS24/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de febrero de 1997, página 16; y *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 20 de marzo de 1997, página 23.

⁷⁰ Como ha reconocido el Órgano de Apelación, "[u]n elemento fundamental de las debidas garantías del procedimiento es que se dé a una parte oportunidad de responder a las alegaciones formuladas contra ella". *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 278.

constatación preliminar en el sentido de que las medidas en litigio en esta diferencia se limitan a los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos.

Las **Comunidades Europeas** responden lo siguiente:

4.158 Los Estados Unidos se quejan de que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada por las Comunidades Europeas se identificaban las medidas en litigio como "los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos y las medidas conexas [...]" y sostienen que las Comunidades Europeas no han especificado lo que entienden por "medidas conexas" en su primera comunicación escrita. Piden por tanto al Grupo Especial⁷¹ que, en su primera reunión, formule una constatación preliminar en el sentido de que las medidas en litigio en la presente diferencia se limitan a los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos.

4.159 Esta pretensión es totalmente infundada. El presente asunto versa sobre el trato fiscal dado a las EVE. Las Comunidades Europeas han explicado que reclaman por la existencia de la subvención que representan las exenciones fiscales, y la que representa la fijación de precios de transferencia, concedidas ambas a mercancías exportadas por los Estados Unidos, y que emanan de un conjunto de disposiciones legales que ha descrito como el "programa relativo a las empresas de ventas en el extranjero". Esto también se aplica al requisito relativo al contenido nacional. Las Comunidades Europeas han explicado de manera detallada en qué consiste el programa relativo a las empresas de ventas en el extranjero (EVE), cómo funciona éste, y el hecho de que está instituido en los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas han identificado también muchas otras disposiciones de la legislación estadounidense que tienen relación con ello. Es incorrecto afirmar que las Comunidades Europeas no han identificado las "medidas conexas". Las Comunidades Europeas pueden suministrar una lista de disposiciones conexas si el Grupo Especial lo desea.

4.160 La solicitud de los Estados Unidos de que se limiten las medidas en litigio en la presente diferencia a los artículos 921 a 927 de su Código de Rentas Internas, debe rechazarse.

B. SI LAS MEDIDAS RELATIVAS A LAS EVE CONSTITUYEN SUBVENCIONES SUPEDITADAS A LOS RESULTADOS DE EXPORTACIÓN, EN LA ACEPCIÓN DEL PÁRRAFO 1 A) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC

En su primera comunicación, las **Comunidades Europeas** exponen los siguientes argumentos:

La formación fáctica

El sistema fiscal de los Estados Unidos

4.161 La explicación estadounidense oficial del programa relativo a las EVE, y de los demás elementos del sistema tributario de ese país de interés para comprender los antecedentes de ese programa, pueden hallarse en las pruebas que se adjuntan a esta comunicación. Una explicación de la política correspondiente figura en el testimonio prestado por Joseph J. Guttentag, Asesor Jurídico para los Asuntos Fiscales Internacionales del Departamento del Tesoro, ante el Comité de Asuntos Financieros del Senado de los Estados Unidos el 21 de julio de 1995 (Prueba 2 de las CE). Una explicación más breve y más centrada en el tema, limitada al programa relativo a las EVE figura en la publicación "*Foreign Sales Corporations - A Tax Incentive for US Exporters*" de la Oficina del Asesor Jurídico Principal para las Cuestiones Comerciales Internacionales del Departamento de

⁷¹ Párrafo 75 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

Comercio de los Estados Unidos⁷² (Prueba 3 de las CE). Existe también información útil en los informes del Departamento del Tesoro titulados *The Operation and Effect of the Foreign Sales Corporation Legislation*. Éstos debían publicarse periódicamente con arreglo al párrafo a) del artículo 804 de la Ley de Reforma Fiscal de 1984, pero sólo existen dos, uno correspondiente al período comprendido entre el 1º de enero de 1985 y el 30 de junio de 1988 (Prueba 4 de las CE), publicado en enero de 1993, y otro al comprendido entre el 1º de julio de 1992 y el 30 de junio de 1993, publicado en noviembre de 1997 (Prueba 5 de las CE). En la explicación que se proporciona a continuación, y en otras partes de esta comunicación, se hará referencia a estas publicaciones según corresponda.

4.162 Los Estados Unidos tienen un sistema fiscal moderno y perfeccionado, en el que han ido desarrollando complejos conjuntos de normas con las que procuran eliminar, o por lo menos reducir, tanto la doble imposición como la elusión de impuestos.

4.163 Como en la mayoría de los países, la sujeción a los impuestos sobre la renta de los Estados Unidos se basa tanto en la residencia del contribuyente como en la fuente de los ingresos. Así, los Estados Unidos gravan a sus ciudadanos y residentes (incluidas las empresas estadounidenses) tanto por los ingresos de fuente nacional como de fuente extranjera⁷³, y suprimen o reducen la doble imposición internacional concediendo un crédito por impuestos extranjeros pagados o adeudados sobre los ingresos de fuente extranjera.⁷⁴ El sistema fiscal estadounidense es frecuentemente considerado un sistema poco común, por la manera en que grava los ingresos de sus ciudadanos, con independencia del lugar del mundo en que residan.⁷⁵ No obstante, cuando se trata de gravar a las empresas, el sistema estadounidense es en realidad similar al de otros países.

4.164 Al definir qué empresas se consideran nacionales a los efectos tributarios, el código fiscal de los Estados Unidos (el Código de Rentas Internas o "IRC") adopta el principio -puramente formal- de la nacionalidad⁷⁶, con arreglo al cual las "empresas estadounidenses" son las organizadas con arreglo a las leyes de los Estados Unidos, a las de uno, de sus Estados o a las del Distrito de Columbia.

4.165 Una empresa estadounidense que desarrolle actividades en el extranjero por intermedio de una empresa extranjera constituida separadamente no paga impuestos estadounidenses sobre las ganancias de fuente extranjera de la empresa extranjera que no tengan conexión efectiva con una actividad comercial o empresarial en los Estados Unidos⁷⁷, hasta que esas ganancias sean repatriadas a los Estados Unidos como dividendos o de otra manera (el principio del "aplazamiento"). El principio del aplazamiento proporciona un incentivo apreciable para que los contribuyentes desplacen sus

⁷² Puede consultarse por Internet, en <http://www.ita.doc.gov/legal/fsc.html>.

⁷³ Los Estados Unidos han desarrollado un amplio conjunto de normas de origen para determinar lo que se consideran ingresos de fuente nacional o de fuente extranjera. Con arreglo a esas normas, que también se aplican para asignar deducciones, los ingresos se clasifican en primer término según su naturaleza y tipo, y seguidamente, según que la fuente esté situada dentro o fuera de los Estados Unidos.

⁷⁴ Véase el testimonio de Joseph J. Guttentag, Asesor Jurídico para los Asuntos Fiscales Internacionales del Departamento del Tesoro, página 3 (Prueba 2 de las CE).

⁷⁵ Este método consistente en gravar los ingresos individuales en todo el mundo con independencia de la calidad de residente del contribuyente, es también aplicado, por ejemplo, por Filipinas y Bulgaria.

⁷⁶ Párrafo a) 4) del artículo 7701 del IRC.

⁷⁷ Véase el artículo 882 del IRC (impuesto sobre los ingresos de empresas extranjeras que tienen conexión con una actividad empresarial estadounidense).

inversiones hacia jurisdicciones de baja tributación y obtengan un aplazamiento indefinido, y en la práctica ganancias exentas de impuestos, en tanto no efectúen la repatriación de sus beneficios. A fin de evitar abusos, se han introducido diversas excepciones a la norma del aplazamiento, que están dirigidas a ciertos tipos de ingresos extranjeros móviles o poco gravados. La excepción que presenta interés para comprender el programa relativo a las EVE, está constituida por las disposiciones relativas a las empresas extranjeras controladas contenidas en la sección F del IRC.⁷⁸ Estas disposiciones prescriben que los accionistas estadounidenses que poseen acciones de una empresa extranjera controlada incluyan en sus ingresos brutos su proporción *pro rata* de los ingresos no distribuidos de las empresas extranjeras, suprimiendo así los beneficios del aplazamiento para tales accionistas.⁷⁹ La mayoría de los demás países desarrollados tienen establecida una legislación análoga. Los ingresos de comercio exterior de las EVE están exentos de este régimen.⁸⁰

4.166 Los casos de doble imposición surgen cuando los mismos ingresos del mismo contribuyente están sujetos a impuestos comparables tanto en el país de origen de aquéllos como en el país de residencia de éste, por períodos idénticos. Muchos países disponen de mecanismos unilaterales para evitar algunos o todos los casos de esa doble imposición. Sin embargo, los países de la OCDE, y muchos países que no son miembros de esa Organización, han concertado una serie de tratados bilaterales sobre doble imposición, con el fin de suprimirla, así como de prevenir la evasión fiscal y garantizar que no haya discriminación. Los tratados relativos a asuntos fiscales previenen la doble imposición al distribuir el derecho de gravar las distintas categorías de ingresos entre los dos países interesados. Por lo general, cuando los ingresos pueden gravarse en el Estado de origen de los mismos, el Estado de residencia del contribuyente suprime la doble imposición. Este último puede hacerlo eximiendo los ingresos devengados en el otro Estado (por aplicación del principio a menudo denominado de neutralidad ante las importaciones de capital), o concediendo un crédito por los impuestos pagados en aquél (de acuerdo con el principio de neutralidad ante las exportaciones de capital). Estos métodos se definen en los párrafos A y B del artículo 23 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE.

4.167 Las normas estadounidenses destinadas a evitar la doble imposición de los ingresos se inspiran en un "principio de neutralidad ante las exportaciones de capital"⁸¹, con arreglo al cual la decisión de invertir en el país o en el extranjero no debe resultar afectada por consideraciones relativas a los impuestos nacionales o extranjeros, es decir, que el inversor estadounidense ha de pagar el mismo impuesto total (estadounidense y extranjero) sobre todos sus ingresos, con independencia de dónde hayan sido devengados. Las normas estadounidenses sobre doble imposición se aplican mediante la admisión de un "crédito por impuestos extranjeros", concedido por los impuestos extranjeros sobre la renta pagados sobre ingresos de fuente extranjera que están sujetos a impuestos en los Estados Unidos. Esto mitiga o suprime de hecho la tributación múltiple al permitir al contribuyente estadounidense deducir la cantidad correspondiente al crédito por impuestos extranjeros

⁷⁸ Artículos 951 a 964 del IRC. Las demás excepciones son las contenidas en las disposiciones relativas a las compañías extranjeras de cartera personal (artículos 551 a 558 del IRC), a las compañías extranjeras de inversiones (artículos 1246 a 1247 del IRC) y a las compañías extranjeras de inversiones pasivas (artículos 1291 a 1297 del IRC).

⁷⁹ Véase el testimonio de Joseph J. Guttentag, Asesor Jurídico para los Asuntos Fiscales Internacionales del Departamento del Tesoro, páginas 5 y siguientes (Prueba 2 de las CE).

⁸⁰ Véase el párrafo e) del artículo 951 y el párrafo d) del artículo 954 del IRC y las explicaciones dadas en el testimonio de Joseph J. Guttentag, Asesor Jurídico para los Asuntos Fiscales Internacionales del Departamento del Tesoro, página 11 (Prueba 2 de las CE).

⁸¹ Véase la explicación dada en el testimonio de Joseph J. Guttentag, Asesor Jurídico para los Asuntos Fiscales del Departamento del Tesoro, página 2 (Prueba 2 de las CE).

del impuesto a la renta que en otro caso debería pagar sobre sus ingresos de fuente extranjera, con ciertas limitaciones.⁸² Dado que no existen impuestos estadounidenses pagaderos sobre la parte exenta de los ingresos de las EVE, ningún impuesto extranjero pagado sobre estos ingresos puede originar un crédito por impuestos extranjeros.

4.168 Un componente esencial de estas normas consiste, como es natural, en la aplicación de ciertas reglas para determinar la fuente de los ingresos que han de gravarse. La elaboración de reglas para la determinación de la fuente es muy importante para los países que aplican los impuestos, dado que los contribuyentes tienen siempre un fuerte incentivo para manipularlas, a fin de que sus ingresos imposables de fuente nacional queden clasificados como ingresos no imposables de fuente extranjera. El IRC contiene un amplio conjunto de reglas para la determinación de la fuente de los ingresos.⁸³ En virtud de tales reglas, que también se aplican para asignar deducciones, los ingresos se clasifican en primer lugar con arreglo a su naturaleza y tipo y seguidamente, según que su fuente esté situada dentro o fuera de los Estados Unidos.⁸⁴ Los ingresos activos, que se definen como los ingresos "que tienen conexión efectiva con una actividad comercial o empresarial estadounidense" se gravan sobre su importe neto, mientras que los ingresos pasivos se gravan sobre su importe bruto, principalmente mediante un mecanismo de retención.

4.169 Estas reglas son importantes para la comprensión del programa relativo a las EVE, dado que la técnica utilizada para eximir una parte de los ingresos de estas empresas de los impuestos estadounidenses es considerarla "ingresos de fuente extranjera sin conexión efectiva con la realización de una actividad comercial o empresarial en los Estados Unidos"⁸⁵ cuando de otro modo se consideraría lo contrario, y seguidamente eximir a la empresa matriz de los impuestos sobre los dividendos atribuibles a esos ingresos.⁸⁶

La introducción de las "sociedades estadounidenses de ventas al extranjero"

4.170 A fin de promover las exportaciones estadounidenses en una época de creciente déficit comercial⁸⁷, la administración del Presidente Nixon introdujo la legislación relativa a las "sociedades estadounidenses de ventas al extranjero" (Domestic International Sales Corporation, DISC) en 1971⁸⁸

⁸² Véanse los artículos 901 y siguientes del IRC y las explicaciones dadas en el testimonio del Sr. Guttentag (Prueba 2 de las CE).

⁸³ Véanse los artículos 861 a 865 del IRC.

⁸⁴ Entre las categorías de ingresos se cuentan las siguientes: intereses, dividendos, alquileres, cánones y derechos de patente, compensación por servicios personales, venta de bienes inmuebles, venta de bienes muebles, etc.

⁸⁵ Véase el párrafo a) del artículo 921 del IRC.

⁸⁶ Con arreglo al artículo 926 y al párrafo c) del artículo 245 del IRC. Véase la explicación dada en el testimonio de Joseph J. Guttentag, Asesor Jurídico para los Asuntos Fiscales Internacionales del Departamento del Tesoro, página 11 (Prueba 2 de las CE).

⁸⁷ Véase, por ejemplo, la introducción al artículo jurídico *The Making of an Export Subsidy: DISCs and FSCs in compliance with the GATT* por Leif Weizman, publicado en "World Competition" Law Review volumen 12, 1989, Nº 3, páginas 57 y 58. En el primer informe del Tesoro sobre las EVE (Prueba 4 de las CE) se declara que "tras años de superávit comercial decreciente, el Congreso creó el programa DISC en 1971, en un esfuerzo por estimular las exportaciones" (primera frase de la sección titulada "Descripción detallada del programa relativo a las EVE" del capítulo 2, página 3). Evidentemente, existen diferentes maneras de medir la balanza comercial.

⁸⁸ Codificada actualmente en los artículos 991 a 997 del IRC.

como parte de un conjunto de disposiciones relativas a una "nueva política económica". La ley original se denominó "Ley de reducción del déficit de 1971".⁸⁹ El Congreso trataba de generar exportaciones adicionales, con la menor pérdida posible de ingresos fiscales.

4.171 Las DISC son sociedades de los Estados Unidos cuyos ingresos proceden de la exportación. Deben estar constituidas en los Estados Unidos, y el 95 por ciento por lo menos de sus entradas brutas deben consistir en entradas de exportación que reúnan las condiciones prescritas. Está previsto el aplazamiento del impuesto sobre la renta de las sociedades estadounidenses correspondiente a una parte de los ingresos de las DISC relacionados con las exportaciones. Con arreglo al régimen de las DISC, éstas no tributan por sus beneficios, sino que lo hacen sus accionistas cuando esos beneficios se distribuyen, o se consideran distribuidos, a los mismos. Cada año, se considera que una DISC ha distribuido una parte de sus ingresos, y se somete de tal manera a tales ingresos, en manos de sus accionistas, a la tributación que les es aplicable en ese momento. Los impuestos por la parte restante de los ingresos imponible de la DISC puede en general aplazarse hasta i) que los ingresos se distribuyan realmente a sus accionistas, ii) que un accionista enajene sus acciones de la DISC, iii) que se liquide la DISC, iv) que se distribuyan, intercambien o vendan las acciones de la DISC, v) que la sociedad deje de reunir las condiciones necesarias para ser considerada una DISC o vi) que se dé por concluida o se revoque la calificación de una sociedad como DISC. En el caso típico, una DISC es una filial estadounidense de la que es propietaria exclusiva una compañía estadounidense, con el resultado de que las distribuciones efectuadas o que se consideren efectuadas por las DISC, están generalmente sujetas al impuesto sobre la renta de la empresa matriz y, en su momento, al impuesto al nivel de los accionistas cuando los beneficios se distribuyen a las personas individuales.

4.172 El régimen de las DISC proporcionaba ventajas fiscales adicionales mediante normas especiales de fijación de precios entre las compañías, y ciertas normas relativas a los préstamos concedidos a los productores. La disponibilidad de dos métodos distintos posibles de asignación de los ingresos a las DISC servía para aumentar los beneficios de estas sociedades con respecto a lo que habría resultado de la fijación de precios en condiciones de plena competencia. Ello permitía que una parte considerable de los beneficios de la compañía matriz se atribuyesen a la DISC.

4.173 Como es bien sabido, las Comunidades Europeas impugnaron la introducción de la legislación DISC y logró que fuese declarada una subvención ilegal a la exportación, que infringía el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947.⁹⁰ El informe fue adoptado en el mes de diciembre de 1981, junto con los informes relativos a tres asuntos sobre retorsión que los Estados Unidos plantearon contra tres Estados miembros de las Comunidades Europeas. Éstos fueron adoptados por el Consejo del GATT, juntamente con un entendimiento en el que se declaraba lo siguiente:

"El Consejo adopta estos informes en el entendimiento de que con respecto a estos casos, y de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General. Queda asimismo entendido que el párrafo 4 del

⁸⁹ Véase la nota de pie de página 1 al extracto que figura en la Prueba 6 de las CE procedente de la *General Explanation of the Revenue Provisions of the Tax Reform Act 1984* (explicación general de las disposiciones relativas a los ingresos fiscales contenidas en la Ley de Reforma Fiscal de 1984) preparada por el personal del Comité Conjunto sobre Tributación. Publicado en *Federal Taxes*, 17 de enero de 1985.

⁹⁰ Informe del Grupo Especial sobre el asunto "*Legislación fiscal de los Estados Unidos (DISC)*", L/3851, adoptado los días 7 y 8 de diciembre de 1981, IBDD 23S/107, 126.

artículo XVI exige que se observe la fijación de precios en condiciones de libre competencia, es decir, que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control que ellas deberán ser, a los efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de libre competencia. Además, el párrafo 4 del artículo XVI no prohíbe la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera".⁹¹

4.174 Aunque los Estados Unidos pretendían que su legislación DISC era compatible con el entendimiento citado, se encontraban aislados, y en las negociaciones comerciales multinacionales relativas al Código de Subvenciones también se identificaron exenciones y aplazamientos fiscales relacionados con las exportaciones que se consideraban prohibidos con arreglo al punto e) de la Lista ilustrativa anexa al Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio.

4.175 Si bien los Estados Unidos nunca admitieron oficialmente que el régimen de las DISC infringía lo dispuesto en el GATT, la Administración del Presidente Reagan decidió poner fin a la cuestión, por constituir un factor de irritación en las relaciones comerciales del país, introduciendo el programa relativo a las EVE, y modificando la legislación DISC a fin de introducir cargas en concepto de intereses sobre los impuestos aplazados. Además, la concesión de las ventajas a las DISC se limitó a las sociedades relativamente pequeñas, con ingresos imposables atribuibles a un máximo de 10 millones de dólares de entradas por operaciones de exportación que reuniesen las condiciones necesarias.

La legislación relativas a las EVE

Introducción

4.176 Del extracto de la *General Explanation of the Revenue Provisions of the Tax Reform Act 1984* (Explicación general de las disposiciones relativas a los ingresos fiscales contenidas en la Ley de Reforma Fiscal de 1984) preparada por funcionarios del Comité Conjunto sobre Tributación⁹² (que figura en la Prueba 6 de las CE), resulta que la legislación relativa a las EVE⁹³ estaba destinada a ser funcionalmente equivalente a la legislación DISC⁹⁴, pero a ser de más fácil defensa en el marco del GATT. La legislación relativa a las EVE presenta algunas diferencias técnicas importantes con respecto a la legislación DISC, pero el efecto económico de las EVE, es decir, el fomento de las exportaciones de productos manufacturados en los Estados Unidos, y los medios de lograr ese objetivo, es decir, las exenciones del impuesto sobre la renta, siguieron siendo los mismos. Este juicio cuenta con el apoyo de varios autores independientes de estudios jurídicos.⁹⁵ Estos autores

⁹¹ IBDD 28S/121.

⁹² Publicado en *Federal Taxes*, 17 de enero de 1985.

⁹³ Esta legislación está actualmente codificada en los artículos 921 a 927 del IRC (Prueba 1 de las CE).

⁹⁴ Véase en particular *Explanation of Provisions, Section C.1 in fine*, página 1.043 de la *General Explanation of the Revenue Provisions of the Tax Reform Act 1984*, en la Prueba 6 de las CE.

⁹⁵ Véase, por ejemplo: *The Making of an Export Subsidy: DISCs and FSCs in compliance with the GATT* por Leif Weizman, publicado en "World Competition" Law Review, volumen 12, 1989, N° 3, página 57, (página 81); *DISCs and FSCs: Providers of Economic Incentives for Wholly-owned Domestic Exporters* por Caplan y Chametzky, en *Brooklyn Journal of International Law*, página 12 y *Addressing Tax Revolutions the Lack Empirical Validity* por Westin, párrafo 31. Estos artículos figuran en la Prueba 7 de las CE.

comparten la opinión de las Comunidades Europeas de que el programa relativo a las EVE viola las normas de la OMC.⁹⁶

4.177 Al igual que otros, las Comunidades Europeas nunca aceptaron la legislación relativa a las EVE como compatible con el GATT, y se opusieron en todo momento a ella. En tal sentido, se dirigieron al Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, el 8 de noviembre de 1983.⁹⁷ El Congreso de los Estados Unidos era perfectamente consciente de ello cuando adoptó la legislación relativa a las EVE en la Ley de Reforma Fiscal de 1984.⁹⁸ Las Comunidades Europeas se reservaron formalmente sus derechos en el Consejo del GATT⁹⁹, y el 26 de marzo de 1985 se celebraron consultas oficiales en el marco del artículo XXII del GATT entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos con respecto a la legislación relativa a las EVE, en las que participaron también Australia, el Canadá, Finlandia, el Japón, Nueva Zelandia, Suecia y Suiza (véase más adelante).

4.178 En el documento presentado como Prueba 3 de las CE, elaborado por la Oficina del Asesor Jurídico Principal para las Cuestiones Comerciales Internacionales del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, figura un buen resumen de la legislación relativa a las EVE, destinado a suministrar a los exportadores estadounidenses "una noción general de los incentivos fiscales del régimen de las EVE" para los "ingresos relacionados con las exportaciones". La descripción que sigue se basa en gran medida en ese resumen, aunque también se hace referencia a la legislación que figura en la Prueba 1 de las CE y a otras fuentes.

4.179 Existen también dos conjuntos de disposiciones reglamentarias relativas a las EVE que se publicaron en el *Federal Register* de los Estados Unidos el 12 de diciembre de 1984. Uno de ellos, redactado en forma de preguntas y respuestas, contiene otras prescripciones generales aplicables a esas empresas, así como definiciones, y el segundo, aclara los requisitos de "presencia en el extranjero". Estas disposiciones reglamentarias están destinadas a facilitar el funcionamiento de las EVE y parecen haberse modificado en 1998. Las Comunidades Europeas estiman que es la legislación básica de los Estados Unidos la que crea las violaciones de los Acuerdos de la OMC y no prevén que será necesario referirse a esas reglamentaciones.

Definición de las EVE

4.180 Una EVE es una sociedad creada u organizada en determinados países extranjeros o posesiones de los Estados Unidos para obtener una exención fiscal estadounidense sobre una parte de

⁹⁶ Véase: *The Making of an Export Subsidy: DISCs and FSCs in compliance with the GATT* por Leif Weizman, publicado en "World Competition" Law Review, volumen 12, 1989, N° 3 página 57, (en especial, Conclusion, página 81); *An Analysis of the GATT-Compatibility of The New Foreign Sales Corporation* por Ryan en *Santa Clara Law Review*, volumen 26, páginas 705 y 706, y su conclusión en la página 717; *Addressing Tax Revolutions the Lack Empirical Validity* por Westin en 1997 Tax Analysts, párrafo 31. Estos artículos figuran en la Prueba 7 de las CE.

⁹⁷ El contenido de esta comunicación está resumido en *DISCs and FSCs: Providers of Economic Incentives for Wholly-owned Domestic Exporters* por Caplan y Chametzky, en *Brooklyn Journal of International Law*, páginas 14 a 16.

⁹⁸ Véase la sección B (Reasons for Change) *in fine* (página 1042) de la *General Explanation of the Revenue Provisions of the Tax Reform Act 1984*, Prueba 6 de las CE.

⁹⁹ C/M/180, página 6.

sus ganancias generadas por la venta o el arrendamiento financieros de "bienes de exportación".¹⁰⁰ Es un bien de exportación:

- todo bien,
- manufacturado, cultivado, criado o extraído en los Estados Unidos,
- por una persona que no sea una EVE,
- vendido, dado en arrendamiento financiero o alquilado para su uso fuera de los Estados Unidos, y
- cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más del 50 por ciento a importaciones.

Requisitos de constitución

4.181 Las EVE pueden ser constituidas por fabricantes, grupos de exportadores o intermediarios de exportación, como empresas comerciales especializadas en ese comercio. Una EVE puede operar comprando y vendiendo por su propia cuenta, o en calidad de comisionista. Puede estar vinculada con una compañía matriz fabricante, o ser un comerciante o corredor independiente.

4.182 Una EVE debe cumplir en primer lugar ciertos requisitos básicos relativos a su constitución¹⁰¹, el más importante de los cuales es el de estar constituida en una posesión de los Estados Unidos o en un país extranjero aprobado por los Estados Unidos por tener establecido con él un acuerdo de intercambio de información.¹⁰² La enorme mayoría de las EVE están establecidas en países que no las gravan (aunque les imponen impuestos sobre franquicias y derechos de licencia anuales mínimos).

4.183 A fin de gozar de las ventajas del programa, una EVE debe satisfacer (a menos que se trate de una "EVE pequeña"¹⁰³ varios criterios de "gestión en el extranjero" durante todo el año. Si cumple tales requisitos, tiene derecho a una exención sobre las operaciones de exportación que reúnan las condiciones necesarias, en las que tenga a su cargo los "procesos económicos en el extranjero" prescritos.

Requisitos en materia de gestión en el extranjero

4.184 Por lo que se refiere al criterio relativo a la gestión en el extranjero, una EVE reunirá las condiciones necesarias para la exención correspondiente a un ejercicio fiscal si satisface tres requisitos básicos:

¹⁰⁰ En el párrafo a) del artículo 927 se definen los bienes de exportación de las EVE como bienes destinados a la venta o al arriendo, que 1) han sido manufacturados, producidos, cultivados, criados o extraídos en los Estados Unidos por una "persona" distinta de la EVE; 2) que estén destinados principalmente a la venta, el arrendamiento financiero o el alquiler en el curso ordinario de los negocios, para su utilización directa, consumo o enajenación fuera de los Estados Unidos; y 3) cuyo precio justo de mercado en el momento de la venta, arrendamiento financiero o alquiler por la EVE, no sea imputable en más del 50 por ciento a artículos importados por los Estados Unidos.

¹⁰¹ Artículo 922 del IRC.

¹⁰² Párrafo e) 3) del artículo 927 del IRC.

¹⁰³ Párrafo b) del artículo 922 del IRC.

- que todas las asambleas de accionistas y reuniones del consejo de administración se celebren fuera de los Estados Unidos;
- que la principal cuenta bancaria se mantenga fuera de los Estados Unidos; y
- que todos los dividendos, honorarios de abogados y contadores, sueldos de funcionarios y remuneraciones de los miembros del consejo de administración se paguen con fondos procedentes de una cuenta bancaria extranjera.

Requisitos en materia de procesos económicos en el extranjero

4.185 Existen dos requisitos relativos a los procesos económicos en el extranjero:

- la EVE debe participar en el proceso de ventas; y
- la EVE debe tener un porcentaje mínimo de costos directos en el extranjero:

4.186 La EVE, o su agente, debe satisfacer ambos requisitos para obtener ingresos exentos de impuestos procedentes de cualquier transacción de exportación o de cualquier grupo de transacciones de exportación.

Participación en el proceso de ventas

4.187 El primer requisito relativo a los procesos económicos extranjeros consiste en que la EVE, o su agente, participe, fuera de los Estados Unidos, en cualquiera de las siguientes actividades de exportación:

- actividades de oferta (distintas de la publicidad),
- negociación, o
- contratación.

4.188 Por norma general, la EVE sólo necesita participar en una de estas tres actividades para obtener la exención fiscal concedida a esa categoría de empresas. No obstante, si desea aplicar las normas especiales de fijación administrativa de precios (véase más adelante), la EVE, o su agente, debe realizar todas las actividades atribuidas a la venta de que se trata, en la medida en que se lleven a cabo. No obstante, sólo es menester que tenga lugar fuera de los Estados Unidos la actividad que le permite gozar de la exención.

Costos directos en el extranjero

4.189 El segundo requisito relativo a los procesos económicos en el extranjero consiste en que determinados porcentajes de los costos de las transacciones sean "costos directos en el extranjero", que haya soportado la EVE por actividades que esa empresa, o su agente, haya realizado fuera de los Estados Unidos. A este efecto, se consideran "costos directos" los siguientes: materiales consumidos en la actividad, costos de personal directamente asociados con la actividad y costos diferenciales de los medios o servicios incidentalmente relacionados con la actividad de la EVE. Las actividades sujetas a estos criterios se clasifican en las siguientes cinco categorías:

- publicidad y promoción de ventas;

- trámite de los pedidos de los clientes y disposiciones relativas a la entrega de los bienes de exportación;
- transporte;
- preparación y transmisión de una factura o estado de cuentas final y recepción del pago; y
- asunción del riesgo crediticio.

4.190 Una EVE satisface el criterio relativo a los costos directos en el extranjero, si los suyos representan el 50 por ciento o más de los costos directos totales correspondientes a las cinco actividades mencionadas, o bien el 85 por ciento o más de los costos directos de cada componente de un par de actividades tomadas de entre las cinco actividades enumeradas.

Significado de los requisitos en materia de gestión en el extranjero y de procesos económicos en el extranjero

4.191 La existencia de los requisitos en materia de gestión en el extranjero y de procesos económicos en el extranjero, por limitados que sean, es fundamental para proporcionar una mínima apariencia de justificación para el programa relativo a las EVE. En realidad, sin embargo, constituyen una simulación.

4.192 Los requisitos en materia de gestión en el extranjero pueden satisfacerse fácilmente celebrando reuniones por teléfono, mientras que compañías de servicios de los países en los que las EVE están constituidas se ocupan de los trabajos de oficina.

4.193 Aunque una EVE debe soportar los costos de los "procesos económicos en el extranjero", no necesita realizar estas actividades por sí misma. Puede llevarlas a cabo un agente, y cualquier persona puede servir de agente, con independencia de si está vinculada con ella (como una compañía matriz o afiliada) o no lo está (como un banco, una sociedad de gestión, una empresa de comercio de exportación o una empresa de servicios de contabilidad en la jurisdicción extranjera).

4.194 Ciertamente, existen paquetes de programas de ordenador y compañías de servicios que facilitan los trabajos de oficina para administrar una EVE. Se estima que los costos de esta labor administrativa pueden ser de sólo 2.000 dólares por año.¹⁰⁴

4.195 La simulación que constituyen las EVE se describe de manera detallada en "Fantasy Islands". Los autores señalan que, a pesar de que hay alrededor de 3.600 EVE establecidas formalmente en las Islas Vírgenes de los Estados Unidos, ninguna de estas empresas es visible. Una de las mayores EVE emplea sólo a siete personas. Según explican los autores, lo cierto es que el trabajo real se sigue llevando a cabo en los Estados Unidos.

4.196 La "carga" de administrar una EVE resulta aún menor gracias a la existencia de disposiciones especiales aplicables a las "EVE pequeñas". Las EVE pequeñas son generalmente lo mismo que las demás EVE, con la diferencia de que la exención fiscal para ellas está limitada a los ingresos generados por 5 millones de dólares o menos de entradas brutas de exportación, y de que no están sujetas a los requisitos relativos a la gestión en el extranjero o a los procesos económicos en el extranjero. Si una EVE pequeña desea aplicar las normas de fijación administrativa de precios, debe

¹⁰⁴ Fuente: Artículo publicado en el *South Florida Business Journal* de 24 de febrero de 1997 titulado *Foreign Sales Corporations: A Middleman that Offers Tax Savings* por David Wallace.

realizar las actividades de contratación, los procesos económicos y las actividades de gestión. No obstante, no se exige que ninguna de las actividades se desarrolle en el extranjero. Las EVE pequeñas representan el 48 por ciento de todas las EVE.

4.197 Además, muchos estados, autoridades regionales, asociaciones comerciales o empresas privadas de los Estados Unidos organizan "EVE compartidas" para sus compañías, miembros o clientes. Una "EVE compartida" es una EVE que es "compartida" por 25 o menos "accionistas" exportadores no vinculados, a fin de reducir los costos, sin dejar de obtener todas las ventajas fiscales de una EVE. Cada exportador-accionista posee una clase separada de acciones, y cada uno administra sus propios negocios de la manera usual. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos concede a las EVE compartidas Certificados de Comercio de Exportación, que permiten a los exportadores estadounidenses realizar exportaciones conjuntamente con otras empresas de los Estados Unidos. Los exportadores certificados gozan prácticamente de inmunidad contra toda acción antimonopolio del Gobierno federal o de los gobiernos estatales.¹⁰⁵

Lugares de establecimiento de las EVE

4.198 La artificialidad del programa relativo a las EVE se pone aún más de manifiesto por el hecho de que la mayoría de esas empresas están establecidas en posesiones estadounidenses, y las demás, en su mayor parte, en lugares que las eximen específicamente de tributación.

4.199 Con arreglo a los datos del Tesoro de los Estados Unidos¹⁰⁶, el 74 por ciento de todas las EVE están establecidas en posesiones de los Estados Unidos. El 66 por ciento de todas las EVE lo están en las Islas Vírgenes de los Estados Unidos.

4.200 La situación de las EVE en las posesiones estadounidenses es especialmente digna de señalarse como ilustración de la medida en que aquéllas carecen en realidad de carácter "extranjero".

4.201 El principal lugar en que están establecidas las EVE es el territorio de las Islas Vírgenes de los Estados Unidos. Se trata de un territorio organizado de los Estados Unidos carente de personalidad jurídica propia y administrado por la Oficina de Asuntos Territoriales e Internacionales del Departamento del Interior de los Estados Unidos. Elige un miembro de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.

4.202 La legislación fiscal de las Islas Vírgenes de los Estados Unidos está contenida en el IRC estadounidense. El artículo 932 del IRC establece que se considerará que los Estados Unidos comprenden las Islas Vírgenes a los efectos de determinar la responsabilidad fiscal en los Estados Unidos de los ciudadanos estadounidenses, o los residentes en el país, con ingresos originados en esas Islas.

4.203 Según la Ley de créditos presupuestarios navales de 12 de julio de 1921, "las leyes relativas a los impuestos sobre la renta actualmente en vigor en los Estados Unidos de América y las que puedan promulgarse posteriormente se considerarán asimismo en vigor en las Islas Vírgenes de los Estados Unidos".

4.204 En una publicación fiscal de las Islas Vírgenes de julio de 1992 se declara que "la Ley de Equidad Tributaria y Responsabilidad Fiscal de 1984 (...) hace de las Islas Vírgenes un lugar

¹⁰⁵ Esta inmunidad se concede mediante un Certificado de Comercio de Exportación expedido por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos con arreglo a la Ley de Comercio de Exportación de 1982.

¹⁰⁶ Véase el cuadro 6.1 en la página 20 del informe del Tesoro correspondiente a 1992-1993 (Prueba 5 de las CE).

sumamente atractivo para los exportadores estadounidenses que deseen constituir EVE. Los exportadores estadounidenses pueden obtener ingresos exentos de impuestos utilizando EVE de las Islas Vírgenes para realizar fuera de los Estados Unidos algunas actividades de ventas *que en otro caso podría llevar a cabo una compañía estadounidense*" (cursivas añadidas).¹⁰⁷

4.205 Otro importante lugar de establecimiento de las EVE es Barbados. Aparentemente¹⁰⁸, el Parlamento de Barbados aprobó la Ley de Ventas en el Extranjero de 1984, que exime a las EVE de todos los impuestos sobre los ingresos derivados de sus actividades, con excepción de los procedentes de inversiones realizadas en Barbados. Una EVE puede efectuar operaciones de comercio exterior desde el territorio de Barbados sólo si ha obtenido una licencia para hacerlo, y únicamente filiales de sociedades de los Estados Unidos pueden obtener tal licencia. El costo de la licencia de una EVE es de 1.000 dólares EE.UU.. El derecho de licencia para una EVE pequeña es de 500 dólares EE.UU.

Ventajas fiscales de que gozan las EVE en los Estados Unidos

4.206 Una parte de los "ingresos de comercio exterior" se considera "ingresos de fuente extranjera sin conexión con una actividad empresarial o comercial en los Estados Unidos" y no se gravan por tanto en ese país; esta parte recibe el nombre de "ingresos de comercio exterior exentos".¹⁰⁹ La EVE tributa por la parte restante. Los dividendos pagados por la EVE al accionista (de ordinario, el "proveedor vinculado") con los ingresos exentos y no exentos generalmente gozan de la deducción total por dividendos recibidos.¹¹⁰ Los ingresos de comercio exterior son los ingresos brutos¹¹¹ obtenidos por la venta, el arrendamiento financiero o el alquiler de bienes de exportación.

4.207 Está exento de impuestos de los Estados Unidos un mínimo del 30 por ciento de los ingresos de comercio exterior de una EVE perteneciente a una empresa. No obstante, si la EVE compra las mercancías a un proveedor vinculado y reúne las condiciones para la aplicación de las normas especiales de fijación administrativa de precios, la exención se eleva aproximadamente al 65 por ciento.

4.208 Se aplican normas especiales a las cooperativas agropecuarias. Todos los ingresos de comercio exterior que obtenga una EVE perteneciente a una cooperativa vinculada que reúna las condiciones necesarias, como resultado de la venta de productos agropecuarios u hortícolas, serán tratados como ingresos de comercio exterior exentos.¹¹²

¹⁰⁷ Véase la Prueba 18 de las CE.

¹⁰⁸ Véase la Prueba 17 de las CE. Las fuentes de esta información son <http://www.ao-group.com/foreign.htm> y <http://www.fgfsc.com/provibar.htm>.

¹⁰⁹ Véase el párrafo a) del artículo 923 del IRC.

¹¹⁰ Véase el párrafo a) del artículo 926 y el párrafo c) del artículo 245 del IRC.

¹¹¹ Las "entradas brutas de comercio exterior", según se definen en el párrafo a) del artículo 924 del IRC, son las procedentes de: 1) la venta, intercambio u otra enajenación de bienes de exportación (véase antes); 2) el arrendamiento financiero o alquiler de bienes de exportación para su uso por el arrendatario fuera de los Estados Unidos; 3) servicios vinculados con las actividades descritas en los apartados 1) o 2) y subsidiarios de éstas; 4) servicios de ingeniería o arquitectura para proyectos de construcción situados (o que se proyecta situar) fuera de los Estados Unidos; y 5) prestación de servicios de gestión para una EVE o DISC no vinculada. Estas entradas son obtenidas por la EVE, o asignadas a ésta, como resultado de la aplicación de normas de fijación de precios entre compañías. Se excluyen los ingresos pasivos.

¹¹² Véase el párrafo a) 4 del artículo 923 del IRC.

Las normas de fijación administrativa de precios

4.209 Dado que las EVE son en general filiales controladas por sus compañías matrices, los precios de las transacciones efectuadas entre aquéllas y éstas (y por consiguiente la asignación entre ellas de los beneficios de las mismas) deberían ser normalmente los correspondientes a las condiciones de plena competencia, y ser controlados con arreglo al artículo 482 del IRC. No obstante, se permite que las EVE y sus empresas matrices hagan caso omiso de esta norma y apliquen fórmulas especiales de "fijación administrativa de precios" entre ellas.¹¹³

4.210 Más adelante, se examina esta excepción de manera más detallada desde el punto de vista fiscal. Por el momento sólo es necesario describir cómo se aplica y señalar la gran importancia que tiene para el programa relativo a las EVE.

4.211 La primera norma de fijación administrativa de precios asigna el 23 por ciento de los ingresos totales de comercio exterior resultantes de una operación de exportación a la EVE, y el 77 por ciento restante a su proveedor vinculado. Esta norma establece además que el 15/23 (aproximadamente el 65 por ciento) de los ingresos de comercio exterior de la EVE están exentos de impuestos de los Estados Unidos. Así, la norma proporciona una exención del 15 por ciento (23 por ciento x 15/23) de los ingresos totales de comercio exterior obtenidos en la transacción.

4.212 La segunda norma de fijación administrativa de precios permite asignar a la EVE el 1,83 por ciento de las entradas brutas totales procedentes de la transacción de exportación en calidad de ingreso de comercio exterior, siempre que no se rebase el 46 por ciento del total de los ingresos de comercio exterior. Esta norma establece además que el 15/23 (aproximadamente el 65 por ciento) de los ingresos de comercio exterior de la EVE están exentos de impuestos en los Estados Unidos. Así pues, esta norma proporciona una excepción de hasta el 30 por ciento (46 por ciento x 15/23) de los ingresos totales de comercio exterior obtenidos en la transacción.

4.213 En general, la primera norma proporciona ahorros de impuestos mayores para las transacciones con márgenes de beneficios superiores al 8 por ciento, mientras que la segunda proporciona mayores ahorros fiscales para las transacciones con márgenes de beneficios de menos del 8 por ciento. Además, una EVE puede agrupar sus transacciones por contrato, cliente, o línea de productos, para obtener los máximos ahorros fiscales.

Ventajas de las normas de fijación administrativa de precios

4.214 Según se informa, las ventajas fiscales logradas mediante las EVE están aumentando gracias a la utilización de ordenadores y de paquetes de programas informáticos. La Prueba 8 de las CE es un artículo publicado en "Tax Notes International" titulado *A FSCful of Dollars: Maximizing FSC Benefits through Transaction Level Pricing*¹¹⁴, que demuestra cómo la flexibilidad incorporada a la fijación administrativa de precios, y en particular la posibilidad de aplicarlas a diferentes grupos de transacciones, pueden utilizarse para obtener un gran aumento de esas ventajas.

Aplicabilidad de las normas de fijación administrativa de precios

4.215 La posibilidad de aplicar las normas de fijación administrativa de precios está exclusivamente reservada a las transacciones relacionadas con las EVE. Tales normas pueden aplicarse transacción por transacción y producir resultados que son considerablemente diferentes de los que tendría la aplicación de la norma de fijación de precios en condiciones de libre competencia del artículo 482.

¹¹³ Véase el párrafo a) 1) y 2) del artículo 925.

¹¹⁴ Páginas 197 a 203, 15 de julio de 1996.

4.216 Una EVE puede aplicar las normas de fijación administrativa de precios con respecto a una venta en la que esa empresa o su agente realizan, en la medida en que se realicen, todas las actividades atribuidas a dicha venta con arreglo a:

- la parte relativa a la "participación en el proceso de venta" de los requisitos referentes a los procesos económicos en el extranjero; y
- la parte relativa a los "costos directos" de los requisitos referentes a los procesos económicos en el extranjero.

4.217 La EVE, o su agente, debe cumplir ambos requisitos relativos a los procesos económicos en el extranjero para obtener ingresos exentos de impuestos en cualquier transacción de exportación. No obstante, no necesita realizar todas esas actividades fuera de los Estados Unidos a fin de gozar de las ventajas de las normas de fijación administrativa de precios.

4.218 De manera análoga, una EVE pequeña no necesita realizar ninguna de las actividades comprendidas en los procesos económicos en el extranjero previstos para ser considerada como tal. No obstante, en la medida en que esas actividades se realicen, debe realizarlas la EVE pequeña o un agente de la misma para que se puedan aplicar las normas de fijación administrativa de precios.

Importancia de las normas de fijación administrativa de precios

4.219 Las normas de fijación administrativa de precios son sumamente ventajosas, ya que la cuantía de los beneficios que se atribuirían a las EVE con arreglo a las normas del artículo 482 del IRC que se aplican generalmente serían muy reducidas, habida cuenta de la limitada función que estas empresas desempeñan. Su interés resulta reforzado por el hecho de que pueden aplicarse *ex post* y transacción por transacción. El resultado es que este método se emplea en la enorme mayoría de las transacciones de las EVE.

4.220 Según lo declarado por Joseph J. Guttentag, Asesor Jurídico para los Asuntos Fiscales Internacionales del Departamento del Tesoro al prestar testimonio ante el Comité de Finanzas del Senado de los Estados Unidos el 21 de julio de 1995 (Prueba 2 de las CE), "prácticamente todas las EVE (se trate de una EVE comisionista o de una EVE de compra y venta) que operan con una parte vinculada, determina sus ingresos de comercio exterior con arreglo a una de las dos normas de fijación administrativa de precios".¹¹⁵

Evaluación del programa relativo a las EVE desde el punto de vista tributario

Introducción

4.221 Resultará útil examinar brevemente el programa relativo a las EVE desde el punto de vista de las leyes fiscales. El propósito del referido programa es proporcionar ciertas exenciones de las normas impositivas del IRC de los Estados Unidos que en otro caso serían aplicables, a los beneficios derivados de la exportación de mercancías estadounidenses. Las exenciones básicas comprendidas en el programa están contenidas en las siguientes disposiciones:

En primer lugar, los "ingresos de comercio exterior" de las EVE están excluidos de las disposiciones sobre las empresas extranjeras controladas de la Sección F del IRC, que de otro modo exigirían que tales ingresos se gravasen en los Estados Unidos como ingresos de la empresa matriz (párrafo e) del artículo 951 y párrafos d) y e) del artículo 954 del IRC).

¹¹⁵ Véase el último párrafo de la página 11 del testimonio.

En segundo lugar, los "ingresos de comercio exterior" exentos de la EVE se tratan como "ingresos de fuente extranjera sin conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales dentro de los Estados Unidos" y están por tanto eximidos del impuesto estadounidense que de otro modo les sería aplicable (párrafo a) del artículo 921 del IRC). Los términos del párrafo a) del artículo 921 tienen por efecto eximir este ingreso de los impuestos previstos en el párrafo a) 1) del artículo 882 del IRC para los ingresos de una empresa extranjera "que tiene conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales dentro de los Estados Unidos" y de las normas del artículo 864 del IRC que de otro modo harían que estos ingresos se considerasen ingresos de fuente estadounidense.

En tercer lugar, se concede a la empresa matriz de la EVE una deducción del 100 por ciento por dividendos recibidos (es decir, exención de los impuestos estadounidenses), sobre los dividendos que recibe de la EVE procedentes de "ganancias o beneficios imputables a ingresos de comercio exterior" (párrafo c) del artículo 245 del IRC). El párrafo a) del artículo 926 del IRC establece que las distribuciones efectuadas por las EVE a sus empresas matrices se tratarán como procedentes en primer término de ganancias y beneficios imputables a ingresos de comercio exterior, con lo que se concede la exención máxima.

4.222 No obstante, la principal ventaja económica que los exportadores obtienen del programa relativo a las EVE, se deriva de la posibilidad de aplicar las normas de fijación administrativa de precios contenidas en el artículo 925 del IRC. Éstas se incluyeron inicialmente en la legislación DISC y se transfirieron al programa relativo a las EVE a fin de mantener el mismo nivel de ventajas. (En realidad, el nivel de ventajas se aumentó debido al cambio de un sistema de aplazamiento del impuesto por un sistema de exención del impuesto.) La importancia de estas disposiciones exige que se proporcionen ciertas explicaciones.

Fijación de los precios de transferencia

4.223 Está ampliamente reconocido por las autoridades fiscales que se necesitan normas especiales para tratar lo relativo a las transferencias de beneficios de un contribuyente a otro y de una jurisdicción a otra mediante la aplicación de precios de transferencia. Se ha creado un consenso internacional acerca del modo de tratar estas cuestiones, que se expone en la publicación "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*" (Directrices sobre fijación de precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones fiscales) de la OCDE ("las Directrices") que figuran en la Prueba 11 de las CE.

4.224 Las normas de fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE se apartan considerablemente de los principios aplicados por los países desarrollados para tratar el problema de la fijación de precios de transferencia entre compañías vinculadas, según se reflejan en las Directrices.

4.225 Este principio rector enunciado en las Directrices se basa en las "condiciones de plena competencia".¹¹⁶ Con arreglo a este principio, los precios que se apliquen entre empresas asociadas han de ajustarse de modo tal que reflejen los precios que se habrían aplicado entre empresas independientes.¹¹⁷

¹¹⁶ Véase la primera frase del párrafo 1.1 del capítulo 1 de las Directrices en la Prueba 11 de las CE.

¹¹⁷ Véase el párrafo 1.6 de las Directrices en la Prueba 11 de las CE.

4.226 En las Directrices se declara que "[...] el principio que remite a las condiciones de plena competencia se basa en general en una comparación de las condiciones de una transacción controlada con las condiciones de las transacciones entre empresas independientes". Se señala a continuación que "a fin de que tales comparaciones sean útiles, las características de las situaciones que se comparen, que sean de interés desde el punto de vista económico, deben ser suficientemente comparables".¹¹⁸

4.227 En las Directrices se reconoce que la existencia de distintos métodos posibles de calcular un precio en condiciones de plena competencia puede ser apropiada, siempre que se procure garantizar que la conclusión a que se llegue en un caso determinado a partir del uso de los distintos métodos sea coherente con el principio de plena competencia.

4.228 Además, las distintas posibilidades contempladas en las Directrices constituyen *métodos* distintos para llegar a un precio de libre competencia, no *fórmulas* distintas destinadas a asignar ingresos/beneficios. Las Directrices trazan una clara distinción entre la aplicación, en el marco de un método autorizado de fijación de precios de transferencia, de fórmulas elaboradas tras un cuidadoso análisis de los hechos y circunstancias particulares del caso, y la de un método que utilice fórmulas preestablecidas para todos los contribuyentes y que no constituya una aplicación correcta del principio de la plena competencia.

El artículo 482 del IRC y la excepción prevista en el artículo 925 de ese cuerpo legal

4.229 Los Estados Unidos han adoptado el principio basado en las condiciones de plena competencia para tratar la cuestión de la fijación de precios de transferencia entre empresas asociadas, y ello está establecido en el artículo 482 del IRC, que determina cómo ha de aplicarse el mismo. En esta disposición se prevé toda una gama de técnicas que han de emplearse, de acuerdo con la interpretación más actualizada del principio de plena competencia enunciado en las Directrices de la OCDE.

4.230 En particular, ha de señalarse que el artículo 482 del IRC y las disposiciones reglamentarias adoptadas en el marco de ese artículo permiten emplear distintos métodos, pero su adopción está sujeta a la aprobación de las autoridades fiscales de los Estados Unidos (el Servicio de Rentas Internas, *Internal Revenue Service*, IRS), y no depende de la libre elección del contribuyente. *Por definición* el resultado alcanzado mediante su aplicación debe ser el precio en condiciones de plena competencia aplicable a la transacción de que se trata.

4.231 No obstante, el artículo 925 del IRC permite al contribuyente (a reserva del cumplimiento de las condiciones pertinentes aplicables a las EVE) optar por la adopción de uno de dos métodos basados en una fórmula fija, en lugar del resultado a que se llegaría con arreglo al artículo 482. La posibilidad de que los contribuyentes *elijan* uno de los posibles resultados -que no está sujeto a la aprobación del IRS como coherente con el principio de la plena competencia, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias del caso- significa que es posible llegar a un resultado que difiera del que se obtendría en condiciones de plena competencia.

4.232 En efecto, el artículo 925 del IRC establece que el precio de transferencia se fijará en una cantidad que permita a la EVE obtener ingresos imponibles "que no rebasen *la mayor*" de las cantidades resultantes de las diferentes normas de fijación administrativa de precios y del artículo 482 (cursivas añadidas). Las palabras que se destacan revelan la intención del legislador de permitir que se llegue a los resultados más ventajosos para el contribuyente.

¹¹⁸ Véase el párrafo 1.15 de las Directrices en la Prueba 11 de las CE.

4.233 En realidad, el resultado obtenido por aplicación del artículo 482 crea un "tope máximo" para la obligación fiscal efectiva en los Estados Unidos, en lugar de un "mínimo", como parecían pretender los representantes de los Estados Unidos al tratar de justificar el programa relativo a las EVE.

4.234 Por consiguiente, la posibilidad de aplicar normas especiales de fijación administrativa de precios con arreglo al artículo 925 del IRC constituye una clara excepción de la aplicación del principio de las condiciones de plena competencia enunciado en el artículo 482 de ese cuerpo legal.

Las fórmulas no arrojan un resultado que representa aproximadamente los beneficios normales de la actividad económica de las EVE

4.235 La única explicación de las normas especiales de fijación administrativa de precios contenidas en el artículo 925 del IRC, consiste en que están destinadas a proporcionar el mismo nivel de exención fiscal previamente concedido por el programa DISC. Esas normas no se basan en la actividad económica realizada por las EVE.

4.236 Las EVE abarcan una amplia variedad de actividades económicas, desde las relacionadas con los productos agropecuarios hasta las de una vasta gama de empresas manufactureras (entre ellas la de los sectores de productos alimenticios, productos químicos, maquinaria eléctrica y material de transporte). Durante su ciclo de vida, cada uno de estas ramas de producción generará entradas brutas muy diferentes, e ingresos imponibles también muy diferentes. Parece improbable que (por ejemplo) un agente de exportación de productos agropecuarios prevea obtener unos ingresos normales que representen la misma proporción de las entradas totales que (por ejemplo) los de un agente de exportación que se ocupa de locomotoras para trenes de carga. Lo mismo cabe decir con respecto a la renta imponible conjunta. Las normas especiales de aplicación administrativa de precios del artículo 925 del IRC no pueden conducir a una aproximación suficiente a las condiciones de plena competencia en una tan amplia variedad de casos en el curso del tiempo.

4.237 La posibilidad de una elección entre dos métodos basados en fórmulas, transacción por transacción, también está en contradicción con la manera en que los precios se fijarían entre un agente exportador y sus proveedores independientes. Es inconcebible que un fabricante independiente ofrezca al agente/distribuidor la posibilidad de elegir, y ciertamente no una que pueda ejercerse transacción por transacción. En términos aritméticos, la fórmula de reparto de los beneficios se tornaría ventajosa para la EVE cuando el margen de beneficio global de la misma y el proveedor alcanzase el 8 por ciento.¹¹⁹ Incluso si un margen del 1,83 por ciento para la EVE sola, representase una aproximación razonable de un resultado que se obtendría en condiciones de plena competencia por las funciones económicas realizadas cuando los márgenes totales de beneficio se situasen por debajo del 8 por ciento, es difícil comprender por qué la EVE ha de estar en condiciones de optar por un margen cada vez mayor mediante el uso de la otra fórmula posible, cuando los márgenes globales rebasan el 8 por ciento.

4.238 Además de estos argumentos generales, el uso de datos normalizados de este tipo para los sectores económicos es rechazado en las Directrices de la OCDE, que declaran que "[...] en ningún caso pueden los beneficios medios del sector económico, no ajustados, establecer por sí mismos las condiciones de plena competencia". A este respecto, es notable que las fórmulas están destinadas a abarcar más de un sector de las actividades económicas, lo que hace este rechazo aún más pertinente.

¹¹⁹ Para quienes aprecian los razonamientos matemáticos, ello se debe a que $1,83\% \times \text{EBCE}$ es igual al 23 por ciento de los ICE cuando el margen de beneficio es del 8 por ciento (los ICE son iguales a las EBCE $\times$ el margen de beneficio (b)). $1,83\% \times \text{EBCE} = 23\% \times (b \times \text{EBCE})$. Por consiguiente, $b = 1,83/23 = 0,0795652173913 = 8$ por ciento (aproximadamente). EBCE: entradas brutas de comercio exterior; ICE: ingresos de comercio exterior.

Además, las Directrices también rechazan el uso de métodos basados en la repartición de los beneficios de las transacciones, que pueden conducir a que se grave a las empresas en mayor o menor medida que la debida, porque sus beneficios sean menores o mayores que el promedio.¹²⁰

El artículo 925 produce resultados que conducen a una tributación menor en los Estados Unidos de la que resultaría de la aplicación del criterio de plena competencia

4.239 Como se ha mostrado antes, las alternativas al definido criterio de la plena competencia establecido en el artículo 482, que suministra el artículo 925 del IRC, sólo existen con el propósito de obtener un resultado más favorable para el contribuyente estadounidense.

4.240 Este efecto alcanza su nivel máximo por el hecho de que el artículo 925 también permite al contribuyente optar, transacción por transacción, entre los tres métodos de fijación de precios posibles.

4.241 Los ejemplos suministrados en el artículo publicado en el *Tax Notes International* titulado "*FSCful of Dollars: Maximizing FSC Benefits through Transaction Level Pricing*", aportado en la Prueba 8 de las CE¹²¹ permiten apreciar aún mejor este punto. Estos ejemplos muestran que las dos fórmulas arrojan resultados ampliamente diferentes, de tal manera que a menudo un resultado asciende al doble del otro. Incluso si el resultado que se obtendría en condiciones de plena competencia estuviese precisamente situado entre los dos métodos, el contribuyente seguiría teniendo considerables oportunidades de apartarse de las condiciones de plena competencia, debido a la posibilidad de elegir libremente uno u otro.

4.242 Además, si la afirmación de que las fórmulas nunca pueden producir un resultado que arroje un impuesto menor del que resultaría de la aplicación del artículo 482 fuera cierta, no deberían existir circunstancias en las cuales las fórmulas conduzcan a precios de transferencia inferiores. Ciertamente, las distintas fórmulas posibles deberían conducir al mismo resultado (o a uno que fuese suficientemente próximo para que pudiera hacerse caso omiso de las diferencias, por hallarse dentro del margen de tolerancia). Los ejemplos demuestran claramente que esto no es así.

El artículo 925 del IRC no está justificado como método o "puerto seguro" ("Safe harbour")

4.243 Dadas las opciones permitidas por el artículo 925, es evidente que las compañías adoptarán los métodos basados en fórmulas si éstos conducen a que el impuesto que debe pagarse en los Estados Unidos resulta menor que si se aplicase el artículo 482. No obstante, también se ha dado a entender que las compañías podrían utilizar estos métodos -y correr el riesgo de pagar impuestos superiores en los Estados Unidos que lo que de otro modo sería necesario con arreglo al artículo 482- simplemente por razones de comodidad administrativa.

4.244 Aparte de que ello significaría que tales compañías no cumplirían con su deber de administradores frente a sus accionistas, lo inexacto de tal afirmación queda demostrado por lo dicho en el artículo de *Tax Notes International* antes mencionado, que muestra cómo las compañías están utilizando programas de ordenador para obtener los máximos beneficios de las diferencias entre los métodos.

¹²⁰ Véase el párrafo 3.4 de las Directrices en la Prueba 11 de las CE.

¹²¹ Páginas 198 a 202.

4.245 Los Estados Unidos parecen aducir que sus normas *especiales* de fijación administrativa de precios constituyen simplemente un método o "puerto seguro"¹²² ("Safe harbour") según lo previsto en las Directrices de la OCDE.

4.246 Las Directrices de la OCDE adoptan una posición crítica frente a los "puertos seguros".¹²³ Concluyen que éstos "no son en general compatibles con la función de asegurar la observancia de precios de transferencia coherentes con el principio de plena competencia"¹²⁴ y que "generalmente no se consideran aconsejables las excepciones legales especiales para determinadas categorías de contribuyentes en la determinación de los precios de transferencia, y por consiguiente el uso de "puertos seguros" no se recomienda".¹²⁵

4.247 Las Directrices de la OCDE admiten que los "puertos seguros" podrían ser una manera apropiada de aliviar la carga que representa para las pequeñas compañías el cumplimiento de las normas. Pero ése no es el propósito de las EVE. Las normas de fijación administrativa de precios del régimen de las EVE no son sólo aplicables a las pequeñas compañías: todas las empresas, cualquiera que sea su tamaño, pueden servirse de ellas.

Conclusión

4.248 La legislación relativa a las EVE permite a las compañías calcular sus precios de transferencia *ex post facto* -procedimiento totalmente opuesto a lo que sucedería en condiciones de plena competencia. En estas últimas condiciones, las partes en la transacción generalmente llegan a un acuerdo acerca de los términos de la misma antes de concertarla.

4.249 Las normas especiales de fijación administrativa de precios constituyen una parte esencial del programa relativo a las EVE. Están destinadas a permitir a los contribuyentes asignar los máximos beneficios a la EVE, obteniendo así las máximas ventajas del régimen. **No son por tanto realmente métodos "de fijación de precios" en absoluto, sino un mecanismo para desviar los beneficios de una compañía a otra.** Las decisiones sobre la fijación de precios en condiciones de plena competencia no están basadas en consideraciones de este tipo, sino en las circunstancias reales de carácter económico y comercial.

Los efectos económicos de las EVE

Introducción

4.250 Cuando se adoptó inicialmente la legislación relativa a las EVE, se estableció (en el párrafo a) del artículo 804 de la Ley de Reforma Fiscal de 1984) que el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos elaboraría informes [periódicos] sobre la aplicación y efectos de la legislación, tal como se había hecho anteriormente para el régimen de las DISC. En realidad, sólo existen dos informes, uno que corresponde al período comprendido entre el 1º de enero de 1985 y el 30 de junio de 1988 y que fue publicado en enero de 1993 (Prueba 4 de las CE), y otro correspondiente al período comprendido entre el 1º de julio de 1992 y el 30 de junio de 1993, publicado en noviembre de 1997 (Prueba 5 de las CE).

¹²² Párrafos 4.94 a 4.123 de la sección IV.E de las Directrices de la OCDE, Prueba 11 de las CE.

¹²³ Véase en particular el apartado b) del párrafo 4.103 y los párrafos 4.104, 4.105, 4.106, 4.107, 4.120 (última frase), 4.121 y 4.123 de las Directrices de la OCDE, en la Prueba 11 de las CE.

¹²⁴ Párrafo 4.121 de las Directrices de la OCDE, en la Prueba 11 de las CE.

¹²⁵ Véase la frase final del párrafo 4.123 de las Directrices de la OCDE, en la Prueba 11 de las CE.

4.251 Gran parte de los datos relativos a los efectos económicos del régimen de las EVE que se proporcionan seguidamente se basan en esa información, relativamente insuficiente. Para obtener datos más recientes es menester recurrir a fuentes extraoficiales, y un reducido número de documentos procedentes de esas fuentes se adjuntan también como pruebas.

4.252 Una fuente que ya se ha mencionado es el artículo titulado *A FSCful of Dollars: Maximizing FSC Benefits through Transaction Level Pricing*, publicado en *Tax Notes International* de 15 de julio de 1996, páginas 197 a 203.

4.253 Otra fuente a la que se referirán las Comunidades Europeas es un artículo del *South Florida Business Journal* de 24 de febrero de 1997 reproducido en la Prueba 9 de las CE.¹²⁶

La importancia económica del programa relativo a las EVE

4.254 El número de EVE activas aumentó de 2.613 en 1987 a 3.073 en 1992.¹²⁷ Según el artículo de David Wallace publicado en el *South Florida Business Journal* de 24 de febrero de 1997, para el año de publicación de dicho artículo su número ascendía a 5.000. De acuerdo con artículos publicados en *The Economist*¹²⁸ y en el *Journal of Commerce*¹²⁹ existen hoy alrededor de 6.000 EVE.

4.255 Según los informes del Tesoro, las entradas brutas de comercio exterior de las EVE se duplicaron entre 1987 y 1992, pasando de 84.280 millones de dólares EE.UU. en 1987 a 152.263 millones de dólares en 1992. Los ingresos exentos netos aumentaron durante el mismo período de 2.111 millones de dólares a 4.508 millones de dólares.

4.256 El Tesoro de los Estados Unidos ha estimado el costo en ingresos fiscales del programa EVE. Éste se determina añadiendo al ingreso imponible de los accionistas estadounidenses la cuantía de los ingresos de las EVE exentos que les son atribuibles y utilizando un sistema de cálculo de impuestos para determinar su nueva obligación fiscal en los Estados Unidos. El costo en ingresos fiscales del programa de las EVE se calculó en 1.380 millones de dólares EE.UU. para el año civil 1992. En su informe de 1997, el Tesoro estimaba que, en la hipótesis de que las exportaciones de las EVE crecieran a una tasa anual media del 8 por ciento, el costo en ingresos fiscales aumentaría de manera sostenida a 2.080 millones de dólares en 1997.¹³⁰ No obstante, como ya se ha señalado, otras fuentes indican que el número total de EVE ha aumentado mucho más, y *The Economist* afirma que desde 1993 los beneficios totales generados por las EVE probablemente se han triplicado (artículo de marzo de 1998).

¹²⁶ Éste puede consultarse por medio de Internet, en <http://www.amcity.com/southflorida>.

¹²⁷ Información basada en una comparación entre los dos informes del Tesoro de los Estados Unidos sobre las EVE.

¹²⁸ 7 de marzo de 1998.

¹²⁹ 2 de diciembre de 1997.

¹³⁰ Véase *The Operation and Effect of the Foreign Sales Corporation Legislation*, Departamento del Tesoro, noviembre de 1997, en la Prueba 5 de las CE, páginas 12 a 17. Las estimaciones del crecimiento futuro figuran en el cuadro 5.1 de la página 17.

4.257 Otra indicación de que la importancia del programa relativo a las EVE va en aumento, es el hecho de que en 1997 su ámbito de aplicación se extendió a los programas informáticos.¹³¹

Ventajas obtenidas de las EVE por los diferentes sectores

4.258 Los productos manufacturados constituyen la enorme mayoría de las exportaciones generadas por las EVE. Clasificados según las "entradas brutas" de estas empresas, la totalidad de los productos manufacturados representó, en 1992, 136.287 millones de dólares, de un total de 152.000 millones de dólares. Los productos no manufacturados y los servicios, incluidos los productos agropecuarios, representaron 15.747 millones de dólares en 1992.¹³²

4.259 Los grupos más importantes de productos exportados fueron en 1992 los siguientes:

	Entradas brutas en millones de dólares
<u>Productos manufacturados:</u>	
Maquinaria, excepto la eléctrica	29.758
Productos químicos	29.285
Maquinaria eléctrica	21.121
Material de transporte	18.125
Otros	37.998
Total parcial	136.287
<u>Productos no manufacturados y servicios:</u>	
Productos agropecuarios	8.116
Otros productos no manufacturados	7.631
Total parcial	15.747
Total	152.034

Efectos de las EVE sobre el comercio

4.260 Las ventajas que obtienen los exportadores estadounidenses como resultado del régimen de las EVE les permite vender sus productos a precios más bajos y comercializarlos con mayor empuje que si no contaran con ese programa. Así, según el informe del Tesoro de los Estados Unidos de 1997: "El programa relativo a las EVE alienta las exportaciones al reducir el tipo impositivo aplicable a los ingresos de exportación"¹³³ (página 10).

4.261 En sus informes de 1992 y 1997, el Tesoro efectuó estimaciones del "estímulo a la exportación" proporcionado por el programa relativo a las EVE. Éste depende de tres factores:

- ¿cuál es la cuantía del ahorro fiscal obtenido para las exportaciones?

¹³¹ En virtud del párrafo a) del artículo 1171 de la Ley General 105-34, por la que se modificó el párrafo a) 2) B) del artículo 927 del IRC.

¹³² Véase *Daniel S. Holik*, Foreign Sales Corporation, 1992, páginas 121 a 128, Prueba 12 de las CE.

¹³³ Prueba 5 de las CE, página 10.

- ¿cuál es la sensibilidad de la oferta de exportaciones de los Estados Unidos a los cambios de los precios de exportación (elasticidad de la oferta de exportaciones de los Estados Unidos)?¹³⁴
- ¿cuál es la sensibilidad de la demanda extranjera de exportaciones estadounidenses a los cambios de los precios de éstas (elasticidad-precio de la demanda extranjera de exportaciones de los Estados Unidos)?

4.262 Según el capítulo 4 del informe correspondiente al período comprendido entre el 1º de julio de 1992 y el 30 de junio de 1993, el más reciente de que disponen las Comunidades Europeas, "se estima que, en total, el programa relativo a las EVE ha aumentado las exportaciones estadounidenses en unos 1.500 millones de dólares EE.UU. en 1992". Esto se basa en un modelo econométrico altamente perfeccionado, que incluso tiene en cuenta el hecho de que las mayores exportaciones generadas por el régimen de las EVE elevan el tipo de cambio del dólar de los Estados Unidos, con lo que tienden a reducir las exportaciones de aquellos sectores que no pueden servirse de ese régimen. Incluso teniendo en cuenta las mayores importaciones resultantes de ese mismo efecto sobre el tipo de cambio, se estimaba que el efecto global del régimen de las EVE sobre la balanza del comercio de mercancías de los Estados Unidos ascendía a 600 millones de dólares. El efecto sobre cada sector se indica en el cuadro 4.1 de la página 15 de la Prueba 5 de las CE. Con posterioridad, el uso de las EVE se ha extendido, y se han incluido nuevos sectores, como el de los programas de ordenador, por lo cual los beneficios globales para la balanza del comercio de mercancías de los Estados Unidos deben ser actualmente mucho mayores. Esta ventaja global para el comercio de mercancías de los Estados Unidos es, evidentemente, la consecuencia del gran número de efectos favorables para las transacciones de exportación individuales.

4.263 El mayor valor de las exportaciones anuales totales para la industria estadounidense en 1987 y 1992 se estimó en 1.200 millones y 1.500 millones de dólares, respectivamente. Como una estimación aproximativa, puede decirse que el estímulo total a las exportaciones producido por las EVE, desde su creación en 1985, puede haber sido por tanto de 20.000 millones de dólares.

4.264 Según el informe del Tesoro de los Estados Unidos publicado en 1997, los sectores cuyas exportaciones más se beneficiaron fueron los siguientes:

	Millones de \$EE.UU.
- Maquinaria, excepto la eléctrica	700
- Maquinaria eléctrica	700
- Instrumentos científicos	170
- Maderas	130
- Productos químicos	100

Costo de establecimiento de una EVE

4.265 Existen sólo un reducido número de requisitos para que una EVE pueda actuar fuera de los Estados Unidos. La constitución y el funcionamiento de una EVE, en sí mismas, no cuestan normalmente más de 2.000 dólares EE.UU. por año.¹³⁵ Además, para reducir los costos administrativos, hasta 25 empresas de los Estados Unidos pueden establecer una EVE conjuntamente.

¹³⁴ En general se estima que la oferta de exportaciones presenta una elevada elasticidad-precio, ya que la producción puede desviarse del consumo interno a los mercados de exportación.

¹³⁵ Véase el artículo de David Wallace publicado en el *South Florida Business Journal* de 24 de febrero de 1997, Prueba 9 de las CE, en el que se cita a Robert Thornton, de Export FSC International Ltd.

La mayoría de los exportadores que emplean EVE no establecen sus propias empresas locales, sino que utilizan proveedores de servicios de EVE. La mayor parte de las EVE operan en jurisdicciones de tributación baja o nula.

Comparación de las DISC y las EVE

4.266 Ya se ha señalado que el régimen de las EVE estaba destinado a reemplazar a la legislación DISC de 1971, para ser, desde el punto de vista funcional, equivalente a ésta. La legislación DISC formaba parte de un conjunto de leyes constitutivas de una "nueva política económica". El Congreso trataba de generar mayores exportaciones, con la menor pérdida posible de ingresos fiscales. No se gravaba a las DISC por sus beneficios; los accionistas pagaban los impuestos a prorrata cuando se repatriaban y distribuían los ingresos de esas empresas. El ingreso era tratado en ese momento como ingreso de fuente extranjera, con lo que los accionistas tenían derecho a una bonificación sobre sus obligaciones fiscales. El impuesto resultante podía aplazarse indefinidamente. Este sistema alentaba las exportaciones al reducir el tipo impositivo efectivo sobre los ingresos de exportación.

4.267 Las cifras de que se dispone muestran que, como era el propósito del Congreso, los programas DISC y EVE proporcionan aproximadamente incentivos fiscales de la misma cuantía. En el informe del Tesoro sobre el funcionamiento y el efecto de las DISC durante el período 1981-1983, se estima que los costos en ingresos fiscales del programa DISC fueron de 1.500 y 1.240 millones de dólares en 1982 y 1983, respectivamente. Estas cifras son del mismo orden que las de 1.300 millones de dólares correspondientes al costo de las EVE en ingresos fiscales, calculado por el Tesoro para 1992 (véase lo indicado anteriormente).

Argumentos jurídicos

El programa relativo a las EVE constituye una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC

Definición de subvención

4.268 A los efectos del Acuerdo SMC, el concepto de subvención se define en el párrafo 1 del artículo 1 de dicho Acuerdo. La parte que presenta interés en la presente diferencia dice lo siguiente:

"1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a) 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 otros casos se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)¹³⁶;

[...]

y

b) con ello se otorgue un beneficio."

¹³⁶ Existe una nota de pie de página al inciso ii) que establece que ciertas prácticas relativas a los impuestos sobre las mercancías (es decir, los impuestos indirectos) no se considerarán subvenciones, pero ésta carece de interés para la presente diferencia.

4.269 En el análisis jurídico que se efectúa a continuación, las Comunidades Europeas identificarán e impugnarán dos subvenciones que el régimen de las EVE entraña.

4.270 La primera está constituida por las *exenciones fiscales* comprendidas en el programa relativo a las EVE. Éstas son esencialmente:

- La exclusión de los "ingresos de comercio exterior" de las EVE, de las disposiciones relativas a las sociedades extranjeras controladas contenidas en la Sección F del IRC (párrafo e) del artículo 951 y párrafos d) y e) del artículo 954).
- La exención del impuesto de los Estados Unidos que de otro modo sería aplicable a los "ingresos de comercio exterior exentos" de las EVE (párrafo a) del artículo 921 del IRC).
- El hecho de que se conceda a la empresa matriz de la EVE una deducción del 100 por ciento por dividendos recibidos (es decir, una exención del impuesto estadounidense) cuando reciben dividendos de la EVE procedentes de "ganancias o beneficios imputables a ingresos de comercio exterior" (párrafo c) del artículo 245 del IRC, en combinación con el párrafo a) del artículo 926).

4.271 Estas exclusiones, exenciones y deducciones (en adelante denominadas "exenciones fiscales") se complementan entre sí y conducen, como están destinadas a conducir, a que se pague un impuesto menor que el que se pagaría si el programa relativo a las EVE no existiese (o, más bien, si éste no contuviese las exenciones fiscales).

4.272 Las exenciones fiscales por sí mismas serían de una importancia económica relativamente pequeña si no las agravase la existencia de la segunda de las subvenciones que las Comunidades Europeas identifican e impugnan. Se trata de la posibilidad de emplear, para el cálculo de los ingresos de comercio exterior exentos de las EVE, *normas especiales de fijación administrativa de precios* que constituyen una excepción a las normas de fijación de precios de transferencia que en otro caso se aplicarían. Ello aumenta los beneficios no gravados de las EVE y reduce los beneficios gravados de las empresas matrices de éstas, con la consiguiente disminución de la carga fiscal sobre las exportaciones realizadas en el marco del programa relativo a las EVE.

4.273 Las Comunidades Europeas hacen esta distinción entre dos aspectos del régimen de las EVE, porque cada uno de ellos podría existir en ausencia del otro, y es importante que se declare que ambos constituyen subvenciones prohibidas a la exportación, por lo cual ambos deben suprimirse.

4.274 En lo que resta de la presente comunicación, cuando se hace referencia a estos dos aspectos del programa relativo a las EVE, se los denomina "subvenciones EVE".

4.275 Las Comunidades Europeas procederán a establecer en primer término que cada una de las subvenciones EVE entraña una contribución financiera del Gobierno de los Estados Unidos en el sentido del párrafo a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Seguidamente, mostrarán que con éstas se otorga un beneficio en la acepción del párrafo 1) b) del mismo artículo, antes de pasar a examinar si están supeditadas a la exportación (lo cual también establece su especificidad).

Contribución financiera del Gobierno

4.276 Ambos aspectos del programa relativo a las EVE identificados antes como subvenciones resultan en la condonación de ingresos de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 a) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

Las exenciones fiscales a las EVE

4.277 A fin de demostrar que se condonan ingresos públicos como resultado de las *exenciones fiscales*, es necesario comparar los impuestos derivados de una transacción en la que se reúnen las condiciones previstas para la aplicación del programa relativo a las EVE, con los que se obtendrían si tal programa no existiese, o si se tratara de una transacción equivalente que no reuniese tales condiciones. Existen varias comparaciones que puedan hacerse, tales como las siguientes:

Si el régimen de las EVE no existiese, o si la transacción de exportación efectuada por intermedio de la EVE no reuniese las condiciones previstas para la aplicación de ese programa (por ejemplo, porque entrañase la exportación de productos procedentes de un *territorio distinto*, del de los Estados Unidos o no se cumpliesen las condiciones de contenido nacional), ninguna parte de los ingresos obtenidos por la EVE de esa transacción constituiría "ingresos de comercio exterior exentos", y la totalidad de ellos sería objeto de imposición en los Estados Unidos. La existencia del programa de las EVE, o la aplicabilidad del mismo a las transacciones, conducirá por tanto a la condonación de ingresos públicos.

Si la EVE efectuase una transacción de *importación* para su empresa matriz, o vendiese los productos de esta empresa matriz a un cliente de los Estados Unidos en lugar de realizar una transacción de exportación, ninguna parte de los ingresos obtenidos por la EVE de esa transacción constituiría "ingresos de comercio exterior exentos" y la totalidad de ellos sería objeto de imposición en los Estados Unidos. La posibilidad de aplicar el programa de las EVE a la transacción de exportación conduciría a la condonación de ingresos públicos en comparación con los impuestos que deberían pagarse sobre las importaciones o transacciones nacionales equivalentes.

Si un fabricante vendiese las mercancías en el mercado interno o exportase las mercancías directamente por sí mismo en lugar de hacerlo por intermedio de la EVE, ninguna parte de los beneficios estaría exenta de impuestos y, por tanto, el impuesto pagado sería más elevado. El uso de las EVE conduce por tanto a la condonación de ingresos públicos.

4.278 Existen algunos casos, como se explica en el testimonio de Joseph J. Guttentag que figura en la Prueba 2 de las CE¹³⁷, en los cuales la posición fiscal de la empresa matriz (excedente no utilizado de bonificaciones por impuestos pagados en el extranjero por otras transacciones) es tal que puede ser ventajoso no exportar por intermedio de la EVE, sino directamente.

4.279 La situación en la que es ventajoso exportar directamente, más bien que por intermedio de una EVE, será excepcional. Pero, en cualquier supuesto, no impide que las exenciones fiscales de las EVE constituyan una subvención en la mayoría de los casos en que conducen a la condonación de ingresos públicos y al otorgamiento de beneficios. Los exportadores gozan de una opción, de la que carecen para las transacciones que no reúnen las condiciones de aplicación del régimen de las EVE, tales como las transacciones efectuadas en el ámbito nacional o las transacciones de importación.

Las normas de fijación administrativa de precios

4.280 La aplicación de normas especiales de fijación administrativa de precios a las operaciones de las EVE agrava la condonación de ingresos públicos resultante de las exenciones fiscales y también da origen a una contribución financiera adicional del gobierno en forma de condonación de ingresos, en comparación con la situación que existiría si se aplicasen las normas ordinarias de fijación de precio de transferencia del artículo 482 del IRC.

¹³⁷ Véanse las páginas 11 y 12 de la Prueba 2 de las CE.

4.281 Una EVE puede optar entre calcular sus beneficios sobre la base de las normas de fijación de precios de transferencia generalmente aplicables contenidas en el artículo 482 del IRC o de las "normas de fijación administrativa de precios" contenidas en el artículo 925 del mismo cuerpo legal, si satisface las condiciones establecidas en el párrafo c) de este último artículo. La aplicación de estas normas, y en particular el hecho de que pueden utilizarse *a opción* del contribuyente, *ex post* y transacción por transacción cuando conducen a un resultado más favorable, tiene por consecuencia que el Gobierno de los Estados Unidos recibe menores ingresos en concepto de impuestos de lo que recibiría si tales normas no existiesen. Por consiguiente, se condonan ingresos públicos.

4.282 La cuantía de los ingresos públicos condonados como resultado de la aplicación de las normas de fijación administrativa de precios equivale a la diferencia entre los impuestos adicionales que se recaudarían si fuese aplicable el artículo 482 del IRC de la misma manera que para todas las demás transacciones entre compañías vinculadas, y el impuesto que se recauda en realidad debido a la existencia de tales normas especiales de fijación administrativa de precios. (La mayoría de las EVE aplican exclusivamente las normas de fijación administrativa de precios).¹³⁸

4.283 El propio Gobierno de los Estados Unidos ha calculado el efecto del programa relativo a las EVE sobre los ingresos fiscales estadounidenses. Según el informe del Tesoro publicado en 1997, "el coste en ingresos fiscales de las EVE se estima en 1.380 millones de dólares para el año civil 1992".¹³⁹ Ese Gobierno estimó además que esa cifra se elevaría a más de 2.000 millones de dólares en 1997. Esta estimación se basaba en el método normal seguido por ese Gobierno y en el supuesto de que los beneficios de las EVE serían normalmente gravados en manos de sus empresas matrices. Corresponde, por tanto, a los ingresos públicos que se condonan como resultado de la existencia de las EVE.

4.284 La referida estimación está basada en datos de cinco años atrás. Habida cuenta del gran aumento del número de las EVE y de la manera cada vez más perfeccionada en que se explotan a fin de obtener exenciones de impuestos para los beneficios obtenidos de las ventas de exportación¹⁴⁰, los ingresos públicos realmente condonados actualmente son probablemente mucho mayores.

Se otorga un beneficio

4.285 En el caso de que se trata, la existencia de un beneficio otorgado en forma de ventaja financiera a las EVE y sus empresas matrices es evidente en lo que se refiere a ambas subvenciones antes identificadas (las exenciones fiscales comprendidas en el programa relativo a las EVE *per se*, y la aplicación de las normas especiales de fijación administrativa de precios), ya que los ingresos públicos que los Estados Unidos condonan equivalen a la suma de dinero que no tienen que pagar en concepto de impuestos las EVE y sus empresas matrices. Esa suma de dinero sigue siendo de propiedad de las EVE y sus empresas matrices y las beneficia.

4.286 Dado que las EVE son una creación fiscal artificial, podría aducirse que no existirían si no existiesen las exenciones fiscales, y que ello reduce el beneficio. No obstante, la existencia de un beneficio a pesar de esos costos es evidente por el hecho de que las EVE no son obligatorias, y por tanto sólo se utilizan cuando originan un beneficio.

¹³⁸ Véase el testimonio de Joseph J. Guttentag en la Prueba 2 de las CE, página 11.

¹³⁹ Prueba 5 de las CE, página 16.

¹⁴⁰ Véase el artículo publicado en *Tax Notes International* titulado "A FSCful of Dollars: Maximizing FSC Benefits through Transaction Level Pricing" en la Prueba 8 de las CE.

4.287 La existencia de las normas especiales de fijación administrativa de precios también crea un beneficio adicional. La aplicación de tales normas reducirá los costos, ya que éstas son más seguras y originan menos debates y negociaciones con las autoridades fiscales. Existe pues un beneficio adicional derivado de la mayor certidumbre (el efecto del "puerto seguro").

4.288 El beneficio otorgado por las subvenciones del régimen de las EVE conduce a una ventaja de precios para las mercancías exportadas y, por tanto, a un aumento global de las exportaciones de las mercancías de los Estados Unidos.

Especificidad

4.289 En el párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo SMC se establece que sólo las subvenciones que sean específicas estarán sujetas a las disposiciones de las partes II, III ó V de ese Acuerdo. En el artículo 2 del mismo Acuerdo se define la especificidad, y en el párrafo 3 de este artículo se prescribe que toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica. Más adelante se examina la aplicabilidad del artículo 3.

Conclusión

4.290 Si las subvenciones EVE están comprendidas en el artículo 3 del Acuerdo SMC (lo que se demostrará más adelante) constituyen subvenciones sujetas a ese Acuerdo, en el sentido de los artículos 1 y 2 del mismo.

Las subvenciones EVE están supeditadas de jure a los resultados de exportación, en violación de lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC

4.291 En la presente sección, las Comunidades Europeas demostrarán que las subvenciones EVE (tanto las exenciones fiscales comprendidas en ese régimen *per se*, como las derivadas de la aplicación de las normas de fijación administrativa de precios), están supeditadas *de jure* a los resultados de exportación, en violación de lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Las Comunidades Europeas demostrarán en primer lugar que la subvención EVE está claramente comprendida en lo previsto en ese párrafo. Seguidamente, demostrarán que también está comprendida en lo previsto en el párrafo e) del Anexo I del Acuerdo SMC.

Párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC

4.292 El párrafo 1 a) del artículo 3 lleva el título "Prohibición" y establece en su parte pertinente lo siguiente:

"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 jure* o *de facto*¹⁴¹ 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 I¹⁴²;"

¹⁴¹ Esta norma se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aun sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. El mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarlas subvención a la exportación en el sentido de esta disposición.

¹⁴² Las medidas mencionadas en el Anexo I como medidas que no constituyen subvenciones a la exportación no estarán prohibidas en virtud de ésta ni de ninguna otra disposición del presente Acuerdo.

4.293 El párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC comienza con las palabras "A reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura." Se demostrará más adelante, en la sección C, que el Acuerdo sobre la Agricultura no estipula ninguna excepción aplicable a las EVE que exportan productos comprendidos en ese Acuerdo, sino que, por el contrario, el régimen de las EVE infringe las disposiciones del mismo.

4.294 Las subvenciones EVE que se derivan de las exenciones comprendidas en el régimen de esas empresas *per se*, resultan de la condonación de ingresos fiscales de que otra manera se devengarían de:

- los "ingresos de comercio exterior exentos" de las EVE, definidos en el párrafo a) del artículo 921 del IRC, y
- los dividendos recibidos por la empresa mixta de la EVE, procedentes de "ganancias o beneficios imputables a ingresos de comercio exterior" de la EVE, en el sentido del párrafo c) del artículo 245 del IRC en combinación con lo dispuesto en el artículo 926 del mismo cuerpo legal.

4.295 La subvención EVE que se deriva de la aplicación de las normas de fijación administrativa de precios resulta del aumento de los "ingresos de comercio exterior exentos" de las EVE, y la correspondiente reducción del beneficio directo obtenido en la transacción por la empresa matriz, en comparación con la situación que existiría si se aplicasen a la transacción las normas ordinarias de fijación de precios de transferencia establecidas en el artículo 482 del IRC.

4.296 Tanto las exenciones fiscales previstas en el régimen de las EVE *per se*, como el aumento de la cuantía de tales exenciones derivado de la aplicación de las normas de fijación administrativa de precios, dependen de la existencia y cuantía de los "ingresos de comercio exterior exentos" (la cuantía de los ingresos de la EVE que no están sujetos a impuestos). Estos ingresos sólo pueden producirse mediante la exportación de mercancías de los Estados Unidos. Los ingresos públicos condonados y los beneficios otorgados aumentan con cada transacción de exportación relativa a mercancías estadounidenses, y no aumentan si se realizan transacciones que no reúnen las condiciones establecidas (por ejemplo, transacciones en el ámbito interno o transacciones de importación). Ni las exenciones fiscales ni las ventajas derivadas de la aplicación de normas especiales de fijación administrativa de precios existen con respecto a las transacciones nacionales.

4.297 Los "ingresos de comercio exterior exentos" definidos en el párrafo a) 1) del artículo 923, dependen de los "ingresos de comercio exterior" definidos en el párrafo b) del mismo artículo, que a su vez dependen de las "entradas brutas de comercio exterior" definidas en el párrafo a) del artículo 924 del IRC; éstas se derivan de las "entradas brutas de cualquier EVE procedentes de la venta, intercambio u otra enajenación de bienes de exportación", o del "arrendamiento financiero o alquiler de bienes de exportación para su utilización por el arrendatario fuera de los Estados Unidos".¹⁴³

4.298 Según lo definido en el párrafo a) del artículo 927 del IRC se entiende por "bienes de exportación:

"A) los fabricados, producidos, cultivados, criados o extraídos en los Estados Unidos por una persona que no sea una EVE,

¹⁴³ Las entradas originadas en determinados servicios vinculados con las transacciones de exportación también pueden dar origen a entradas brutas de comercio exterior con arreglo al párrafo a) del artículo 924, pero éstas carecen de interés en el asunto de que se trata.

B) destinados principalmente a la venta, el arrendamiento financiero o el alquiler, en el curso ordinario de las actividades comerciales o empresariales por una EVE o a una EVE para su utilización directa, consumo o enajenación fuera de los Estados Unidos, y

C) cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más del 50 por ciento a artículos importados a los Estados Unidos."

4.299 Por consiguiente, sólo los ingresos derivados de la exportación de productos estadounidenses pueden gozar de las exenciones fiscales y de la aplicación de las normas especiales de fijación administrativa de precios. Es difícil imaginar un caso más claro de supeditación *de jure* a la exportación.

Párrafo e) del Anexo I del Acuerdo SMC

4.300 En el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC se establece expresamente que están incluidas en la prohibición las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación citadas a título de ejemplo en el Anexo I del Acuerdo SMC.

4.301 El párrafo e) de esa Lista ilustrativa trata de las medidas fiscales directas, como aquellas en que consiste el régimen de las EVE. Según el mismo, se considera una subvención prohibida a la exportación:

"la exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos¹⁴⁴ o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales."¹⁴⁵

¹⁴⁴ A los efectos del presente Acuerdo:

- Por "impuestos directos" se entenderán los impuestos sobre los salarios, beneficios, intereses, rentas, cánones o regalías y todas las demás formas de ingresos, y los impuestos sobre la propiedad de bienes inmuebles.
- Por "cargas a la importación" se entenderán los derechos de aduana, otros derechos y otras cargas fiscales no mencionadas en otra parte de la presente nota que se perciban sobre las importaciones.
- Por "impuestos indirectos" se entenderán los impuestos sobre las ventas, el consumo, el volumen de negocio, el valor añadido, las franquicias, el timbre, las transmisiones y las existencias y equipo, los ajustes fiscales en la frontera y los demás impuestos distintos de los impuestos directos y las cargas a la importación.
- Por impuestos indirectos "que recaigan en etapas anteriores" se entenderán los aplicados a los bienes y servicios utilizados directa o indirectamente en la elaboración del producto.
- Por impuestos indirectos "en cascada" se entenderán los que se aplican por etapas sin que existan mecanismos que permitan descontar posteriormente el impuesto si los bienes o servicios sujetos a impuestos en una etapa de la producción si se utilizan en una etapa posterior de la misma.
- La "remisión" de impuestos comprende el reembolso con la reducción de los mismos.
- La "remisión o devolución" comprende el aplazamiento total o parcial de las cargas a la importación.

¹⁴⁵ Los Miembros reconocen que el aplazamiento no constituye necesariamente una subvención a la exportación en los casos en que, por ejemplo, se perciben los intereses correspondientes. Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo el mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia. Todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan

4.302 Las exenciones fiscales comprendidas en el régimen de las EVE presentan todas las características exigidas por el texto del párrafo e). Se trata de:

- exenciones
- relacionadas específicamente con las exportaciones
- de impuestos directos
- que deben pagar las empresas industriales o comerciales.

4.303 Como ya se ha explicado, el programa relativo a las EVE exime a una parte de los ingresos de comercio exterior de esas empresas del impuesto estadounidense, y exime a los dividendos provenientes de tales ingresos, de los impuestos que les serían aplicables en manos de la empresa matriz. La subvención derivada de la aplicación de las normas especiales de fijación administrativa de precios aumenta la exención, y constituye por tanto por sí misma una exención. Además, el hecho de que ésta haya de considerarse una exención (o quizás una remisión) de impuestos directos, está confirmado por la nota de pie de página 59 al párrafo e), en la que se declara que "los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia". Como se ha explicado anteriormente, las normas especiales de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE no respetan el principio de plena competencia y constituyen por tanto una excepción de la aplicación de ese principio, destinada a desviar beneficios procedentes de las ventas de exportación, a fin de que gocen de una exención fiscal.

4.304 Tanto las exenciones fiscales *per se* como las normas especiales de fijación administración de precios están "relacionadas específicamente con las exportaciones" dado que están supeditadas a la exportación de productos de los Estados Unidos y limitadas en cuanto a su alcance a la medida de tal exportación.

4.305 Las exenciones y las normas especiales de fijación administrativa de precios están todas relacionadas con impuestos directos, es decir, con el impuesto sobre la renta.

4.306 Los impuestos de que se trata son aquellos que deben pagar las EVE, que son empresas comerciales exportadoras de productos de los Estados Unidos, y sus empresas matrices. que son empresas industriales o comerciales.

4.307 Por consiguiente, las subvenciones EVE están también comprendidas en el punto e) de la Lista ilustrativa y ello confirma los claros términos de la prohibición establecida en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

infringir este principio que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. En tales circunstancias, los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas de los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los Miembros se derivan del GATT de 1994, con inclusión del derecho de consulta establecido en la frase precedente.

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.

Conclusión

4.308 El programa relativo a las EVE constituye claramente una subvención prohibida en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC y del punto e) de la Lista ilustrativa del Anexo I de ese Acuerdo.

Los **Estados Unidos**, en su primera comunicación, responden de la manera siguiente:

Información fáctica

4.309 La presente diferencia constituye un intento por parte de las Comunidades Europeas de volver a plantear cuestiones que el GATT resolvió hace mucho tiempo y poner en duda principios fiscales bien establecidos por los que se guían casi todos los Miembros de la OMC, inclusive los miembros de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de su soberanía fiscal. En particular, implícita en los argumentos de las Comunidades Europeas se encuentra la petición de que el presente Grupo Especial rechace el principio fundamental de que no se debe gravar con impuestos los ingresos atribuibles a operaciones económicas en el extranjero. La última vez que se planteó esta cuestión, el GATT se encontró envuelto en una controversia durante un decenio que obstaculizó la capacidad del GATT de cumplir su misión de reducir los obstáculos arancelarios, y que puso de manifiesto que una organización basada en el comercio no es el órgano más adecuado para establecer normas internacionales fundamentales en materia fiscal.

4.310 El programa relativo a las EVE, que se concibió de conformidad con los principios del GATT, incorpora características importantes de sistemas territoriales y otros sistemas fiscales comunes, inclusive los de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Si es verdad que el programa relativo a las EVE confiere una subvención ilegal a la exportación, entonces también lo hacen los regímenes fiscales de muchos países europeos que se basan en la territorialidad o que incorporan principios de territorialidad. Efectivamente, las aseveraciones de las Comunidades Europeas suenan a algo ya conocido, porque esas mismas cuestiones se debatieron en el GATT en el decenio de 1970 y principios del de 1980 en el contexto de los asuntos *Legislación fiscal*. Los informes correspondientes a los asuntos *Legislación fiscal* dictaminaron que las disposiciones del régimen de las sociedades de ventas al extranjero ("DISC") de los Estados Unidos y los regímenes de impuestos sobre la renta de Francia, Bélgica y los Países Bajos presentaban ciertas características de subvenciones a la exportación que no eran permisibles en el marco del GATT de 1947. Las partes convinieron en adoptar los cuatro informes de los grupos especiales únicamente después de haber negociado un conjunto de principios que, de manera inusual, quedaron recogidos en una decisión del Consejo del GATT (la "Decisión del Consejo de 1981"). Esa decisión, efectivamente, permitía que Francia, Bélgica y los Países Bajos mantuvieran sus regímenes fiscales favorables a la exportación sin modificarlos fundamentalmente, y estableció un criterio claro de territorialidad que sirvió de orientación a los Estados Unidos para conformar su régimen fiscal a las disciplinas del GATT sobre subvenciones. En 1984, a fin de alcanzar una resolución sobre la controversia relativa al DISC, el Congreso de los Estados Unidos sustituyó el DISC por el programa relativo a las EVE. El Congreso tuvo buen cuidado de estructurar el programa relativo a las EVE de manera que cumpliera todas las normas comerciales aplicables. Pero ahora, años después de aquel hecho y sin que haya ocurrido modificación alguna de las normas aplicables, las Comunidades Europeas impugnan el programa relativo a las EVE, pese a que su estructura se basa en principios fiscales de territorialidad y otros conexos que muchos miembros de las Comunidades Europeas emplean.

4.311 En consecuencia, para comprender cabalmente la presente diferencia es necesario proceder a un examen detallado de los sistemas fiscales estadounidense y europeos, así como de la historia de los asuntos *Legislación fiscal*, por cuanto el programa relativo a las EVE nació de los rescoldos de aquella controversia y, de hecho, fue parte de la solución de la misma.

Los regímenes fiscales y el GATT y la OMC

Los regímenes fiscales nacionales varían en su ámbito territorial

4.312 Los sistemas fiscales de las naciones soberanas son diversos. El régimen fiscal de los Estados Unidos es diferente de los regímenes fiscales de los países de las Comunidades Europeas, y los regímenes fiscales de los países de las Comunidades Europeas difieren marcadamente entre sí. Existen dos fundamentos reconocidos en general para que una nación grave con impuestos la renta: la jurisdicción sobre el receptor de la renta, que se basa en la residencia del contribuyente, y la jurisdicción sobre la actividad que genera la renta (es decir, la fuente de los ingresos).¹⁴⁶ De conformidad con el principio de residencia, un país grava la renta mundial de las personas sujetas a su jurisdicción (régimen fiscal de ámbito mundial). De conformidad con el principio de la fuente, un país grava la renta obtenida dentro de sus fronteras (sistema fiscal de ámbito territorial). La mayoría de los países aplica una mezcla de esos dos principios fiscales.¹⁴⁷

4.313 Debido a que las naciones soberanas aplican diferentes regímenes fiscales, el impuesto sobre la renta aplicado por un país de acuerdo con el principio de residencia puede quedar duplicado por el impuesto de otro país sobre la misma renta en virtud del principio de la fuente de ingresos. En su mayoría, los países han elaborado principios para conciliar esos impuestos contradictorios a fin de evitar o de mitigar la doble imposición. Los países que aplican un sistema de ámbito territorial evitan la doble imposición eximiendo (es decir, no gravando) los ingresos obtenidos fuera de las fronteras territoriales del país (criterio de exención), cuando los obtiene una filial o una sucursal extranjera de una empresa nacional. En el caso de una empresa extranjera, eso se logra eximiendo los ingresos obtenidos por la empresa extranjera y eximiendo los ingresos cuando se transfieren, en forma de dividendo, al accionista. Los países con régimen fiscal de ámbito mundial mitigan por lo general la doble imposición permitiendo que se aplique una bonificación fiscal contra el impuesto en el país de residencia a los impuestos sobre la renta que el contribuyente paga a un país extranjero por los ingresos imposables en aquel país (criterio de bonificación fiscal extranjera). En algunos casos, se utiliza una combinación de los métodos de exención y de bonificación fiscal extranjera, según sea aplicable, respecto de diferentes categorías de renta.

El régimen fiscal de los Estados Unidos

4.314 El régimen fiscal de los Estados Unidos es por lo general de ámbito mundial. Los Estados Unidos gravan todos los ingresos de los residentes en los Estados Unidos, así como los ingresos de no residentes obtenidos dentro de las fronteras de los Estados Unidos. Los Estados Unidos gravan con el impuesto sobre la renta, entre otras personas imposables, a todas las empresas estadounidenses. Como los Estados Unidos, a efectos fiscales, definen la residencia de las empresas simplemente sobre la base del lugar en que se han constituido, se considera que una empresa es estadounidense si está constituida de conformidad con las leyes de uno de los 50 estados de los Estados Unidos, o del Distrito de Columbia.¹⁴⁸ El régimen fiscal de los Estados Unidos se aplica a todos los ingresos de las empresas de los Estados Unidos, independientemente del lugar en que se hayan obtenido los ingresos o de que hayan sido obtenidos por una sucursal extranjera.

¹⁴⁶ Edward H. Gardner, *Taxes on Capital Income: A Survey*, en George Kopits, ed., *Tax Harmonization in the European Communities: Policy Issues and Analysis*, IMF Occasional Paper N° 94 (Washington, D.C., 1992), página 52 (se adjunta copia como Prueba 5 de los EE.UU.).

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Código de Rentas Internas ("IRC"), artículo 7701 a) 4) (se adjunta copia como Prueba 12 de los EE.UU.).

4.315 Por otra parte, en cambio, los Estados Unidos eximen por lo general de impuestos directos a todos los ingresos de empresas extranjeras que hayan sido obtenidos fuera de los Estados Unidos. Se consideran empresas extranjeras todas las empresas que no se ajusten a los criterios que definen a las empresas estadounidenses, es decir, empresas constituidas fuera de los 50 estados y del Distrito de Columbia.¹⁴⁹ Esta definición abarca a todas las empresas constituidas en posesiones de los Estados Unidos.

4.316 La exención de las empresas extranjeras del impuesto directo sobre la renta respecto de sus ingresos de origen extranjero se aplica incluso a filiales extranjeras de empresas estadounidenses. Los Estados Unidos por lo general gravan los ingresos de esas filiales solamente en el momento en que se transfieren a la empresa matriz estadounidense en forma de dividendos. El período de exención entre la obtención de esos ingresos por la filial y la transferencia a la empresa matriz estadounidense se denomina "aplazamiento" en el régimen fiscal de los Estados Unidos.

4.317 Debido al potencial de evasión fiscal, los Estados Unidos han adoptado una serie de regímenes "ant-imoratoria" que constituyen excepciones puntuales a la norma general de moratoria fiscal y que responden a preocupaciones específicas. Uno de esos regímenes figura en la Subparte F del Código de Rentas Internas, que limita los beneficios de la moratoria para ciertos tipos de ingresos obtenidos por ciertas filiales bajo control extranjero de empresas estadounidenses.¹⁵⁰

Regímenes fiscales europeos

4.318 En contraste con los Estados Unidos, muchos países europeos aplican el impuesto sobre la renta, al menos en parte, con criterio territorial. En la medida en que los gobiernos europeos gravan la renta con criterio territorial, solamente tributan los ingresos procedentes de una actividad económica realizada dentro del territorio de la jurisdicción fiscal. De acuerdo con esos regímenes fiscales de ámbito territorial, el país de origen por lo general no grava los ingresos procedentes de actividades económicas realizadas fuera del territorio de la jurisdicción fiscal, independientemente de que esa actividad sea desarrollada por una empresa nacional o por una empresa extranjera.¹⁵¹

4.319 Por consiguiente, y a diferencia de lo que ocurre con el régimen de ámbito mundial, como el de los Estados Unidos, muchos sistemas fiscales europeos otorgan un trato más favorable a los exportadores de bienes y servicios. Esto se debe a que cuando las actividades relacionadas con una operación de exportación ocurren fuera del territorio de la jurisdicción fiscal, los ingresos procedentes de esas actividades no son imponible de conformidad con los sistemas territoriales o de tipo territorial.

Ni el GATT ni la OMC exigen que los Miembros adopten un régimen fiscal en particular

4.320 No existe norma alguna de derecho internacional que exija a las naciones adecuarse a un único régimen fiscal. Todo país puede elegir entre un sistema de ámbito mundial, un sistema de ámbito territorial o un sistema que incorpore elementos de uno y otro. En reconocimiento de los principios de soberanía fiscal, un país que utilice el sistema de ámbito mundial tiene libertad para incorporar elementos de un sistema de ámbito territorial (o viceversa), de manera que una filial extranjera, o determinados tipos de filiales extranjeras, como una EVE, resulten gravadas de manera similar a las empresas extranjeras en el marco de un sistema de ámbito territorial (exención aplicable

¹⁴⁹ IRC, artículo 7701 a) 4) y 9) (se adjunta copia como Prueba 12 de los EE.UU.).

¹⁵⁰ IRC, artículo 951. Véase Prueba 1 de las CE.

¹⁵¹ En el caso de una empresa extranjera, eso se logra eximiendo de impuestos a los ingresos obtenidos por la empresa extranjera y eximiendo de impuestos a las utilidades cuando se distribuyen en forma de dividendo a la empresa matriz.

a los ingresos más una exención aplicable a los dividendos) o gravadas como sería gravada una sucursal extranjera en el marco de un sistema de ámbito territorial (exención).

4.321 La OMC nunca estuvo orientada (y no está bien equipada para ello) a establecer normas fiscales internacionales, especialmente cuando existe tanta variedad de prácticas fiscales aceptadas. La OMC de manera alguna debe penalizar a un país que utilice el sistema de ámbito mundial por incorporar elementos de un sistema de ámbito territorial con objeto de obtener un trato fiscal comparable. Ahora bien, eso es precisamente lo que las Comunidades Europeas piden que haga el Grupo Especial.

El régimen DISC

4.322 En 1971, los Estados Unidos establecieron un sistema de moratoria fiscal para las empresas denominadas DISC y para sus accionistas, a fin de corregir la ventaja inherente de que disfrutaban los exportadores europeos en comparación con los exportadores estadounidenses; es decir, para compensar el hecho de que, en el marco de los regímenes fiscales europeos de ámbito territorial, los ingresos obtenidos extraterritorialmente por los exportadores europeos estaban (y sigue estando) exento de impuestos.

4.323 Una empresa DISC era una filial *nacional* de una empresa estadounidense dedicada a la exportación, y el régimen DISC tenía normas estrictas que exigían que esa empresa participase casi exclusivamente en transacciones de exportación. Los ingresos de una empresa DISC no estaban gravados directamente por los Estados Unidos, y las empresas DISC no estaban obligadas a presentar declaraciones de impuestos aparte de las declaraciones de sus empresas matrices. En cambio, se gravaban los ingresos de las empresas DISC cuando esos ingresos se pagaban como dividendos a las empresas matrices. Anualmente, se suponía que cada empresa DISC había pagado una proporción de sus ingresos de exportación como dividendo a la empresa matriz, por lo que la empresa matriz quedaba obligada a pagar impuestos sobre aquella renta. El impuesto sobre la renta aplicable al resto de los ingresos de la empresa DISC podía aplazarse sin intereses hasta el momento en que se hiciese efectivo a la empresa matriz (o se dieran otras determinadas circunstancias).

Los asuntos Legislación fiscal

4.324 En febrero de 1972, las Comunidades Europeas pidieron la celebración de consultas sobre el régimen DISC, de acuerdo con el sistema de solución de diferencias del GATT de 1947, afirmando que el régimen DISC constituía una subvención a la exportación en el sentido del artículo XVI del GATT de 1947. Los Estados Unidos respondieron solicitando consultas similares con Francia, Bélgica y los Países Bajos, afirmando que, efectivamente, si el régimen DISC era una subvención, en ese caso las leyes del impuesto sobre la renta de aquellos países constituían una subvención fiscal a sus exportadores por lo menos equivalente a la que supuestamente otorgaba el régimen DISC a los exportadores de los Estados Unidos. Los Estados Unidos señalaron que aquellos países aplicaban el principio de fiscalidad territorial o que, en otro caso, no gravaban los ingresos procedentes de actividades en el extranjero relativas a transacciones de exportación. En consecuencia, habían afirmado los Estados Unidos, aquellos países no gravaban los ingresos por ventas a la exportación de sucursales extranjeras o de filiales de ventas en el extranjero de empresas nacionales de manufacturas, lo cual constituía un trato más favorable que el del DISC, que se limitaba a proporcionar una moratoria fiscal.

4.325 Los Estados Unidos y las Comunidades Europeas pidieron el establecimiento de grupos especiales relativos a sus respectivas alegaciones, por lo que se establecieron cuatro grupos,

constituidos por los mismos miembros.¹⁵² El grupo especial presentó sus informes sobre los cuatro casos el 2 de noviembre de 1976¹⁵³, con la conclusión de que tanto el DISC como los regímenes fiscales europeos tenían características de una subvención a las exportaciones.¹⁵⁴

4.326 Por lo que se refiere a las prácticas europeas, el Grupo determinó que las características de un sistema fiscal de ámbito territorial pueden constituir una subvención ilegal, "aunque las prácticas pudieran ser una consecuencia indirecta de los principios fiscales [...] y no un objetivo concreto de política [para favorecer las exportaciones]".¹⁵⁵ El Grupo estimó que la "aplicación del principio de territorialidad", en el caso de Bélgica y Francia, y la "aplicación hecha por los Países Bajos del principio de la universalidad, junto con la exención en ciertas condiciones de los ingresos procedentes del extranjero", en cada caso:

permitía que una parte de las actividades de exportación pertenecientes a una operación económica iniciada en el país quedara fuera del alcance de los impuestos [del país de que se trataba]. De este modo [el país] renunciaba a ingresos de dicho origen y creaba la posibilidad de obtener un beneficio pecuniario con las exportaciones en aquellos casos en que las disposiciones en materia de impuestos sobre los ingresos y de impuestos sobre las sociedades eran apreciablemente más liberales en países extranjeros.¹⁵⁶

4.327 Las determinaciones del Grupo en contra de las prácticas fiscales europeas se basaron en tres proposiciones: 1) que los ingresos generados por las operaciones económicas de una sucursal o filial extranjera pueden considerarse propiamente como "originarios del" país en que la empresa matriz desarrolla actividades de exportación; 2) que la condonación de ingresos fiscales sobre ingresos atribuibles a esas actividades económicas crea la posibilidad de un beneficio pecuniario para las exportaciones de tipos de impuesto bajos en el país extranjero en que se desarrollen aquellas actividades; y 3) que puede darse una subvención a la exportación si ese beneficio no está también disponible en lo que se refiere a ingresos atribuibles a actividades internas. Como se expone más adelante, el Consejo del GATT rechazó fundamentalmente esas proposiciones.

¹⁵² Teniendo en cuenta que los miembros eran los mismos, los Estados Unidos emplearán la expresión "grupo especial", en singular.

¹⁵³ *Legislación fiscal - Legislación fiscal de los Estados Unidos (DISC)*, L/4422, IBDD 23S/107, informe del Grupo de Expertos adoptado el 7-8 de diciembre de 1981; *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por Francia en materia de impuestos sobre los ingresos*, L/4423, IBDD 23S/141, informe del Grupo de Expertos adoptado el 7-8 de diciembre de 1981; *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por Bélgica en materia de impuestos sobre los ingresos*, L/4424, IBDD 23S/141, informe del Grupo de Expertos adoptado el 7-8 de diciembre de 1981; *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por los Países Bajos en materia de impuestos sobre los ingresos*, L/4425, IBDD 23S/152, informe del Grupo de Expertos adoptado el 7-8 de diciembre de 1981.

¹⁵⁴ Específicamente, el Grupo de Expertos llegó a la conclusión de que, "en algunos casos, la legislación DISC tenía efectos que no estaban en armonía con las obligaciones impuestas a los Estados Unidos por el párrafo 4 del artículo XVI [del GATT]", IBDD 23S/107, párrafo 74. El Grupo también tomó nota de que "el aplazamiento no implicaba el recargo por intereses, que normalmente se imponía en caso de pago tardío o diferido y, por consiguiente, [...] en este sentido la legislación DISC constituía una exención parcial que estaba comprendida dentro [...] de la Lista ilustrativa", *Id.*, párrafo 71.

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, IBDD 23S/152, párrafo 35.

¹⁵⁶ IBDD 23S/141, párrafo 47; IBDD 23S/141, párrafo 34; e IBDD 23S/152, párrafo 34.

La Decisión del Consejo de 1981

4.328 Francia, Bélgica y los Países Bajos se negaron a aceptar las conclusiones que les eran contrarias, y sostuvieron esencialmente que nunca se había tenido intención de que las normas del GATT estuvieran destinadas a prohibir determinados regímenes fiscales ni a exigir que tributaran los ingresos de origen extranjero.¹⁵⁷ Por su parte, los Estados Unidos se negaron a aceptar las conclusiones sobre la legislación DISC, a menos que el Consejo adoptara las determinaciones del Grupo sobre las prácticas fiscales europeas. Las partes por último convinieron en adoptar los cuatro informes a reserva de un entendimiento que quedó reflejado en una decisión del Consejo y que esencialmente invertía las argumentaciones de los informes del Grupo. La decisión disponía lo siguiente:

El Consejo adopta estos informes en el entendimiento de que con respecto a estos casos, y de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General. Queda asimismo entendido que el párrafo 4 del artículo XVI exige que se observe la fijación de precios en condiciones de libre competencia, es decir, que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control que ellas deberán ser, a los efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de libre competencia. Además, el párrafo 4 del artículo XVI no prohíbe la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera.¹⁵⁸

4.329 Tras la adopción de estos informes, el Presidente observó que la decisión del Consejo "no quería[n] decir que a las partes que habían suscrito el párrafo 4 del artículo XVI se les prohibiera gravar los beneficios de las transacciones que realizaran fuera de sus fronteras, sino que significaba únicamente que *no se les exigía que lo hicieran*".¹⁵⁹

4.330 Así pues, la Decisión del Consejo de 1981 estableció tres normas jurídicas básicas que permitían eximir de impuestos a ciertos ingresos procedentes de la exportación sin por ello infringir las normas del GATT contra las subvenciones:

- no es necesario que el país exportador grave las actividades económicas extranjeras;
- debe observarse el principio de la fijación de precios en condiciones de plena competencia; y

¹⁵⁷ Esos tres países expusieron sus respectivas posiciones en los siguientes memorándums: documentos del GATT N^{os} C/97/Rev.1 (21 de marzo de 1977) y C/97/Add.1 (21 de julio de 1977), en el caso de Francia; C/98 (15 de marzo de 1977) y C/98/Add.1 (21 de noviembre de 1977), en el caso de Bélgica; y C/99 (15 de marzo de 1977), en el caso de los Países Bajos.

¹⁵⁸ *Legislación fiscal*, IBDD 28S/121 (7-8 de diciembre de 1981). Los Estados Unidos convinieron en la adopción del informe sobre la legislación DISC sin reconocer que esa legislación infringiese las prescripciones del GATT.

¹⁵⁹ *Id.* (cursivas añadidas).

- pueden adoptarse medidas para evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero.¹⁶⁰

4.331 De hecho, la Decisión del Consejo de 1981 dejó sin efecto las decisiones del Grupo relativas a Francia, Bélgica y los Países Bajos y estableció una prueba clara de territorialidad para determinar si una específica medida fiscal constituye una subvención a la exportación, a saber, que no es necesario gravar los ingresos atribuibles a actividades que tienen lugar fuera del territorio del país que grava, y que la decisión de no gravar esos ingresos no da lugar a una subvención a la exportación. Esa prueba permitió a Francia, Bélgica y los Países Bajos conservar sus propios regímenes de tipo territorial favorables a las exportaciones, al tiempo que proporcionó a los Estados Unidos normas claras para modificar su legislación fiscal a fin de proporcionar, de manera compatible con el GATT, el mismo trato que los gobiernos europeos proporcionaban a sus exportadores. Las normas contenidas en la Decisión del Consejo de 1981 se basaron en las normas contenidas en el Código de Subvenciones, y esas normas no se modificaron en el curso de las negociaciones de la Ronda Uruguay que dieron lugar al Acuerdo SMC.

Descripción general de la legislación sobre las EVE

Promulgación de la legislación sobre las EVE

4.332 Pese a que en un principio los Estados Unidos estimaron que la Decisión del Consejo de 1981 validaba la legislación DISC¹⁶¹, a fin de resolver la controversia sobre la legislación DISC, los Estados Unidos, en octubre de 1982, se comprometieron ante el consejo del GATT a proponer legislación que abordase las preocupaciones de otras Partes Contratantes del GATT. En marzo de 1983, la Administración estadounidense aprobó las líneas generales de una propuesta para sustituir la legislación DISC por un sistema fiscal de tipo territorial aplicable a las exportaciones de los Estados Unidos y encaminada a cumplir con las normas del GATT sobre subvenciones. Al igual que en el caso de la legislación DISC, el objetivo de la legislación sobre las EVE era compensar, en cierta medida, el desequilibrio otorgado a los exportadores estadounidenses como resultado de diferentes enfoques entre el sistema europeo de fiscalidad territorial y el sistema fiscal de ámbito mundial de los Estados Unidos.

4.333 En 1984, el Congreso promulgó la Ley de Reducción del Déficit, 1984, cuyo Título VIII reemplazó las normas DISC por el programa relativo a las EVE.¹⁶² En los materiales legislativos

¹⁶⁰ Las dos últimas normas proceden prácticamente de manera literal de la nota 2 al punto e) de la Lista ilustrativa de Subvenciones a la Exportación anexa al Acuerdo de la Ronda de Tokio sobre la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ("Código de Subvenciones"), que entró en vigor el 1º de enero de 1980. La Lista ilustrativa del Código de Subvenciones fue el resultado de nuevos acuerdos para actualizar la Lista ilustrativa de 1960 en que se había basado el Grupo para cada uno de los informes relativos a los asuntos *Legislación fiscal*. Véase IBDD 23S/107, párrafo 28; IBDD 23S/141, párrafo 50; IBDD 23S/141, párrafo 37; e IBDD 23S/152, párrafo 37. Los tres países europeos citaron la Lista ilustrativa del Código de Subvenciones, así como un reconocimiento mutuo de que no es necesario que las actividades económicas realizadas fuera del territorio del país de origen tengan que ser gravadas por ese país, como bases para la inclusión de los principios consagrados en la Decisión del Consejo de 1981. Véanse los documentos del GATT C/114 (8 de diciembre de 1980), C/115 (8 de diciembre de 1980) y C/116 (8 de diciembre de 1980).

¹⁶¹ Véase Staff Comm. On Taxation, 98th Cong., *General Explanation of the Revenue Provisions of the Deficit Reduction Act of 1984*, 1041 (1985) ("*General Explanation*") (Prueba 6 de las CE).

¹⁶² Pub. L. N° 98-369, artículos 801-805, 98 Stat., 985-1003 (1984). Las disposiciones sobre las EVE figuran en los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas (Prueba 1 de las CE).

adjuntos el Congreso expreso su intención de que la legislación sobre las EVE fuera compatible con el GATT:

De acuerdo con las normas del GATT, no es necesario que un país grave los ingresos procedentes de actividades económicas realizadas fuera de su territorio. En consecuencia, el Congreso estimó que ciertos ingresos atribuibles a actividades económicas realizadas fuera de los Estados Unidos quedasen exentos de los impuestos de los Estados Unidos a fin de otorgar a los exportadores estadounidenses un trato comparable al que de ordinario gozan los exportadores en el marco de sistemas fiscales de ámbito territorial.¹⁶³

4.334 Así pues, al elaborar la legislación sobre las EVE, el Congreso trataba de arbitrar un método mediante el cual pudiera eximir a impuestos a una parte de los ingresos procedentes de actividades económicas en el extranjero relacionadas con transacciones de exportación. A fin de comprender y analizar adecuadamente la legislación sobre las EVE, es necesario tener presente ese objetivo fundamental.

Descripción de la legislación sobre las EVE

4.335 La *General Explanation* ofrece la siguiente y útil descripción general de las disposiciones relativas a las EVE:

La Ley dispone que quedará exenta del impuesto federal sobre la renta una parte de los ingresos de una empresa de ventas en el extranjero (EVE) que cumple los requisitos. Permite asimismo otorgar a una empresa nacional una deducción del 100 por ciento aplicable a los dividendos distribuidos desde la EVE por ganancias atribuibles a ciertos ingresos de comercio exterior. Por consiguiente, no se aplica nivel alguno de impuesto a las sociedades sobre una parte de los ingresos procedentes de exportaciones.¹⁶⁴

4.336 En consecuencia, una parte de los "ingresos procedentes del comercio exterior" de una EVE no tributa al tratarla como ingresos de origen extranjero no relacionados efectivamente con una actividad comercial o una empresa de los Estados Unidos.¹⁶⁵ Este trato corresponde a la exención de los ingresos atribuibles a una sucursal o una filial extranjeras de una empresa francesa, belga u holandesa, en el marco de un régimen fiscal de ámbito territorial. Además, los accionistas de una EVE tienen derecho a una deducción de impuestos del 100 por ciento por los dividendos recibidos procedentes de las ganancias y beneficios atribuibles a los resultados del comercio exterior de una EVE. Ese trato se corresponde con la "exención de participación" que suelen proporcionar los sistemas fiscales de carácter territorial como son los de Francia, Bélgica y los Países Bajos.

¹⁶³ *General Explanation*, página 1042. Contrariamente a la afirmación de las Comunidades Europeas (párrafo 20 de la primera comunicación de las Comunidades Europeas), la legislación de las EVE no tenía el propósito de ser el "equivalente funcional" de la DISC, sino que se concibió más bien para reparar los presuntos defectos de la legislación DISC al establecer un régimen totalmente diferente que sería compatible con todas las normas aplicables del GATT. A este respecto, los tribunales de los Estados Unidos han reconocido que el programa relativo a las EVE es menos favorable para las empresas que el régimen DISC. Véase, por ejemplo, *McCoy Enterprises v. Commissioner*, 64 T.C.M. (CCH) 1449 (1992) (copia adjunta como Prueba 16 de los EE.UU.).

¹⁶⁴ *General Explanation*, página 1042. En el apéndice A de la presente comunicación se ofrece una descripción detallada de la legislación sobre las EVE.

¹⁶⁵ Esos ingresos están por lo general exentos de tributar en virtud del artículo 882 del Código de Rentas Internas. Véase Prueba 1 de las CE.

4.337 La *General Explanation* explica además que se permite una exención fiscal de conformidad con las normas del GATT:

solamente en el caso de que las actividades económicas que dan lugar a los ingresos se desarrollen fuera de los Estados Unidos. A la luz de esas normas, la Ley dispone que una EVE debe tener una presencia en el extranjero, que debe tener solvencia económica y que las actividades relacionadas con sus ingresos de exportación se realicen fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos. Además, los ingresos de la EVE deben determinarse de conformidad con precios de transferencia que se especifican en la Ley: ya sean precios efectivos de ventas realizadas entre partes no vinculadas entre sí e independientes, ya, si las ventas se realizan entre partes vinculadas, precios fórmula determinados para cumplir la prescripción del GATT relativa a la fijación de precios en condiciones de plena competencia.¹⁶⁶

4.338 Es evidente que la legislación sobre las EVE difiere considerablemente de la DISC en aspectos muy fundamentales que tratan de ajustarse a los principios articulados en la Decisión del Consejo de 1981 y, ahora, al Acuerdo SMC. A diferencia de una empresa DISC, que es una empresa de los Estados Unidos, una EVE debe estar constituida fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos en una jurisdicción que cumpla las condiciones de los EE.UU. relativas al intercambio de información sobre cuestiones fiscales.¹⁶⁷ En contraste con una empresa DISC, una EVE debe tener una oficina en el extranjero y mantener un conjunto de libros de contabilidad permanentes en dicha oficina, lo que convierte a la EVE en algo equivalente a una sucursal extranjera o un establecimiento permanente.¹⁶⁸ A diferencia de una empresa DISC, que no era una entidad imponible, la EVE presenta una declaración de impuestos y paga los impuestos por separado, inclusive los impuestos estimados, sobre una proporción considerable de sus ingresos.¹⁶⁹ Además, una EVE está obligada por ley a responder jurídica y financieramente respecto de ciertas actividades económicas cruciales realizadas fuera de los Estados Unidos. Solamente en el caso de que una EVE cumpla todos esos requisitos podrá acogerse a las disposiciones de exención de impuestos sobre los ingresos atribuibles a aquellas actividades económicas extranjeras, de acuerdo con lo permitido por la Decisión del Consejo de 1981 y el Acuerdo SMC.

¹⁶⁶ *General Explanation*, páginas 1042-1043.

¹⁶⁷ Los siguientes países de las Comunidades Europeas se consideran lugares adecuados para una EVE: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Países Bajos y Suecia. Notice 84-15, 1984-2 C.B. 474 (se adjunta copia como Prueba 6 de los EE.UU.). Los Países Bajos y Bélgica, en particular, han atraído activamente a las EVE.

¹⁶⁸ La *General Explanation*, en su página 1044, dice que "para cumplir [el requisito de tener una oficina y libros contables fuera de los Estados Unidos], la intención del Congreso era que la oficina realizase actividades comparables a las de un 'establecimiento permanente' de acuerdo con los conceptos de un tratado sobre impuestos sobre la renta". La expresión "establecimiento permanente" es una expresión internacional utilizada para describir una sucursal extranjera que puede estar sujeta a impuestos en el país (anfitrión) que sea origen de los ingresos de conformidad con principios de tratados fiscales. No es necesario examinar en este momento las prescripciones técnicas de un establecimiento permanente, ya que el Congreso no pretendía que las empresas EVE tuvieran que cumplir todos los requisitos aplicables a un establecimiento permanente.

¹⁶⁹ Una empresa EVE deberá pagar una sanción por pago insuficiente respecto de impuestos estimados incluso cuando la EVE y su proveedor hayan hecho un pago excesivo de impuestos. Como la EVE y su proveedor son dos contribuyentes separados, no existe una conexión de pago de impuestos estimados entre ambos. De esta manera, se respeta la independencia de la EVE.

Las EVE son empresas extranjeras legítimas en funcionamiento

4.339 El Congreso dispuso que una EVE debe ser una empresa extranjera constituida fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos.¹⁷⁰ Como ya se ha señalado, de acuerdo con la legislación de los Estados Unidos se considera empresa extranjera la que se constituya según la legislación de una jurisdicción fuera de los cincuenta estados y el Distrito de Columbia. La afirmación de las Comunidades Europeas de que las EVE son ficticias y no auténticas empresas extranjeras no está, por consiguiente, avalada por los hechos.¹⁷¹

4.340 Efectivamente, al promulgar las disposiciones sobre las EVE, el Congreso añadió requisitos que son más rigurosos que los que de ordinario se imponen en la legislación fiscal de los Estados Unidos para el reconocimiento de una empresa extranjera. Si bien normalmente los Estados Unidos no imponen requisitos relativos a la gestión y el control, que son conceptos fundamentales para reconocer la legitimidad de entidades independientes en el marco de muchos regímenes fiscales, la ley obliga a que una EVE tenga una junta directiva que incluya por lo menos a una persona que no es residente de los Estados Unidos.¹⁷² Además, las reuniones de la junta directiva y de los accionistas de una EVE deben celebrarse fuera de los Estados Unidos.¹⁷³ Por otra parte, además, la cuenta bancaria principal de la EVE debe estar constituida en un país extranjero habilitado para ello y todos los dividendos, cargas legales y contables, salarios de los funcionarios y honorarios de los directores deben cargarse a cuentas bancarias constituidas fuera de los Estados Unidos.¹⁷⁴

4.341 Por ley, una EVE debe tener atributos comparables a los de un "establecimiento permanente" o una sucursal extranjera.¹⁷⁵ Todas las EVE incurren en gastos administrativos, incluidos -como mínimo- los gastos de registro de la empresa, así como los gastos de contabilidad, legales y de gestión.¹⁷⁶ Una EVE debe presentar su propia declaración de impuestos y pagar sus propios impuestos al Gobierno federal de los Estados Unidos y a cualquier otra autoridad fiscal que sea del

¹⁷⁰ *Senate Print* N° 98-169, página 636 ("*Senate Print*") (se adjunta copia como Prueba 11 de los EE.UU.).

¹⁷¹ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 35, 39, 42.

¹⁷² IRC, artículo 922 a) 1) E).

¹⁷³ IRC, artículo 924 c) l)

¹⁷⁴ IRC, artículo 924 c) 3).

¹⁷⁵ *Senate Print*, página 637.

¹⁷⁶ La insinuación de las Comunidades Europeas de que las EVE son empresas ficticias porque sus costos iniciales son relativamente bajos llama a engaño. De hecho, es relativamente barato constituir empresas, por lo general. Las Comunidades Europeas en cambio no reconocen que los costos de gestionar una empresa EVE son considerables.

caso.¹⁷⁷ Efectivamente, diversas decisiones judiciales de los Estados Unidos han confirmado la condición de las EVE como auténticas empresas extranjeras a efectos fiscales.¹⁷⁸

4.342 Las reuniones corporativas de una EVE deben cumplir los requisitos de la jurisdicción en la que esté ubicada. Si la jurisdicción en que está registrada una EVE dispone que las reuniones corporativas se celebren físicamente en aquella ubicación, esas reuniones deberán celebrarse allí.¹⁷⁹ Las normas de las EVE que obligan al cumplimiento de esos mandatos se aplican en los Estados Unidos mediante auditorías periódicas de las declaraciones de impuestos de las EVE a cargo del Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos.

Las EVE están obligadas a ser responsables de todas las funciones de distribución y a desempeñar una parte considerable de ellas fuera de los Estados Unidos

4.343 Toda EVE debe realizar por sí misma o sufragar las actividades económicas relacionadas con la transacción de exportación que sea del caso. Por ley, a fin de poder gozar de la exención fiscal parcial, una EVE que aplique las normas de fijación administrativa de precios debe realizar, contratar o sufragar la realización de *todas* las actividades de distribución atribuibles a la operación de exportación.¹⁸⁰ Entre estas se cuentan las actividades de oferta (distintas de la publicidad) y la negociación o concertación del contrato de la operación de exportación correspondiente de la EVE. Por lo menos una de estas tres importantes actividades debe llevarse a cabo fuera de los Estados Unidos. Además, la EVE debe hacerse cargo de todas las actividades de distribución que se indican seguidamente:

¹⁷⁷ Nótese que toda empresa constituida en una posesión de los Estados Unidos se considera por lo general una empresa extranjera a efectos de la legislación fiscal estadounidense. Véase IRC, artículo 7701 a) 4) y 9). De hecho, las Islas Vírgenes de los Estados Unidos, en donde tienen su sede muchas EVE, han recaudado más de 68 millones de dólares en concepto de impuestos de las empresas EVE ubicadas en su jurisdicción. Aunque las Islas Vírgenes de los Estados Unidos son una posesión estadounidense, se encuentran fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos y son una jurisdicción fiscal aparte de los Estados Unidos, al igual que muchas posesiones y territorios de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

¹⁷⁸ En diversas ocasiones, ciertos estados de la Unión han intentado gravar los ingresos extranjeros de una EVE basándose en la teoría de que las EVE son empresas ficticias que deben pagar impuestos como si fueran operaciones internas de sus empresas matrices. Esas teorías han sido rechazadas por tribunales de los estados y organismos administrativos, los cuales han sostenido que las EVE son empresas extranjeras auténticas sobre las que no pueden ejercer jurisdicción fiscal aquellos estados. Véase, por ejemplo, *SLI International Corporation v. Crystal*, 236 Conn. 156 (27 de febrero de 1996) (se adjunta copia como Prueba 13 de los EE.UU.) (se dictamina que una empresa que cumpla los requisitos federales de las EVE tiene un propósito comercial y económico válido y mantiene una relación de plena competencia respecto de su matriz y de otras filiales); véase también *Kimberly-Clark Corporation v. Wisconsin Department of Revenue*, 1994 Wisc. Tax LEXIS 13 (Wisconsin Tax Appeals Commission, 12 de abril de 1994) ("*Kimberly-Clark*") (se adjunta copia como Prueba 14 de los EE.UU.). Asimismo, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha mantenido invariablemente que una entidad constituida con el fin de obtener una ventaja fiscal o de otro tipo debe tratarse como entidad comercial separada. Por ejemplo, en *Hospital Corp. of America v. Commissioner*, 81 T.C. 520 (1983) (se adjunta copia como Prueba 15 de los EE.UU.), el Tribunal Fiscal de los Estados Unidos reconoció a una empresa de las Islas Caimán como entidad separada y le atribuyó ingresos de conformidad con las actividades económicas realizadas fuera de los Estados Unidos.

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, *Kimberly-Clark*; y *Advisory Opinion - Petition N° C880726A*, 1989 N.Y. Tax LEXIS 123 (Estado de Nueva York - Commissioner of Taxation and Finance, 31 de enero de 1989) (se adjunta copia como Prueba 17 de los EE.UU.).

¹⁸⁰ IRC, artículo 925 c).

- a) publicidad y promoción de ventas;
- b) trámite de los pedidos de los clientes y disposiciones para la entrega de los productos;
- c) transporte de las mercancías comprendidas en la operación a los locales del cliente;
- d) establecimiento y envío de la factura o del estado de cuenta definitivos, y recepción del pago; y
- e) asunción del riesgo crediticio.¹⁸¹

4.344 Además, la EVE debe efectuar fuera de los Estados Unidos por lo menos el 50 por ciento de los gastos directos totales de las cinco actividades mencionadas, o el 85 por ciento de los gastos directos totales relacionados con dos de las cinco actividades.¹⁸²

4.345 Como el propósito de las normas sobre las EVE es el de atribuir a estas empresas las actividades que tienen lugar fuera del territorio de los Estados Unidos, la legislación sobre las EVE dispone que la EVE sea responsable de esas actividades. Las normas no exigen que la EVE desarrolle todas esas actividades por sí misma mediante sus propios empleados. Se les permite, en cambio, que las desempeñe un agente contratado por la empresa. Ésta, sin embargo, debe pagar todas esas actividades. Las normas reflejan la voluntad del Congreso de que la EVE reproduzca los resultados de una exención territorial, para lo cual exige que la empresa asuma la responsabilidad económica de *todas* las actividades económicas extranjeras que entrañe la transacción, independientemente de quien ejecute ésta.

4.346 El Congreso concibió el programa relativo a las EVE para aislar todas las actividades económicas extranjeras realizadas fuera del territorio de los Estados Unidos, tanto si la transacción de exportación se refiere a una venta, a un arrendamiento o a la prestación de servicios. Si se trata de una venta, la empresa matriz estadounidense debe producir el producto o servicio objeto de la transacción; no se permite que sean las EVE las que lo hagan. La empresa matriz estadounidense debe elegir entre vender el producto a la EVE, la cual a su vez lo revenderá al cliente, y venderlo directamente al cliente, en cuyo caso la EVE actuará como agente comisionista, sin pretender jamás la propiedad del producto. Si se trata de un arrendamiento, o de un servicio, la EVE debe desempeñar por sí misma, o sufragar, las funciones de intermediaria necesarias para completar la transacción. En cualquiera de esos casos, la EVE está obligada por ley a asumir la responsabilidad jurídica y económica de las funciones que desempeñe un distribuidor, en tanto que la empresa matriz de los Estados Unidos conserva la responsabilidad por las funciones de productor. La parte de los ingresos correspondiente a la EVE, sobre la base de las funciones de las que es responsable, se calcula utilizando las normas sobre precios de transferencia aplicables. También en este caso el propósito es aislar y atribuir a la EVE los ingresos que en justicia son atribuibles a las actividades económicas realizadas fuera del territorio de los Estados Unidos. Una parte de esos ingresos no tributará si la EVE ha observado todos los requisitos legales.

4.347 Por lo que se refiere a las funciones de que es responsable la EVE, la legislación pertinente dispone que se atribuyan a la EVE esos ingresos con arreglo a uno de tres posibles métodos. En uno de ellos se utilizan los precios realmente percibidos en la operación entre la EVE y el "proveedor vinculado" (es decir, la empresa matriz estadounidense), a reserva de la aplicación de las reglas normales de los Estados Unidos sobre precios de transferencia que figuran en el artículo 482 del

¹⁸¹ IRC, artículo 924 d) y e).

¹⁸² IRC, artículo 924 d).

Código de Rentas Internas.¹⁸³ Los otros dos métodos consisten en la aplicación de normas de fijación administrativa de precios, que asignan a la EVE ya sea el 1,83 por ciento de las entradas brutas por las transacciones que utilicen ese método, ya el 23 por ciento de la renta imponible conjunta ("CTI") de la EVE y su proveedor conexo atribuibles a operaciones que utilicen ese método.¹⁸⁴ El método de atribución de la renta imponible conjunta requiere que se calculen todos los gastos en que hayan incurrido tanto la EVE como su empresa matriz que estén relacionados con las operaciones que sean del caso; esos gastos se restan de los ingresos brutos para calcular la renta imponible conjunta total. De esa suma, un 23 por ciento se asigna a la EVE como distribuidor y un 77 por ciento al productor estadounidense. La EVE sólo puede utilizar las normas administrativas de precios en el caso de operaciones en las que realice, o sufrague, *todas* las funciones de distribuidor antes mencionadas.¹⁸⁵ El Congreso de los Estados Unidos estableció específicamente que esas normas de precios "tienen por objeto cumplir con las prescripciones del GATT sobre fijación de precios en condiciones de plena competencia" y "para aproximarse a la fijación de precios en condiciones de plena competencia".¹⁸⁶

4.348 Por último, la legislación sobre las EVE tiene por objeto evitar la doble imposición de los ingresos por exportación obtenidos fuera de los Estados Unidos al eximir de impuestos a una parte de los ingresos de las EVE. Los ingresos que gozan de esa exención no pueden optar a bonificaciones fiscales por doble imposición utilizando el mecanismo de la bonificación fiscal extranjera.¹⁸⁷

4.349 Así pues, mediante esta combinación de requisitos y de normas sobre precios de transferencia, la legislación sobre las EVE emula el tipo de trato fiscal que recibe una filial de ventas en el extranjero de una empresa manufacturera en el marco de un régimen de ámbito territorial. Al igual que esos regímenes, la legislación sobre las EVE exime de impuestos a los ingresos obtenidos fuera del territorio del país de origen.¹⁸⁸

4.350 Por último, se debe señalar que las Comunidades Europeas exageran extremadamente la cuantía y los efectos de la reducción fiscal que proporciona la legislación sobre las EVE. En el párrafo 100 de la primera comunicación de las Comunidades Europeas, la Comisión Europea señala correctamente, sobre la base del informe del Tesoro de los Estados Unidos de 1997 (Prueba 5 de las CE) que la legislación sobre las EVE originó una reducción de ingresos de 1.380 millones de dólares en el año civil 1992. No obstante, las Comunidades Europeas ocultan al Grupo Especial datos que ponen en perspectiva esa cifra. Concretamente, los "gastos" por valor de 1.380 millones de dólares de todas las EVE corresponden a los ingresos brutos de 152.263 millones de dólares en el mismo período.¹⁸⁹ Tomando en conjunto esas cifras en términos *ad valorem*, la cuantía resultante es el 0,93 por ciento *ad valorem*.¹⁹⁰ En otras palabras, incluso asumiendo, en aras de la argumentación,

¹⁸³ Prueba 1 de las CE.

¹⁸⁴ IRC, artículo 925 a).

¹⁸⁵ IRC, artículo 925 c)

¹⁸⁶ *General Explanation*, páginas 1042-1043, 1054.

¹⁸⁷ IRC, artículos 901 h) y 906 b) 5).

¹⁸⁸ Al igual que en un régimen territorial, la legislación sobre las EVE otorga a los accionistas una exención fiscal de los dividendos recibidos por la empresa matriz en concepto de ingresos por operaciones extranjeras.

¹⁸⁹ Prueba 5 de las CE, cuadro 6-4, página 23.

¹⁹⁰ De hecho, en el supuesto, en aras de la argumentación, de que las normas administrativas de precios de la legislación sobre las EVE otorguen una subvención, esta cifra exagera la cuantía del "beneficio". En la

que la legislación sobre las EVE constituye una subvención, cualquier "beneficio" que otorgue es inferior al 1 por ciento *ad valorem*. De la misma manera, si bien las Comunidades Europeas citan correctamente la estimación del Tesoro de que las EVE incrementaron las exportaciones de los Estados Unidos aproximadamente en 1.500 millones de dólares en 1992¹⁹¹, las Comunidades Europeas omiten el hecho de que ese incremento estimado constituyó un incremento de las exportaciones de tan sólo el 0,3 por ciento.¹⁹²

El régimen de las EVE no es una subvención a la exportación

Introducción

4.351 Las Comunidades Europeas aducen dos argumentos básicos en apoyo de su afirmación de que el programa relativo a las EVE constituye una subvención a la exportación prohibida que infringe el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC. En primer lugar, las Comunidades Europeas afirman que la exención fiscal en virtud del programa relativo a las EVE es por sí misma una subvención prohibida a la exportación. Segundo, las Comunidades Europeas sostienen que las normas de fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE otorgan una subvención adicional a la exportación porque presuntamente disminuyen la carga fiscal que en otro caso se impondría, presumiblemente al asignar demasiados ingresos a las EVE. El primer argumento es una proposición incorrecta en términos jurídicos; el segundo, además de ser jurídicamente defectuoso, carece de fundamento en los hechos.

4.352 Los Estados Unidos abordan en primer lugar el primero de los argumentos de las Comunidades Europeas, a saber, que la exención fiscal parcial del programa relativo a las EVE es una subvención a la exportación. Esa posición no tiene defensa, en términos jurídicos, porque pasa por alto la disposición específica del Acuerdo SMC que contiene el criterio jurídico rector aplicable a su afirmación: la nota de pie de página 59 y los principios sobre subvenciones del GATT que aquella consagra. La nota de pie de página 59 confirma que no es necesario gravar los ingresos generados por actividades económicas realizadas fuera del territorio de la autoridad fiscal, y que la decisión de no gravar esos ingresos no constituye una subvención prohibida. Este principio, que data de la prohibición original del GATT de las subvenciones a la exportación y que se articula en la decisión de 1981 del Consejo del GATT, establece claramente que una exención fiscal de esa naturaleza no viola el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3.¹⁹³ El programa relativo a las EVE se concibió expresamente para eximir a los ingresos procedentes de actividades económicas en el extranjero. Al hacerlo, es totalmente compatible con las normas y principios de la OMC.

cifra del 0,93 por ciento se incluyen datos de las EVE que utilizan el método del artículo 482 para la atribución de beneficios, método que, según han reconocido las Comunidades Europeas, no constituye una subvención. Así pues, cualquier presunto "beneficio" conferido por las normas para la fijación administrativa de precios sería una fracción del 0,93 por ciento.

¹⁹¹ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 106.

¹⁹² Prueba 5 de las CE, página 14. Las Comunidades Europeas también omiten la siguiente conclusión del Tesoro: "En varias industrias, los beneficios de la legislación sobre las EVE fueron tan pequeños en relación con el valor total de las exportaciones, que se estima que los efectos adversos del tipo de cambio superan a los beneficios del programa de las EVE. En el caso de esas industrias, el programa EVE tiene un pequeño efecto *adverso* en las exportaciones". *Id.* (cursivas añadidas).

¹⁹³ Por esas mismas razones, la exención de los ingresos de origen extranjero respecto de los impuestos directos no constituye en absoluto una subvención. En la medida en que la exención fiscal en virtud del programa relativo a las EVE no es una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, no constituye una subvención prohibida en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 ni de ninguna otra disposición del Acuerdo SMC.

4.353 Pasan seguidamente los Estados Unidos a la segunda alegación de las Comunidades Europeas, a saber, que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE confieren por separado una subvención prohibida al desviar, o atribuir indebidamente, ingresos.

4.354 En primer lugar, desde un punto de vista jurídico, las Comunidades Europeas interpretan equivocadamente la disposición pertinente del Acuerdo SMC y basan toda su argumentación en esa premisa errónea. La nota de pie de página 59, que es la disposición aplicable del Acuerdo, dispone que los Miembros de la OMC pueden atribuir ingresos procedentes de transacciones de exportación para distinguir los ingresos derivados de actividades económicas realizadas fuera de su territorio de los ingresos derivados de actividades económicas en su propio territorio. La nota de pie de página 59 dispone claramente que, al hacer esas atribuciones, los Miembros tienen libertad para utilizar prácticas administrativas o de otra clase. En consecuencia, los Miembros disponen de un amplio campo de maniobra para decidir qué prácticas administrativas aplicar, a condición de que la atribución general de ingresos se aproxime a las condiciones de plena competencia y no constituya una "importante economía" de impuestos directos en transacciones de exportación.

4.355 Las Comunidades Europeas exponen erróneamente esa norma, dando por supuesto, en cambio, que existe una subvención prohibida, por definición, porque la EVE no realiza suficientes actividades por sí misma para obtener los ingresos que se le atribuyen de acuerdo con las normas de fijación administrativa de precios, o porque la utilización de una norma de fijación administrativa de precios puede, en operaciones determinadas, producir resultados diferentes del resultado que el artículo 482 podría producir en la misma transacción. Este argumento *ipso facto* pasa por alto el hecho de que el propósito de la nota de pie de página 59 es disciplinar la asignación de ingresos para no exagerar los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero y de esa manera otorgar una subvención al eximir de impuestos a ingresos generados por actividades realizadas en el territorio de la autoridad fiscal. Al limitarse a afirmar que en determinadas operaciones la aplicación de las normas administrativas produce resultados que son diferentes de los que se obtendrían si no se dispusiera de aquellas normas, las Comunidades Europeas no captan el sentido de lo que se proponen la nota de pie de página 59 ni las disposiciones sobre las EVE.

4.356 De hecho, los resultados obtenidos por la legislación sobre las EVE -de la que las normas de fijación administrativa de precios son tan sólo una parte- atribuyen debidamente a las EVE los ingresos atribuibles a actividades económicas realizadas fuera del territorio de los Estados Unidos. Cuando el Congreso de los Estados Unidos elaboró la legislación sobre las EVE tenía la intención explícita de aplicar la Decisión del Consejo de 1981, que confirmó que las Partes Contratantes del GATT podían eximir de impuestos a los ingresos debidamente atribuibles a actividades económicas en el extranjero. Al hacerlo así, el Congreso trató de reproducir características de un sistema fiscal de ámbito territorial. Como el régimen fiscal de los Estados Unidos se basa en la residencia, el Congreso consiguió ese resultado utilizando una entidad extranjera *bona fide*, la EVE, así como 1) exigiendo que la EVE realice o contrate y sufrague todas las actividades de distribución atribuibles a exportaciones, una parte considerable de las cuales deberán realizarse fuera de los Estados Unidos, y 2) reconociendo a la EVE la realización efectiva de las actividades económicas extranjeras de una transacción de exportación, tanto si las realiza directamente la EVE como si lo hace mediante un agente, incluido un proveedor vinculado bajo contrato.

4.357 Con miras a garantizar que las actividades en el extranjero de las EVE y de sus proveedores vinculados justifiquen la exención fiscal limitada que otorga el programa relativo a las EVE, el Congreso impuso diversos requisitos que deben observarse conjuntamente con las normas de fijación administrativa de precios establecidas por ley. En particular, el estatuto de las EVE:

- prescribe que las EVE sean entidades empresariales registradas en el extranjero;

- prescribe que las EVE estén dirigidas en el extranjero y que desarrollen las actividades prescritas fuera de los Estados Unidos;
- atribuye todas las actividades de distribución y venta (que incluye a todas las actividades económicas en el extranjero) a la EVE (incluso en el caso de que las realice en el extranjero la empresa matriz de la EVE);
- limita el porcentaje de ingresos o beneficios que pueden asignarse a la EVE; y
- considera además que, a efectos de la exención fiscal de la EVE, sólo tenga derecho a acogerse a la exención fiscal una fracción de los ingresos atribuibles a la EVE.

4.358 El efecto de esas disposiciones, consideradas en su conjunto, es calcular aproximadamente -o incluso por lo bajo- los ingresos atribuibles a las actividades económicas en el extranjero. Más aún, en ningún caso contribuyen las normas sobre las EVE a obtener "una importante economía" de impuestos sobre los ingresos atribuibles a actividades económicas que se realicen *dentro* de los Estados Unidos.

4.359 En consecuencia, las disposiciones sobre las EVE se ajustan plenamente a las normas enunciadas en la nota de pie de página 59. En particular, el efecto de la legislación sobre las EVE es el de eximir de impuestos a los ingresos generados por actividades económicas en el extranjero. El resultado, tal como se pretendía, reproduce los resultados de un sistema fiscal de ámbito territorial y es enteramente compatible con las normas establecidas en el Acuerdo SMC.

4.360 Los argumentos de las Comunidades Europeas no abordan la cuestión de si la exención aplicable a las EVE se refiere a actividades económicas extranjeras, y la primera comunicación de las Comunidades Europeas no ofrece pruebas documentales que indiquen que no es así. En lugar de ello, las Comunidades Europeas invocan una norma legal errónea y afirman que, por definición, la EVE no la cumple. En consecuencia, las Comunidades Europeas no han logrado presentar una presunción de infracción. Y todavía menos han logrado demostrar la existencia de una "importante economía" de impuestos directos en el sentido de la nota de pie de página 59.

De acuerdo con las disposiciones rectoras de la OMC, la decisión de eximir de impuestos a ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero no constituye una subvención prohibida a la exportación

4.361 Implícita en el primer argumento de las Comunidades Europeas existe una proposición extraordinaria, a saber, que las normas de la OMC *obligan* a los Miembros a gravar ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero.¹⁹⁴ Sin embargo, las disposiciones pertinentes

¹⁹⁴ Las Comunidades Europeas definen la exención fiscal de que se trata en el presente caso afirmando que se compone de tres partes:

- La exclusión de los "ingresos del comercio exterior" de las EVE de las disposiciones sobre empresas extranjeras contenidas en la subparte F del Código de Rentas Internas (IRC, artículos 951 e) y 954 d)-e).
- La exención de impuestos de los Estados Unidos que en otro caso habrían de tributarse sobre "los ingresos de comercio exterior eximidos" de la EVE (IRC, artículo 921 a)).
- El hecho de que se otorga a la empresa matriz de la EVE una deducción del 100 por ciento (es decir, una exención de impuestos de los Estados Unidos) aplicable a los dividendos recibidos

del Acuerdo SMC, debidamente interpretadas, refutan el argumento de las Comunidades Europeas y dejan bien en claro que la exención fiscal aplicada a ciertos ingresos de transacciones de exportación de las EVE no está prohibida *per se*. De hecho, si las normas de la OMC fueran tal como las Comunidades Europeas las interpretan, los regímenes fiscales de algunos miembros de las Comunidades Europeas estarían infringiendo el Acuerdo SMC.

La nota de pie de página 59 consagra el principio de que los Miembros de la OMC no están obligados a gravar ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero

4.362 En la parte pertinente del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC se dispone que "las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas: a) las subvenciones supeditadas *de jure* 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". El Anexo I (la "Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación"), a su vez, da contenido específico a las disposiciones a las que está anexo. La Lista ilustrativa, compuesta por 12 párrafos, individualiza prácticas que entran, o no, en el ámbito de la prohibición del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3. En la nota 5 a pie de página del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 se dice claramente que las prácticas individualizadas en la Lista ilustrativa, al *no* constituir una subvención a la exportación no están prohibidas en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3.

4.363 Por consiguiente, si la Lista ilustrativa considera que una medida es una subvención a la exportación, está prohibida. En caso contrario, si la Lista considera que la medida no es una subvención a la exportación, no está prohibida. No se necesitan más análisis para descubrir el significado del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 por lo que se refiere a las medidas incluidas en la Lista ilustrativa.

4.364 Las Comunidades Europeas han citado el punto e) de la Lista ilustrativa en apoyo de su argumento de que el programa relativo a las EVE es una subvención a la exportación prohibida. El párrafo e) establece la regla general de que "la exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos" constituye una subvención a la exportación. Sin embargo, la nota de pie de página 59 relativa al párrafo e) determina el ámbito de aquel párrafo y aclara que eximir del pago de impuestos directos a los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero no es una subvención a la exportación prohibida.¹⁹⁵

en concepto de "beneficios o utilidades atribuibles a ingresos de comercio exterior" de la EVE (IRC, artículo 245 c), junto con IRC, artículo 926 a)).

Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 125. Los Estados Unidos también incluyen en su definición de "exención" tal como se emplea en la presente comunicación, esos tres componentes (inaplicabilidad de la subparte F, exención de una parte de los ingresos de comercio exterior, y deducción de los dividendos recibidos). Ahora bien, los Estados Unidos discrepan de la apreciación que hacen las Comunidades Europeas del segundo componente como exención de impuestos "que en otro caso se percibirían". Como se expone más adelante, como no existe ninguna prescripción de la OMC que obligue a los Estados Unidos a gravar ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero, la exención fiscal parcial de esos ingresos no puede considerarse como condonación de impuestos que "en otro caso se percibirían".

¹⁹⁵ A este respecto, el Órgano de Apelación ha determinado que, cuando las cuestiones sometidas a un Grupo Especial hacen referencia a dos disposiciones, el Grupo deberá examinar primeramente la disposición que sea más específica. *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 204. El razonamiento del Órgano de Apelación en este caso se deriva del principio interpretativo de *generalia specialibus*, según el cual "una cuestión regida por una disposición específica, que la trata como tal, se extrae del ámbito de la disposición general que trata la categoría de temas a que pertenece aquella cuestión y que

4.365 La nota de pie de página 59 expone, entre otras cosas, las reglas generales para atribuir ingresos a actividades económicas realizadas fuera del territorio de la autoridad fiscal. Según la nota de pie de página 59, cuando se atribuyen ingresos entre partes vinculadas, debe hacerse de conformidad con el principio de la plena competencia: "Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en operaciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia". En la nota de pie de página 59 se dispone además que todo Miembro de la OMC "podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación".

4.366 El corolario forzoso de la nota de pie de página 59 es que los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero pueden estar exentos del pago de impuestos directos. Si no fuera así, no tendría aplicación el principio de las condiciones de plena competencia. El principio de la plena competencia impide que se transfieran impropriamente ingresos entre partes o funciones. En el contexto de las transacciones de exportación, el principio se centra en garantizar que los ingresos debidamente atribuibles a actividades económicas realizadas *dentro* de la jurisdicción fiscal no se desvíen a otra jurisdicción. Si se interpretara el Acuerdo SMC en el sentido de que los ingresos atribuibles a actividades económicas tanto en el extranjero como en el país fueran gravadas por la autoridad fiscal, no tendría importancia la desviación de ingresos entre partes vinculadas (ya que no se obtendría ventaja fiscal alguna) y quedarían desprovistas de sentido las partes pertinentes de la nota de pie de página.¹⁹⁶ Por lo tanto, en la nota de pie de página 59 está implícito el ya antiguo principio de que no es obligatorio gravar los ingresos procedentes de actividades económicas realizadas en el extranjero.

El principio subyacente en la nota de pie de página 59 está bien establecido

4.367 El principio subyacente en la nota de pie de página 59 -de que no es obligatorio gravar los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero- está bien establecido y refleja las opiniones que desde hace mucho tiempo mantienen las Partes Contratantes del GATT y los Miembros de la OMC, en particular los Miembros europeos. No sólo los Miembros se han basado en este principio, sino que ha sido un elemento central de las propuestas que varios países han formulado en el curso de la elaboración y la evolución de la Lista ilustrativa. Esa historia, que se resume seguidamente, confirma que los Miembros de la OMC, al igual que las Partes Contratantes del GATT antes que ellos, nunca tuvieron la intención de que una decisión de eximir de impuestos a ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero se considerara una subvención a la exportación.

4.368 La prohibición original de las subvenciones a la exportación se recogió en el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. En su versión original, el artículo XVI no trataba de las subvenciones a la exportación. Como el artículo XVI era insuficiente en este y en una serie de otros

en otro caso podría regirla como parte de dicha categoría", Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points*, 1957 British Y.B. Int'l L. 236 (se adjunta copia como Prueba 7 de los EE.UU.). En consecuencia, los Estados Unidos abordan primeramente el párrafo e) y la nota de pie de página 59, que son las disposiciones del Acuerdo SMC que más específicamente tratan una medida fiscal como el programa relativo a las EVE.

¹⁹⁶ Ese resultado, naturalmente, es permisible en el marco del derecho internacional público. "El intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado". *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 29 de abril de 1996, página 27 ("*Gasolina reformulada*"); véase también *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 4 de octubre de 1996, página 15 ("*Bebidas alcohólicas*") (idéntico).

aspectos importantes, las Partes Contratantes decidieron renegociar y modificar la disposición. La actual parte B del artículo XVI, que aborda la cuestión de las subvenciones a la exportación, se añadió en 1955 y en 1957 entró en vigor para las partes que aceptaron sus obligaciones.¹⁹⁷ La revisión consistió en añadir un nuevo párrafo 4, en el que se dispone que "a partir del 1º de enero de 1958 o lo más pronto posible después de esta fecha, las partes contratantes dejarán de conceder directa o indirectamente toda subvención, de cualquier naturaleza que sea, a la exportación de cualquier producto que no sea un producto primario [...]".¹⁹⁸

4.369 El 19 de noviembre de 1960, un cierto número de Partes Contratantes del GATT acordaron hacer una declaración que hizo efectiva por vez primera la aplicación del párrafo 4 del artículo XVI.¹⁹⁹ Acompañó a la declaración el informe de un grupo de trabajo que incluía lo que se convertiría en la primera Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación.²⁰⁰ En la lista, propuesta por Francia, se explicaba que "se considerarán en general a estas prácticas como subvenciones en el sentido del apartado 4 del artículo XVI [...]".²⁰¹ En el párrafo c) de la lista -que es el precursor del párrafo e) del Anexo I del Acuerdo SMC- se decía que "[la] exoneración de los impuestos directos [...] concedida a las empresas industriales y comerciales para las exportaciones" debía considerarse una subvención a la exportación.²⁰²

4.370 Es evidente que el propósito de aquel párrafo c) no era prohibir a las partes contratantes eximir de impuestos a los ingresos atribuibles a operaciones económicas en el extranjero. Así puede verse en el hecho de que todas las partes europeas en los asuntos *Legislación fiscal* -Francia, Bélgica y los Países Bajos- aceptaron la declaración.²⁰³ Esos tres Gobiernos europeos tenían a la sazón regímenes fiscales de ámbito territorial o regímenes que contenían características de un sistema de ámbito territorial. Cada uno de aquellos Gobiernos consideraba que los ingresos por ventas en transacciones de exportación eran de carácter extranjero y en consecuencia no imposables, y todos ellos argumentaron en los asuntos *Legislación fiscal* que era sencillamente imposible creer que el párrafo 4 del artículo XVI del GATT prohibiera eximir de impuestos a los ingresos atribuibles a operaciones económicas realizadas en el extranjero y relacionadas con exportaciones desde sus respectivos territorios.²⁰⁴

4.371 En 1979 se pulió todavía más el artículo XVI mediante la adopción del Código de Subvenciones.²⁰⁵ En el artículo 9 del Código de Subvenciones, que prohibía las subvenciones a la exportación de productos no primarios, se hacía referencia a un anexo y se decía que "las prácticas enumeradas en los puntos a) a l) del Anexo constituyen ejemplos de subvenciones a la

¹⁹⁷ IBDD 3S/113 (1955); *Protocol Amending the Preamble and Parts II and III of the GATT, 1955* (Acuerdo N° 33 en App. C), documento L/717 (1957) del GATT.

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ IBDD 9S/33.

²⁰⁰ IBDD 9S/199.

²⁰¹ *Id.*, página 201.

²⁰² *Id.*, página 200.

²⁰³ Véase IBDD 9S/33; véase también J. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, párrafo 15.3, página 374, nota 24 (1969) (Prueba 8 de los EE.UU.).

²⁰⁴ Véase IBDD 23S/127, párrafo 20 (Francia); IBDD 23S/141, párrafo 21 (Bélgica); IBDD 23S/152, párrafo 21 (Países Bajos).

²⁰⁵ IBDD 26S/62.

exportación".²⁰⁶ Titulado "Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación", el anexo era una versión modificada de la Lista ilustrativa de 1960.²⁰⁷

4.372 El punto e) de la Lista ilustrativa de 1979 era una versión revisada del párrafo c) de la lista de 1960. En su párrafo e) se disponía que "la exención, exoneración o aplazamiento total o parcial, concedidos específicamente en función de las exportaciones, de los impuestos directos [...]" es una subvención a la exportación, lenguaje idéntico al que luego se utilizó en el párrafo e) del Anexo I del Acuerdo SMC.

4.373 El párrafo e) contenía asimismo una nota 2 de pie de página, que esencialmente tenía el mismo texto que la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC. En su parte pertinente, la nota 2 decía:

Los signatarios reafirman el principio de que los precios de las mercancías en operaciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a los efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia. Todo signatario podrá señalar a la atención de otro signatario las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. En tales circunstancias, los signatarios normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los signatarios se derivan del Acuerdo General, con inclusión del derecho de consulta establecido en la frase precedente.

El párrafo e) no tiene por objeto coartar a un signatario para adoptar medidas destinadas a evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero devengados por sus empresas o por las empresas de otro signatario.

4.374 La nota de pie de página 2 recogía las preocupaciones que entonces tenían las partes en la diferencia respecto de las conclusiones del Grupo especial en los asuntos *Legislación fiscal*. Por una parte, la nota 2 reconocía el principio de que si los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero quedaban exentos de impuestos directos, la atribución o asignación de esos ingresos debía hacerse sobre la base del principio de plena competencia, preocupación fundamental planteada en aquel momento por los Estados Unidos.²⁰⁸ Por otra parte, reconocía que los países podían designar sus propios regímenes fiscales para evitar la doble imposición de los ingresos, característica primordial de los sistemas fiscales europeos de ámbito territorial entonces impugnados.²⁰⁹ Dicho brevemente, la nota de pie de página 2 se incluyó en el Código de Subvenciones para reconocer y confirmar que las Partes Contratantes del GATT no estaban obligadas a gravar ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero y que eximir de impuestos a esos ingresos no constituiría una

²⁰⁶ *Id.*, página 76.

²⁰⁷ *Id.*, página 89.

²⁰⁸ IBDD 23S/141, párrafo 26.

²⁰⁹ Véase, por ejemplo, IBDD 23S/141, párrafo 20 ("el representante de Francia declaró que el principio de la territorialidad [...] formaba parte de un sistema que respetaba la soberanía fiscal de los Estados y que permitía evitar la doble imposición gracias a la exoneración"). Ni que decir tiene que la evitación de la doble imposición es un principio que también reconoce el régimen fiscal de los Estados Unidos, por ejemplo, en su utilización de los créditos fiscales extranjeros.

subvención a la exportación, a condición de que los ingresos se atribuyeran debidamente entre las actividades internas y en el extranjero cuando en las transacciones de exportación participasen partes vinculadas.

4.375 En 1981, dos años después de haber adoptado el Código de Subvenciones, el Consejo del GATT, al adoptar los informes de los asuntos *Legislación fiscal*, articuló y reiteró explícitamente aquellos principios. La decisión del Consejo dice:

El Consejo adopta estos informes en el entendimiento de que con respecto a estos casos, y de una manera general, *los procesos económicos (incluidas las operaciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General.*²¹⁰

4.376 La decisión añade:

Queda asimismo entendido que el párrafo 4 del artículo XVI exige que se observe la fijación de precios en condiciones de libre competencia, es decir, que los precios de las mercancías en operaciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control que ellas deberán ser, a los efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de libre competencia. Además, el párrafo 4 del artículo XVI no prohíbe la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera.²¹¹

4.377 La Decisión del Consejo de 1981 se hizo eco de la nota de pie de página 2 del Código de Subvenciones. Articuló expresamente lo que estaba implícito en la nota de pie de página 2, es decir, el principio general de que "los procesos económicos (incluidas las operaciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites del país exportador no necesitan ser objeto de imposición por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI". También estableció, sin embargo, que al atribuir ingresos a las actividades económicas realizadas en el extranjero, "[debe observarse] la fijación de precios en condiciones de libre competencia", y reiteró que los artículos aplicables del GATT "no prohíbe[n] la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera". Al confirmar sin ambigüedades que la exención fiscal de los ingresos atribuibles a operaciones económicas en el extranjero no constituye una subvención a la exportación prohibida, la Decisión del Consejo invirtió ciertas conclusiones del Grupo que entendió de los asuntos *Legislación fiscal*.

4.378 La historia culmina en el párrafo e) y la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC. Al incorporar el mismo lenguaje que se había utilizado en el Código de Subvenciones, los redactores del Acuerdo introdujeron en la OMC los antecedentes del trato de exención de impuestos directos otorgado por el GATT a los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero.²¹² El

²¹⁰ IBDD 28S/121 (cursivas añadidas).

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Con excepción de ciertos cambios formales y la eliminación de ciertas disposiciones transitorias, el párrafo e) y la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC son idénticos al párrafo e) y a la nota 2 del Código de Subvenciones. Lo cual no es sorprendente, ya que, si bien otros párrafos de la Lista ilustrativa se debatieron y modificaron en el curso de las negociaciones de la Ronda Uruguay, el párrafo e) no estuvo sujeto a negociación.

lenguaje de la nota de pie de página 59, leído a la luz de una historia que data de la adopción del párrafo 4 del artículo XVI del GATT, pone de manifiesto un constante entendimiento entre las Partes Contratantes del GATT y los Miembros de la OMC en el sentido de que eximir de impuestos directos a ingresos atribuibles a operaciones económicas en el extranjero no constituye *per se* una subvención a la exportación.

El principio articulado en la Decisión del Consejo de 1981 es el que rige en el presente caso

4.379 La Decisión del Consejo de 1981 no sólo informa de la interpretación del Acuerdo SMC y recoge un principio que el GATT mantenía desde mucho tiempo antes, sino que también tiene su propio peso por separado. Como ha explicado el Órgano de Apelación, "[e]l párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el apartado b) iv) del artículo 1 del texto del Anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC traen la historia y la experiencia jurídicas adquiridas en el GATT de 1947 al nuevo ámbito de la OMC, de una manera que garantiza la continuidad y coherencia en una transición fluida a partir del sistema del GATT de 1947".²¹³ El párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC establece que "[s]alvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo".

4.380 La Decisión del Consejo de 1981 constituye la exposición más explícita del principio de que no es necesario gravar los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero. Como contiene razonamientos que el Consejo del GATT refrendó específicamente, equivale a una interpretación autorizada de un Acuerdo de la OMC por la Conferencia Ministerial o el Consejo General, los cuales, de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, "tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales".²¹⁴ Teniendo presente el hecho de que el Consejo del GATT formuló un pronunciamiento específico de principios jurídicos, su declaración constituye una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del apartado b) del párrafo 3 del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* ("*Convención de Viena*") en relación con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT, en su forma modificada por el Código de Subvenciones. Como mínimo, la decisión merece que se le reconozca más peso que a las decisiones del Consejo que se limitan a adoptar el informe de un grupo especial.²¹⁵

4.381 No puede caber duda de que el Consejo del GATT tenía la intención de que su decisión tuviera una aplicación más amplia que la de los casos específicos que entonces tenía planteados. Al articular su decisión, el Consejo declaró: "El Consejo adopta estos informes en el entendimiento de que con respecto a estos casos, *y de una manera general*, los procesos económicos (incluidas las

²¹³ *Bebidas alcohólicas*, página 17.

²¹⁴ Véase también el párrafo 9 del artículo 3 del ESD, en el que se prescribe que "[l]as disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o de un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral".

²¹⁵ El Órgano de Apelación declaró que una decisión de las Partes Contratantes de adoptar un informe de un grupo especial, sin más, no significa forzosamente que las Partes Contratantes "tuvieran la intención de que su decisión constituyera una interpretación definitiva de las disposiciones pertinentes del GATT de 1947", ni "constituía [...] un acuerdo de las Partes Contratantes acerca de la argumentación jurídica de ese informe". *Bebidas alcohólicas*, páginas 16-17. No obstante, una decisión de las Partes Contratantes de adoptar un informe es "una parte importante del acervo del GATT" y esos informes "crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia". *Id.*

operaciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador, no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General" (cursivas añadidas). El Consejo declaró explícitamente que estaba estableciendo un principio que se aplicaría no sólo en los casos planteados en aquel momento, sino también en futuros casos.

4.382 Es evidente que el primer argumento de las Comunidades Europeas -a saber, que la exención fiscal del programa relativo a las EVE es en sí misma una subvención a la exportación prohibida- es incorrecto.²¹⁶ La posición de las Comunidades Europeas está en contradicción directa con la norma rectora que se acaba de examinar. Como observó el Presidente del Consejo del GATT, el principio enunciado en la Decisión del Consejo de 1981 "no quería decir que a las partes que habían suscrito el párrafo 4 del artículo XVI se les prohibiera gravar los beneficios de las operaciones que se realizaran fuera de sus fronteras, sino que significaba únicamente *que no se les exigía que lo hicieran*".²¹⁷ La manera o la medida en que los Miembros de la OMC decidan no gravar esas actividades no tiene importancia. Los Miembros pueden aplicar el principio territorial, limitando su jurisdicción fiscal al borde del agua. En otro caso, los Miembros que aplican un régimen de ámbito mundial, pueden adoptar regímenes de exención, moratoria fiscal o bonificación (o cualquier combinación de esos tres) para lograr el mismo objetivo. Sea cual fuere su forma, la exención fiscal de la totalidad o de una parte de los ingresos generados por actividades económicas en el extranjero no constituye una subvención a la exportación.

Las normas administrativas de fijación de precios del programa relativo a las EVE no constituyen una subvención a la exportación

4.383 La segunda afirmación de las Comunidades Europeas, de que las normas administrativas de fijación de precios en el programa relativo a las EVE crean una subvención a la exportación infringiendo el principio de plena competencia establecido en la nota de pie de página 59, se basa en una fundamental interpretación errónea de la nota y de la reproducción de los conceptos de fiscalidad territorial en el programa relativo a las EVE. Como tal, la segunda alegación de las Comunidades Europeas carece totalmente de fundamentos reales.²¹⁸

4.384 El objeto de la nota de pie de página 59 es garantizar que las atribuciones o asignaciones de ingresos a actividades económicas en el extranjero sean apropiadas y no confieran una subvención al exagerar la atribución de ingresos de manera que los ingresos atribuibles a actividades económicas

²¹⁶ Véase primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 151, 158.

²¹⁷ *Legislación fiscal*, IBDD 28S/121 (cursivas añadidas).

²¹⁸ Primera presentación de las Comunidades Europeas, párrafo 158. Las Comunidades Europeas no discuten los resultados de las normas de fijación de precios del programa relativo a las EVE que se basan en el artículo 482 del Código de Rentas Internas. IRC, artículo 925 a) 3). En lugar de ello, la crítica de las Comunidades Europeas se centra en las normas administrativas de fijación de precios como alternativas al artículo 482. Véase primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 150, 158. A ese respecto, sin embargo, debe reconocerse que un cierto porcentaje de las transacciones de las EVE no utilizan las normas de fijación administrativa de precios, sino que utilizan las normas "no administrativas" ordinarias de precios de transferencia. Aunque ese porcentaje puede ser relativamente pequeño en general, es mucho mayor en algunos sectores industriales que en otros. En la industria aeronáutica, por ejemplo, considerando conjuntamente las ventas de aeronaves y el arrendamiento de aeronaves, los datos de 1992 indican que la fijación de precios de transferencia de acuerdo con el artículo 482 representó aproximadamente el 23 por ciento de los ingresos totales de las EVE exentos de impuestos obtenidos por los fabricantes aeronáuticos de los Estados Unidos en aquel año. Véase Prueba 12 de las CE, página 128.

internas evadan impuestos. De conformidad con la nota de pie de página 59, las prácticas administrativas para asignar ingresos deben ajustarse al principio de la plena competencia y no constituir "una importante economía" de impuestos directos. Las normas de las EVE se concibieron para ajustarse, y se ajustan, a esa norma al establecer una exención territorial para los ingresos atribuibles a funciones de distribuidor realizadas fuera de los Estados Unidos, ya sea directamente por las EVE o por mediación de fabricantes vinculados o terceros bajo contrato, y sufragadas por las EVE.

4.385 Las Comunidades Europeas se equivocan al centrarse exclusivamente en la forma en que se aplican las normas de fijación administrativa de precios en una transacción particular y al insistir en analizar las EVE como entidades empresariales separadas, en lugar de considerarlas un método para asignar ingresos a actividades económicas en el extranjero de conformidad con la norma de la nota de pie de página 59. Al no conseguir presentar prueba alguna pertinente a la norma efectiva contenida en la nota de pie de página 59, las Comunidades Europeas no han presentado ni siquiera un caso *prima facie* para su acusación de que existe una subvención y, de conformidad con los principios de la OMC para la solución de diferencias, los Estados Unidos no están obligados a hacer una refutación.²¹⁹ Pese a ello, los Estados Unidos lo hacen más adelante.

La norma de la nota de pie de página 59 relativa a la plena competencia prueba si se asignan debidamente ingresos a procesos económicos realizados en el extranjero

4.386 Las Comunidades Europeas argumentan que las normas del programa relativo a las EVE de fijación administrativa de precios constituyen por sí mismas subvenciones a la exportación porque presuntamente no calculan adecuadamente "los ingresos normales de la actividad económica de las EVE", se apartan de las "reglas normales de precios de transferencia del artículo 482 del IRC" y no observan el principio de la plena competencia, establecido en la Directrices de la OCDE.²²⁰ Incluso en el caso de que esas afirmaciones fueran ciertas, ninguna de ellas demuestra que las normas del programa relativo a las EVE sobre fijación administrativa de precios constituyen una subvención a la exportación porque las Comunidades Europeas se basan en la norma jurídica equivocada. Lo que importa a los efectos de la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC, no es el determinar si las normas de fijación administrativa de precios producen resultados de responsabilidad fiscal diferentes de los que se obtendrían con la aplicación del artículo 482 o las Directrices de la OCDE. Lo importante es, en cambio, determinar si las normas del programa relativo a las EVE atribuyen debidamente ingresos entre procesos económicos en el extranjero y en el ámbito interno.

4.387 Al evaluar el argumento de las Comunidades Europeas relativo a las normas del programa relativo a las EVE para la fijación administrativa de precios, hay varios aspectos de la nota de pie de página 59 que son importantes. En primer lugar, como ya se ha señalado, la nota de pie de página 59 consagra la norma fundamental del GATT de que no es necesario gravar los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero. Segundo, impone disciplina en cuanto a la aplicación de la norma. Es necesario que exista alguna norma para garantizar que sólo se exime de impuestos a los ingresos atribuibles a procesos económicos en el extranjero relacionados con transacciones de exportación. En otro caso, si se atribuyen erróneamente ingresos imputables a actividades internas, un Miembro podría abusar de los derechos que confiere la nota de pie de página 59. Así pues, en el contexto del presente caso, el principio de la nota de pie de página 59 relativo a la plena competencia exige tan sólo que las normas del programa relativo a las EVE de fijación administrativa de precios atribuyan adecuadamente ingresos por concepto de transacciones de exportación. El propósito del

²¹⁹ Más adelante, los Estados Unidos examinan los principios de la carga de la prueba en cuanto a su aplicación al caso presente.

²²⁰ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 67-72, 93, 150, 158.

principio de la plena competencia en la nota de pie de página 59 no es, como aseveran las Comunidades Europeas, establecer un precio efectivo en determinadas transacciones de exportación (como sería, por ejemplo, el objetivo de una determinación análoga a efectos de valoración en aduana o de medidas antidumping).²²¹ Su propósito es, en cambio, garantizar que se atribuyen ingresos adecuadamente entre actividades realizadas en los Estados Unidos (que son imposables por los Estados Unidos) y actividades realizadas fuera del país (que los Estados Unidos pueden no gravar de acuerdo con las normas de la OMC).

4.388 En tercer lugar, la nota de pie de página 59 permite expresamente a los Miembros de la OMC emplear métodos de fijación administrativa de precios para atribuir ingresos entre procesos económicos internos y en el extranjero. El texto dispone que "todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro *las prácticas administrativas o de otra clase* que puedan infringir" el principio de la plena competencia establecido en la oración anterior de la nota (cursivas añadidas). Lo que ese texto significa claramente es que los Miembros pueden recurrir a prácticas administrativas para atribuir ingresos, siempre y cuando no "infrinjan" el principio de la plena competencia contenido en la nota de pie de página 59 y den por resultado una importante economía de impuestos directos.²²² La nota de pie de página 59 no establece más prescripciones sobre la forma o el fondo de las prácticas que utilicen los Miembros para atribuir ingresos. Esa determinación queda al arbitrio de cada Miembro.

4.389 Además, la nota de pie de página 59 dispone claramente que se permiten las prácticas administrativas que se ajusten a los resultados de plena competencia en términos generales. De acuerdo con la nota de pie de página 59, sólo se puede considerar una posible subvención a la exportación una práctica administrativa o de otra clase "que de[n] por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". La estructura de la tercera oración de la nota de pie de página 59 -utilización del plural con las palabras "impuestos" y "transacciones", y del singular con la palabra "economía"- indica que las atribuciones de ingresos a procesos económicos en el extranjero deben observar el principio de la nota de pie de página 59 de pie de página sobre la plena competencia en cuanto a la media o en el conjunto. Si lo hacen así, queda cumplido el objetivo de aplicar el tipo de impuesto apropiado.

4.390 Las normas o prácticas administrativas se emplean por razones de conveniencia administrativa tanto de los administradores como de los usuarios del sistema. Las normas administrativas evitan la tarea de defender las atribuciones de cada transacción caso por caso. Ahora bien, si se emplean esas prácticas, las resultantes atribuciones en general de ingresos procedentes de procesos económicos internos o extranjeros deben cumplir con el principio de la plena competencia y no dar por resultado ninguna economía de impuestos "importante", que no se podría permitir.²²³

²²¹ A este respecto, a juzgar por una operación de búsqueda mediante computadora en la totalidad de los textos de los Acuerdos de la OMC, la nota de pie de página 59 parece ser la única disposición de los acuerdos de la OMC que emplea en inglés la expresión "arm's length" (plena competencia). Además, utiliza la expresión en el contexto de los "efectos fiscales".

²²² Dado el lenguaje expreso de la nota de pie de página 59, que es la norma aplicable, la afirmación de las Comunidades Europeas de que las normas del programa relativo a las EVE de fijación administrativa de precios no son el tipo de "puerto seguro" que permiten las Directrices de la OCDE, aunque fuera cierta, no tendría pertinencia. Véase primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 87-91.

²²³ Las Comunidades Europeas sostienen que el mero hecho de que las normas del programa relativo a las EVE sobre fijación administrativa de precios reducen los costos de observar los precios de transferencia constituye una subvención a la exportación. Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 142. Esta sorprendente y tajante afirmación crearía desincentivos para una administración fiscal más eficiente, porque sugiere que las medidas adoptadas para reducir las cargas administrativas, tanto para los administradores

4.391 Por último, la nota de pie de página 59 dice que "los precios [...] en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros [...] *deberán ser, a efectos fiscales*, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuasen en condiciones de plena competencia" (cursivas añadidas). Como las partes que actúan en condiciones de plena competencia pueden convenir en una variedad de precios, se acepta que en la esfera fiscal la aplicación del principio de la plena competencia produce un abanico o campo de precios.²²⁴ Los precios que entran en ese campo de variación cumplen la norma de la "plena competencia" y las atribuciones de ingresos de acuerdo con ese campo de variación cumplen, a los efectos de la nota de pie de página 59, el principio de la "plena competencia".

4.392 En su esfuerzo por demostrar que las normas del programa relativo a las EVE sobre fijación administrativa de precios violan el principio de la nota de pie de página 59 sobre la plena competencia, las Comunidades Europeas invocan las Directrices de la OCDE y el artículo 482 del Código de Rentas Internas. Como cuestión de derecho y de interpretación de tratados, ni las Directrices de la OCDE ni la legislación de los Estados Unidos rigen en esta diferencia. No hay nada en la nota de pie de página 59, en la Decisión del Consejo de 1981 ni en ninguna otra disposición del Acuerdo SMC en la que se prescriba que las Directrices de la OCDE o el artículo 482 establecen una norma aplicable a todos los Miembros de la OMC. Es más, si el Grupo Especial declarase que las Directrices de la OCDE son la norma aplicable para calibrar la observancia del principio de plena competencia de la nota de pie de página 59, eso equivaldría a imponer normas de la OCDE al centenar pasado de Miembros de la OMC que nunca se han adherido a esas Directrices. Una medida del Grupo Especial en ese sentido rebasaría claramente el mandato que se le ha confiado en virtud del ESD.²²⁵

4.393 Además, tanto las Directrices como el artículo 482 se refieren a la atribución de beneficios entre entidades vinculadas en operaciones por separado a efectos de la administración fiscal.²²⁶ La norma de la nota de pie de página 59 persigue un fin diferente, a saber, el de que cualesquiera

como para los contribuyentes, podría constituir una subvención en el sentido del Acuerdo SMC. Efectivamente, los contribuyentes estadounidenses que optan por la "deducción estándar" en lugar de las deducciones desglosadas que exigen más trabajo (pero que pueden ahorrar impuestos), se quedarían muy sorprendidos al saber que, al hacerlo, están recibiendo una subvención.

²²⁴ Las Comunidades Europeas reconocen este hecho cuando hacen referencia a las Directrices de la OCDE y al artículo 482. Véase Directrices de la OCDE, párrafo 1.45 ("el precio de transferencia no es una ciencia exacta"). Este concepto está también consagrado en las normas del artículo 482. Véase Treas. Reg. 1.482-1 e) 1), que establece la norma de un "campo de variación de la plena competencia" (Prueba 9 de los EE.UU.).

²²⁵ Véase *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, WT/DS69/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 23 de julio de 1998, párrafos 79-81 (el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas no era un "acuerdo abarcado" y, en consecuencia, no contenía las obligaciones pertinentes de las Comunidades Europeas en virtud del Acuerdo sobre la OMC). A este respecto, aunque los redactores hubieran tenido la intención de que las Directrices de la OCDE rigiesen la aplicación de la nota de pie de página 59, no se podría haber tratado de las Directrices de 1995, ya que esas Directrices no existían todavía cuando el *Acuerdo sobre la OMC* entró en vigor el 1º de enero de 1995.

²²⁶ Véase Directrices de la OCDE, párrafo 1.6 (normas relativas a la asignación de beneficios, y en consecuencia ingresos imposables, entre las empresas que han participado en operaciones entre sí o conjuntamente); y Treas. Reg. 1.482-1 b) 1) (Prueba 9 de los EE.UU.). A este respecto, los Estados Unidos señalan que las normas del programa relativo a las EVE sobre fijación administrativa de precios son más restrictivas que el artículo 482 en un importante y único aspecto. Los reglamentos que aplican el artículo 482 permiten flexibilidad en asignaciones basadas en una evaluación de todos los hechos y circunstancias pertinentes. En contraste, las normas del programa relativo a las EVE sobre precios administrativos *sólo* se aplican si satisfacen los requisitos previos sobre procesos económicos en el extranjero.

prácticas administrativas empleadas por los Miembros al atribuir ingresos entre procesos económicos internos y extranjeros no confiera una subvención a los exportadores al atribuir sistemáticamente en exceso ingresos a procesos económicos en el extranjero de manera tal que de ello resulte una "importante economía" de impuestos en ingresos atribuibles a procesos económicos *internos*.²²⁷

4.394 Para que prospere su alegación de que las normas de fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE no cumplen con el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59, las Comunidades Europeas deben demostrar, como mínimo: 1) que las atribuciones de ingresos entre procesos económicos internos y extranjeros que producen las normas del programa

²²⁷ Por otra parte, varias de las alegaciones de las Comunidades Europeas relativas a la observancia de varios aspectos de las normas del programa relativo a las EVE sobre fijación administrativa de precios respecto de aquellas normas son sencillamente inexactas. Por ejemplo, las Comunidades Europeas alegan que las normas de fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE tienen que ser indebidas simplemente porque permiten agrupar operaciones y determinaciones *ex post facto* respecto del método de fijación de precios elegido. Véase, *por ejemplo*, primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 63, 136. Efectivamente, las Comunidades Europeas declaran que las normas de precios de transferencia estadounidenses en el marco del artículo 482 no permitirían normalmente a una empresa elegir el método. Véase primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 74. Esas alegaciones denotan una fundamental falta de comprensión de las normas de precios de transferencia estadounidenses aplicables a efectos fiscales. Por lo general, no es necesario fijar los precios de transferencia de las diferentes operaciones en el momento en que se ejecutan las operaciones. Los reglamentos fiscales de los Estados Unidos dictados en el marco del artículo 482 disponen que las empresas pueden volver a calcular los precios de transferencia en cualquier momento hasta que se haya de presentar la declaración de impuestos para el año de que se trate. Véase Treas. Reg. 1.482-1 a) 3) (Prueba 9 de los EE.UU.). Además, si una empresa constata que es necesario ajustar su precio de transferencia original de manera que se llegue a un ingreso imponible más elevado, puede volver a calcular el precio en una declaración de impuestos enmendada en cualquier momento antes de que el Servicio de Rentas Internas la cuestione acerca del precio comunicado en un principio. *Id.*; Treas. Reg. 1.6662-6 a) 2) (Prueba 10 de los EE.UU.).

Además, de acuerdo con los reglamentos del artículo 482, las empresas también pueden agrupar los resultados de operaciones a efectos de precios de transferencia, "evaluando los resultados en condiciones de plena competencia al aplicar el método apropiado a los resultados generales por líneas de productos u otras agrupaciones". Treas. Reg artículo 1.482-1 f) 2) iv) (Prueba 9 de los EE.UU.). Esta autorización de agrupar operaciones a efectos de precios de transferencia es similar a la agrupación por líneas de productos que se permite en las normas del programa relativo a las EVE para los precios de transferencia. Véase artículo 927 d) 32).

Por último, las Directrices de la OCDE y las normas de los Estados Unidos abordan otra objeción que hacen las Comunidades Europeas a las normas del régimen de las EVE para la fijación administrativa de precios, a saber, la de que estas normas permiten que las empresas elijan un método de precios de transferencia cuando la práctica normal presuntamente no lo habría permitido. Véase primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 75. Tanto en las Directrices como en los reglamentos del artículo 482 se tratan ampliamente diversos métodos que pueden aceptarse para determinar un precio de transferencia aceptable, y esas listas no son exhaustivas. Los administradores fiscales han reconocido que, para diferentes industrias, diferentes tipos de empresas y diferentes condiciones de comercio, serán más apropiados diferentes métodos. La elección de método en las normas del programa relativo a las EVE sobre fijación de precios de transferencia refleja ese reconocimiento. En términos más generales, los reglamentos del artículo 482 establecen explícitamente que lo importante a efectos de precios de transferencia es el resultado, no el método; mientras el contribuyente haya llegado a un resultado que refleje la plena competencia, no importa de qué manera se llega a ese resultado. Véase Treas. Reg. 1.482-1 f) 2) v) (Prueba 9 de los EE.UU.). A los efectos de cumplir con la norma de plena competencia aplicable a la presente diferencia, también es el resultado lo que importa, no el método. La nota de pie de página 59 exige que las disposiciones fiscales obtengan resultados de plena competencia en el conjunto, a fin de evitar toda importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. Las normas del programa relativo a las EVE relativas a la fijación administrativa de precios son totalmente compatibles con ese criterio.

relativo a las EVE caen fuera del campo de atribuciones comparables entre empresas independientes que actúen en condiciones de plena competencia; y 2) que el resultado de esa mala atribución es una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. En virtud de los principios rectores de la OMC, esa es la norma que se debe cumplir, y lo único que debe investigar el Grupo Especial es si la legislación de las EVE cumple con esa norma.

4.395 Al limitarse a argumentar que las asignaciones entre entidades vinculadas en operaciones particulares pueden no coincidir con el resultado que se alcanzaría aplicando el artículo 482, las Comunidades Europeas no consiguen establecer, como les corresponde en calidad de parte reclamante, un caso *prima facie* de acuerdo con la norma jurídica aplicable. Al centrarse en un análisis de fijación de precios por empresas y por operaciones, las Comunidades Europeas malinterpretan enteramente el objetivo económico y la importancia del programa relativo a las EVE. Ese fallo invalida su alegación.

Los Estados Unidos concibieron el programa relativo a las EVE para reproducir la exención territorial autorizada por la nota de pie de página 59 y de esa manera conformarse al principio de la plena competencia consagrado en aquella nota

4.396 No es sorprendente que las Comunidades Europeas no hayan logrado presentar un caso *prima facie* respecto de las normas del programa relativo a las EVE sobre fijación administrativa de precios. Y no lo es porque el propósito expreso del Congreso de los Estados Unidos al establecer el programa relativo a las EVE era atribuir los ingresos procedentes de transacciones de exportación con objeto de eximir de impuestos a los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero, no a las internas, de conformidad con las normas vigentes del GATT. Como explicó el Comité Conjunto sobre Tributación,

En virtud de las normas del GATT, ningún país está obligado a gravar ingresos procedentes de procesos económicos desarrollados fuera de su territorio. En consecuencia, el Congreso estimó que ciertos ingresos atribuibles a actividades económicas realizadas fuera de los Estados Unidos debían quedar exentos de impuestos con objeto de otorgar a los exportadores estadounidenses un trato comparable al que de ordinario reciben los exportadores en el marco de los sistemas fiscales de ámbito territorial.²²⁸

4.397 El Comité añadió lo siguiente:

[d]e conformidad con las normas del GATT, la exención fiscal de ingresos procedentes de exportaciones se permite *solamente si los procesos económicos que dan lugar a los ingresos se desarrollan fuera de los Estados Unidos*. A la luz de esas normas, la Ley dispone que [...] los ingresos de la EVE deben determinarse de conformidad con los precios de transferencia especificados en la Ley [...] [incluidos] los precios medios según fórmula *cuya finalidad es cumplir con la prescripción del GATT relativa a precios en condiciones de plena competencia*.²²⁹

4.398 Así pues, las normas de las EVE, incluidas las normas para la fijación administrativa de precios, se concibieron específicamente para conseguir el tipo de atribución prescrito en la nota de pie

²²⁸ *General Explanation*, página 1042.

²²⁹ *Id.*, páginas 1042-43 (cursivas añadidas).

de página 59. Las normas de las EVE son la práctica administrativa²³⁰ mediante la cual el Congreso trató de garantizar que solamente los ingresos propiamente atribuibles a procesos económicos desarrollados fuera de los Estados Unidos tuvieran derecho a acogerse a la exención fiscal que otorgaba el programa relativo a las EVE.

4.399 Para lograr el objetivo de eximir de impuestos a los ingresos que son atribuibles a actividades económicas en el extranjero, y en consecuencia proporcionar a los exportadores de los Estados Unidos el mismo trato que reciben los exportadores en el marco de sistemas fiscales de ámbito territorial, el Congreso elaboró normas que son compatibles con los principios básicos y la estructura del sistema fiscal de los Estados Unidos. Para reproducir el efecto de un sistema de ámbito territorial dentro del sistema de los Estados Unidos, el Congreso, por las razones que más abajo se exponen, exigió la constitución de una empresa extranjera, la EVE. El Congreso prescribió que la EVE tendría responsabilidad por todas las funciones de distribuidor, inclusive todas las actividades económicas en el extranjero en una transacción de exportación aplicable, independientemente de que la EVE realice o no esas actividades directamente ella misma o contrate su realización por mediación de un proveedor vinculado u otro agente. Solamente goza de exención fiscal una parte de los ingresos procedentes de esas actividades en el extranjero; el resto es imponible por ser atribuible a actividades de distribución realizadas dentro de los Estados Unidos. Al no examinar ese propósito ni esa estructura, la primera comunicación de las Comunidades Europeas ni siquiera aborda la cuestión de saber si el programa relativo a las EVE cumple con la norma de la nota de pie de página 59.

La estructura de las EVE está determinada por la decisión del Congreso de encuadrarlas en el régimen fiscal de los Estados Unidos

4.400 Como el régimen fiscal de los Estados Unidos es de ámbito mundial, y no territorial, los Estados Unidos, en general, gravan las actividades de las empresas estadounidenses en el extranjero, pero exime de impuestos (con sujeción a ciertas normas para evitar la evasión fiscal) a ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero obtenidos por empresas extranjeras, incluidas las filiales extranjeras de empresas de los Estados Unidos. En cambio, en el marco de un sistema fiscal de ámbito "territorial", los ingresos procedentes de procesos económicos extraterritoriales relacionados con exportaciones pueden quedar exentos tanto si se obtienen de actividades de una empresa extranjera como de las actividades extranjeras de una empresa nacional ("sucursal").

4.401 Al exigir que una EVE sea una empresa extranjera, el Congreso, actuando en el marco de los principios fiscales tradicionales de los Estados Unidos, creó un medio de proporcionar una exención parcial a todas las actividades extraterritoriales relacionadas con transacciones de exportación, tanto si las realiza la propia EVE como si se le atribuyen a ésta. Las disposiciones sobre las EVE se basan en la existencia de una empresa extranjera como medio de lograr una exención fiscal para las actividades económicas en el extranjero porque es el método más apropiado para hacerlo en el marco del sistema fiscal de ámbito mundial de los Estados Unidos.

4.402 Para garantizar un nivel considerable de actividad económica en el extranjero, la EVE debe: 1) estar constituida fuera de los Estados Unidos; 2) mantener una oficina con un juego de libros contables permanentemente en una jurisdicción reconocida fuera de los Estados Unidos; 3) satisfacer ciertos criterios de "presencia extranjera" que le confieren atributos comparables a una sucursal o "establecimiento permanente" de la empresa matriz de los Estados Unidos, y 4) como condición para la aplicación de las normas sobre fijación administrativa de precios, asumir la responsabilidad jurídica y financiera de todas las funciones que tradicionalmente desempeña un distribuidor respecto de

²³⁰ *Senate Print*, página 649 (las normas de fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE concebidas como método administrativo conveniente para la administración fiscal y para los contribuyentes) (Prueba 11 de los EE.UU.).

transacciones de exportación (tanto si las realiza la EVE, como si lo hace la matriz estadounidense, un tercero, o cualquier combinación de estos). En ese caso, se le reconocen a la EVE esencialmente todas las funciones de distribución/venta en las operaciones realizadas fuera de los Estados Unidos, tanto si las realiza la EVE directamente como si lo hace un tercero bajo contrato con la EVE.²³¹

4.403 La primera comunicación de las Comunidades Europeas no reconoce esa estructura. La argumentación de las Comunidades Europeas se centra en gran medida, y erróneamente, en la alegación de que una EVE no realiza directamente suficientes actividades económicas utilizando sus propios recursos como para que se justifique la proporción de beneficios que se le atribuyen en virtud de las normas sobre fijación administrativa de precios. Ahora bien, las normas de las EVE no se concibieron para obligar a las EVE a realizar todas las actividades económicas en el extranjero por sí mismas, sino que se concibieron para atribuir a las EVE los ingresos que se derivan de procesos económicos desarrollados en el extranjero, independientemente de la manera en que se realizan esos procesos. A condición de que, a fin de cuentas, las normas de las EVE sólo eximan de impuestos a los ingresos atribuibles a procesos económicos de exportación realizados en el extranjero, se cumple con la norma de la nota de pie de página 59 y las formas empresariales no son pertinentes al caso.

4.404 Además, en su ataque contra las normas más suaves aplicadas a las "EVE pequeñas", las Comunidades Europeas sostienen que, teniendo en cuenta que una EVE pequeña no está obligada a cumplir los requisitos relativos a gerencia extranjera y procesos económicos en el extranjero, las EVE pequeñas no deberían tener derecho a una exención fiscal parcial. Ahora bien, toda EVE pequeña está obligada a estar constituida en el extranjero, a tener oficina en el extranjero y, para poder aplicar las normas sobre fijación administrativa de precios, a realizar (o hacer que se realicen en su nombre) las ocho actividades económicas que son esenciales en la función de ventas de exportación.²³² Así pues, las EVE pequeñas no tienen que satisfacer todas las actividades descritas en los artículos 924 d) y 924 e) del Código de Rentas Internas. Sin embargo, este trato está justificado como medio de reducir las cargas de las pequeñas empresas, especialmente a la luz del hecho de que las EVE pequeñas reciben una exención fiscal parcial respecto a un máximo de 5 millones de dólares de ingresos brutos por operaciones en el extranjero.²³³

4.405 Por último, hay que señalar que el Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos ha aplicado vigorosamente las normas de EVE. Al igual que todas las demás empresas, las EVE deben presentar declaraciones de impuestos y pagar los impuestos correspondientes, inclusive los impuestos estimados. Periódicamente se someten las EVE a auditorías, a ajustes de impuestos pagaderos y a

²³¹ Considerar conjuntamente la EVE y su empresa matriz de los Estados Unidos es totalmente compatible con un régimen fiscal territorial, que permite la exención fiscal de procesos económicos extranjeros realizados por una sucursal en el extranjero de una empresa nacional. Por consiguiente, el Congreso habló explícitamente de "considerar a la EVE y a cualquier proveedor vinculado como una entidad única que vende al comprador". *Id.*

²³² IRC, artículo 924 d)-e) e IRC, artículo 925 c).

²³³ Las Comunidades Europeas han reconocido que lo que denomina "puertos seguros" podrían constituir un medio apropiado de aliviar las cargas de observancia de las pequeñas empresas. Párrafo 91 de la primera comunicación de las Comunidades Europeas. A ese respecto, existen en el Código de Rentas Internas una serie de disposiciones que tratan a las pequeñas empresas más favorablemente en lo que se refiere a las prescripciones fiscales y de observancia. Si así se desea, los Estados Unidos estarían dispuestos a proporcionar al Grupo Especial una lista de esas disposiciones.

Además, aunque las Comunidades Europeas citan el hecho de que las EVE pequeñas representan el 48 por ciento de todas las EVE, pasan por alto el hecho de que su peso económico es insignificante, dado que las EVE pequeñas representan tan sólo el 2,3 por ciento de todos los ingresos de las EVE.

sanciones por no pagar los impuestos en el momento debido. Además, al auditar las declaraciones de las EVE, los agentes examinadores comprueban cuidadosamente los datos para tener la seguridad de que se observan todos los requisitos relativos a presencia extranjera, gestión extranjera y procesos económicos en el extranjero, y que el cálculo de la exención fiscal parcial es exacto. Un último dato es que las normas de las EVE también se han aplicado por vía judicial.²³⁴

El Congreso limitó la exención fiscal disponible en el programa relativo a las EVE

4.406 Como salvaguardia adicional para garantizar que la exención recibida por una EVE sólo se aplica a ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero, tal como prescribe la nota de pie de página 59, el Congreso decidió otorgar la exención fiscal a un volumen de ingresos inferior al que los Estados Unidos tenían derecho a eximir de impuestos de acuerdo con las normas del GATT. Si bien esta decisión fue inspirada en gran medida por la política fiscal de evitar una pérdida grande de ingresos, lo cierto es, sin embargo, que sólo una fracción de los ingresos atribuidos a las EVE en virtud de las normas de fijación administrativa de precios puede optar a la exención fiscal. Por ejemplo, de acuerdo con el método más utilizado generalmente por las EVE para calcular la renta imponible conjunta, del 23 por ciento de la renta imponible conjunta de las EVE y sus proveedores vinculados que se puede asignar a la EVE, solamente el 15 por ciento de los ingresos imponibles combinados de las EVE y sus proveedores vinculados atribuibles a ingresos brutos por comercio exterior está exento del impuesto federal sobre la renta ($0,23 \times 15/23 = 0,15$). Esta cifra es un cálculo aproximado del volumen de actividad económica extranjera que es responsabilidad de las EVE.

Las Comunidades Europeas no han conseguido demostrar que las asignaciones a las EVE de acuerdo con las normas de fijación administrativa de precios no producen resultados que entren en el campo de variación de los resultados en condiciones de plena competencia que prescribe la nota de pie de página 59

4.407 La reseña fáctica e histórica que se acaba de presentar pone de manifiesto que el Congreso de los Estados Unidos trató específicamente de ajustarse al principio de atribución de ingresos que ulteriormente se iba a enunciar en la nota de pie de página 59. La única cuestión restante posible es la de determinar si las normas de las EVE no han logrado ese propósito.

4.408 Pese a la existencia de datos a disposición pública que permitirían dar respuesta a esa cuestión, las Comunidades Europeas no han conseguido aportar prueba alguna a este respecto, basándose en cambio en conjeturas y no en hechos. Como las Comunidades Europeas no han presentado *ninguna* prueba, y mucho menos pruebas suficientes para fundamentar un caso *prima facie*, los Estados Unidos no tienen nada que refutar.

4.409 No obstante, las alegaciones de las Comunidades Europeas se pueden analizar de diversas maneras. Los puntos de referencia en el marco del programa relativo a las EVE serían, naturalmente, las atribuciones permisibles de conformidad con las normas para la fijación administrativa de precios. De los dos posibles métodos administrativos de fijación de precios, el más utilizado corrientemente es el método de la renta imponible conjunta. De conformidad con este método, se atribuye a la EVE el 23 por ciento de la renta imponible conjunta de la EVE y de su fabricante-proveedor vinculado. De ese 23 por ciento, solamente el 15 por ciento (o sea, $15/23$) puede optar a la exención fiscal. En consecuencia, la exención fiscal disponible aplicando el método de la renta imponible conjunta es el 15 por ciento de los ingresos totales combinados de la EVE y de su fabricante-proveedor. Así pues, para saber si el resultado obtenido con el método de la renta imponible conjunta se ajusta a la nota de pie de página 59, habría que determinar si, en el caso de fabricantes y distribuidores no vinculados,

²³⁴ Véase, por ejemplo, *Naporano v. United States*, 834 F. Suppl. 694 (D. N.J. 1993) (Prueba 18 de los EE.UU.); y *Union Carbide Corp. v. Commissioner of Internal Revenue*, 110 T.C. N° 28 (1998) (Prueba 19 de los EE.UU.).

los distribuidores obtienen ingresos en la gama del 15 por ciento o más de los ingresos totales combinados de distribuidores y fabricantes no vinculados.

4.410 El otro posible método de fijación administrativa de precios es el de los ingresos brutos, según el cual se asigna a la EVE el 1,83 por ciento de los ingresos brutos calificados. En este caso, lo que hay que determinar es si los ingresos brutos de distribuidores que no están vinculados a sus fabricantes-proveedores se sitúan en la gama del 1,83 por ciento prescrito por las normas de las EVE.

4.411 Teniendo presente esos puntos de referencia, las Comunidades Europeas podrían haber tratado de demostrar que las normas administrativas de fijación de precios del programa relativo a las EVE se basan en supuestos defectuosos por lo que se refiere a los beneficios atribuibles a distribuidores en transacciones de exportación. Como las normas las EVE prescriben que estas empresas serán responsables de todas las funciones de distribución en transacciones de exportación, su función es análoga a la de los distribuidores independientes.

4.412 Las Comunidades Europeas podrían haber utilizado datos sobre estadísticas de ingresos, a disposición del público, que anualmente publica el Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos para determinar las partes de beneficios correspondientes a distribuidores independientes y fabricantes no vinculados. Esos datos agregados y públicos podrían haberse utilizado como base para comparar los resultados empíricos con el 23 por ciento de los ingresos combinados imponible que se asigna a las EVE de conformidad con el método de la renta imponible conjunta. Esos datos habrían permitido hacer las comparaciones industria por industria.

4.413 Las Comunidades Europeas podrían haber realizado un análisis empírico análogo utilizando datos de disponibilidad pública recogidos de los estados financieros de empresas que las empresas estadounidenses presentan anualmente a la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos. Esos datos servirían de base para un análisis no sólo de cómo se reparten los beneficios entre distribuidores y fabricantes no vinculados, sino también de la atribución que se hace mediante el método de los ingresos brutos de las EVE.

4.414 Esas comparaciones con datos empíricos sobre contribuyentes y empresas servirían de base para evaluar la racionalidad de las normas de las EVE sobre la fijación administrativa de precios y para determinar si el resultado de esas normas es una asignación excesiva de ingresos a los procesos económicos realizados en el extranjero.

4.415 Como los datos sobre los contribuyentes particulares no están a disposición del público, los datos que se utilizan para esos análisis son, naturalmente, datos globales. Ahora bien, los datos globales constituyen una base perfectamente adecuada para evaluar los resultados que se trata de conseguir con las normas de las EVE. La nota de pie de página 59 no sólo anticipa que los Miembros pueden emplear prácticas administrativas (cuya racionalidad sólo se puede confirmar con datos promedios o globales), sino que además la prueba definitiva de acuerdo con la nota de pie de página 59 -es decir, que, en fin de cuentas, las prácticas administrativas para asignar ingresos no deben tener como resultado una "importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación"- sugiere que una prueba que utilice datos globales es apropiada.²³⁵

4.416 No obstante, pese a la existencia de datos aparentemente pertinentes y pese a que corresponde a las Comunidades Europeas, en calidad de reclamantes en el presente asunto, la carga de hacer una

²³⁵ En la nota de pie de página 59 se dispone asimismo que todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir el principio de plena competencia. Como la información sobre los contribuyentes es por lo general confidencial, los datos globales serían la base lógica para que un Miembro haga una afirmación de esa naturaleza. Esto hace pensar que los redactores de la nota de pie de página 59 contemplaron la utilización de datos globales a este respecto.

demostración con hechos inicial de que las normas de las EVE relativas a la fijación administrativa de precios violan la prescripción enunciada en la nota de pie de página 59, hasta la fecha las Comunidades Europeas no han conseguido aportar prueba *alguna* de que las normas de fijación administrativa de precios crean exenciones fiscales para otros ingresos aparte de los atribuibles a la actividad económica que haya tenido lugar fuera del territorio de los Estados Unidos. Esa es la única norma que exige el Acuerdo SMC.²³⁶

4.417 Para cumplir con la carga de la prueba, las Comunidades Europeas deben aportar pruebas que demuestren que las normas para la fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE permiten por lo general que ingresos generados por actividades económicas realizadas en los Estados Unidos evaden impuestos y que de ello resulta una "importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". No basta con afirmar que la EVE, como entidad por separado, no realiza por sí misma todos los procesos económicos que entraña una transacción de exportación.

Aun en el caso de que se estimara que las normas de las EVE sobre la fijación administrativa de precios infringen el principio de la plena competencia enunciado en la nota de pie de página 59, el resultado de esas normas no es una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación

4.418 Los Estados Unidos han demostrado que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE no contravienen el principio de plena competencia de la nota de pie de página 59. Sin embargo, incluso suponiendo, en aras de la argumentación, que esas normas se desvían del principio de la plena competencia, todavía serían compatibles con la nota de pie de página 59 porque no generan una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación en el sentido de la nota.

4.419 En ningún lugar abordan las Comunidades Europeas el requisito de la nota de pie de página 59 de que, para que exista una subvención prohibida, toda desviación del principio de la plena competencia mediante prácticas administrativas o de otra clase debe crear una "importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". Este requisito, que en el texto de la nota está unido al principio de la plena competencia mediante la conjunción "y", es un elemento esencial que las Comunidades Europeas deben demostrar en apoyo de su alegación.

4.420 Teniendo en cuenta que las Comunidades Europeas no han abordado esa norma ni han proporcionado prueba alguna relacionada con ella (aparte de un examen general de la reducción fiscal global que supuestamente disfrutaban las EVE), las Comunidades Europeas no han conseguido presentar un caso *prima facie* respecto de sus denuncias de subvenciones a la exportación. En consecuencia, a falta de pruebas adicionales, ni el Grupo Especial ni los Estados Unidos están obligados a seguir examinando la cuestión.²³⁷ No obstante, los Estados Unidos lo harán.

²³⁶ Las conclusiones superficiales de las Comunidades Europeas acerca del funcionamiento, propósito y efectos de las EVE puede atribuirse en parte a los datos de segunda mano en que se han basado tan especialmente las Comunidades Europeas. Escritos por autores que no parecen tener una comprensión cabal del comercio y de los orígenes fiscales de las disposiciones sobre las EVE, algunos de los artículos son esfuerzos de comercialización que exageran las reducciones fiscales del programa relativo a las EVE. Otros, extraídos de la prensa popular, hacen una reseña superficial de las EVE, junto con una serie de otros programas e instituciones gubernamentales, de manera ampulosa, no analítica. El hecho de que esas fuentes constituyan la base documental de las alegaciones de las Comunidades Europeas ponen en evidencia algo más que la carga de la prueba.

²³⁷ Véase *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 98.

4.421 Aunque ningún grupo especial del GATT o de la OMC ha tratado todavía de cuantificar la "importante economía" a que hace referencia la nota de pie de página 59, el texto del Acuerdo SMC proporciona una útil orientación para definir esa expresión. Consecuente con el principio generalmente aceptado de que las subvenciones deben tener efectos perturbadores del mercado para que sea necesario recurrir a acciones en virtud del Acuerdo SMC, el Acuerdo contiene más de una disposición por las que se establece un umbral por encima del cual las subvenciones dan lugar a que se recurra a una acción.

4.422 Uno de esos umbrales es la norma *de minimis* que figura en el párrafo 9 del artículo 11 a efectos de la aplicación de medidas compensatorias. De conformidad con el párrafo 9 del artículo 11, el Miembro que tenga intención de imponer medidas compensatorias debe demostrar que la cuantía del beneficio otorgado por las subvenciones es superior a *de minimis*. En caso contrario, se pondrá fin inmediatamente a la investigación sobre la imposición de medidas compensatorias.

4.423 "*De minimis*" es una expresión que está definida. En el párrafo 9 del artículo 11 se establece que se considerará que una subvención es *de minimis* si su cuantía es inferior al 1 por ciento *ad valorem*.²³⁸ En el Anexo IV del Acuerdo SMC se prescribe cómo se han de calcular las tasas de subvención *ad valorem* en ciertas diferencias sobre subvenciones. El valor total del beneficio de una subvención se expresa como porcentaje del valor total de las ventas de la empresa receptora en el período en que se concede la subvención. Este método es el utilizado por los Estados Unidos a efectos de su legislación sobre derechos compensatorios, y los Estados Unidos entienden que también las Comunidades Europeas utilizan ese método a efectos de su legislación sobre derechos compensatorios.

4.424 En el caso de las subvenciones relacionadas con la tributación, las normas de cálculo del Anexo IV son explícitas. Concretamente, en la nota de pie de página 64 se dice que "en el caso de las subvenciones relacionadas con la tributación, se estimará que el valor del producto es el valor total de las ventas de la empresa receptora en el ejercicio fiscal en que obtuvo el beneficio de la medida relacionada con la tributación". También en este caso los Estados Unidos emplean el mismo método en su legislación sobre derechos compensatorios, y los Estados Unidos creen que también lo hacen las Comunidades Europeas en el marco de su propia legislación sobre derechos compensatorios. De conformidad con ese método, una subvención cuyo valor sea inferior al 1 por ciento del valor de las ventas (de hecho, un porcentaje de las entradas brutas) se consideraría *de minimis* a los fines del párrafo 9 del artículo 11.

4.425 Esta definición de la expresión *de minimis* se encuentra, desde luego, en el mismo acuerdo que excluye las subvenciones relacionadas con impuestos directos que no producen una "importante economía" de impuestos directos en transacciones de exportación. Los principios de elaboración de acuerdos internacionales, articulados en la jurisprudencia de la OMC, indican que esas expresiones deben interpretarse racional y armoniosamente en el contexto del Acuerdo SMC.²³⁹ Las mismas consideraciones que llevaron a los redactores a establecer que las subvenciones *de minimis* no son recurribles en el marco de la Parte V del Acuerdo SMC son las que subyacen en la prescripción de que una medida fiscal tenga que tener el resultado de una "importante economía de impuestos directos

²³⁸ En los párrafos 10 y 11 del artículo 27 se establecen umbrales *de minimis* más elevados para los países Miembros en desarrollo.

²³⁹ Véase, por ejemplo, *Gasolina reformulada*, páginas 20 y 21 (al citar el artículo 31 de la *Convención de Viena* a propósito de la proposición de que los artículos del GATT de 1994 "es necesario leer[los] en su contexto y de forma tal que se dé cumplimiento a los fines y objetivo del Acuerdo General [...] [y] el contexto del [artículo pertinente] incluye las restantes disposiciones del Acuerdo General [...]"); y *Bebidas alcohólicas*, página 15 ("Hay que atribuir a los términos [del GATT de 1994 y otros "acuerdos abarcados"] su sentido corriente, en el contexto de éstos").

en transacciones de exportación" para que constituya una subvención a la exportación prohibida. El significado de las dos expresiones indica que *de minimis* es el umbral y que todo lo que sea *de minimis* se sitúa muy por debajo de lo "significativo". Sería anómalo, así como una distorsión del lenguaje del Acuerdo SMC, que los "beneficios" de una medida fiscal fuesen "*de minimis*" y al mismo tiempo "significativos".

4.426 El informe más reciente del Departamento del Tesoro al Congreso de los Estados Unidos sobre el funcionamiento del programa relativo a las EVE, fechado en noviembre de 1997, presenta el total de las economías fiscales máximas que pueden atribuirse a las EVE.²⁴⁰ Utilizando el mismo método de cálculo que el establecido en el Anexo IV del Acuerdo SMC y utilizado por los Estados Unidos y las Comunidades Europeas a efectos de derechos compensatorios, el informe indica que la economía total de impuestos en el marco del programa relativo a las EVE, para todos los productos y servicios en el año a que se refiere el informe fue del 0,93 por ciento *ad valorem*. Porcentaje inferior al nivel *de minimis* del 1 por ciento que establece el párrafo 9 del artículo 11.

4.427 Además, este cálculo exagera cualquier posible subvención atribuible a las normas de fijación administrativa de precios, ya que el cálculo incluye todas las economías de impuestos otorgadas en virtud del programa relativo a las EVE en el curso del año objeto del cálculo. Así pues, esa cifra del 0,93 por ciento incluye economías de impuestos en virtud del método de atribución del artículo 482, método que, según han reconocido las Comunidades Europeas, no infringe el principio de la plena competencia enunciado en la nota de pie de página 59. Como la exención tributaria de ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero es permisible a condición de que se observe el principio de la plena competencia al atribuir ingresos, y teniendo en cuenta que las Comunidades Europeas han reconocido que el método del artículo 482 se ajusta al principio de la plena competencia, cualquier posible "subvención" que se pudiera otorgar mediante la aplicación de las normas de fijación administrativa de precios de las EVE (cuantía respecto de la cual las Comunidades Europeas no han aportado prueba alguna) sería tan sólo una fracción del 0,93 *ad valorem*, cifra que ya de por sí es *de minimis*.

4.428 En resumen, que cualquier "beneficio" que las normas de fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE confieran es indiscutiblemente *de minimis* de acuerdo con las disposiciones del Acuerdo SMC. Por un margen todavía mayor, esos "beneficios" no tienen como resultado una "importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación" en el sentido de la nota de pie de página 59. Las Comunidades Europeas no han presentado pruebas en contrario. En cambio, según sus propias pruebas (en forma de Prueba 5 de las CE), se demuestra que cualquier "beneficio" otorgado por las normas de fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE queda por debajo de todos los umbrales establecidos en el Acuerdo SMC.

El programa relativo a las EVE no es una "subvención" en el sentido del Acuerdo SMC

4.429 En la sección precedente, los Estados Unidos abordaron la condición de las EVE a tenor de las disposiciones del Acuerdo SMC que se refieren más específicamente a una medida de carácter tributario como es el programa relativo a las EVE. Los Estados Unidos respondieron a la alegación de las Comunidades Europeas de que el programa relativo a las EVE constituye una subvención a la exportación de conformidad con el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC examinando el criterio jurídico rector que figura en la nota de pie de página 59 y en la conexas Decisión del Consejo de 1981. Ahora bien, esos mismos principios jurídicos se aplican directamente a la cuestión de determinar si la decisión de un Miembro de no gravar ingresos atribuibles a procesos económicos realizados fuera de su territorio es una "subvención" en absoluto, de acuerdo con la definición de ese término que figura en el artículo 1 del Acuerdo SMC.

²⁴⁰ Prueba 5 de las CE.

4.430 Para que una determinada medida constituya una subvención prohibida o recurrible, debe encuadrarse ante todo en la definición de "subvención" consagrada en el artículo 1. En lo que se refiere a ese artículo 1, las Comunidades Europeas sostienen que el programa relativo a las EVE equivale a "una contribución financiera de un gobierno" porque, de acuerdo con el programa relativo a las EVE, "se condonan o no se recaudan ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)".²⁴¹ Lo que no hacen, sin embargo, las Comunidades Europeas es explicar por qué los posibles impuestos procedentes de procesos económicos en el extranjero son ingresos que "en otro caso se percibirían".

4.431 La respuesta definitiva a la cuestión que las Comunidades Europeas se abstienen de examinar se encuentra en los principios jurídicos rectores articulados en la nota de pie de página 59 y en la Decisión del Consejo de 1981. Los principios generales expresados en la nota de pie de página 59 y en la Decisión del Consejo de 1981 forzosamente son pertinentes para el artículo 1 y deben interpretarse conjuntamente en armonía.²⁴² Efectivamente, del texto de la nota de pie de página 59 y de la Decisión del Consejo de 1981 se sigue claramente que el principio que consagran debe aplicarse a la interpretación del artículo 1.

4.432 Como se declara explícitamente en la Decisión del Consejo de 1981, "los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador *[no] necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador [...]*" (cursivas añadidas). Como explicó el Presidente del Consejo del GATT cuando se adoptó la Decisión, aquella declaración "no quería[n] decir que a las partes que habían suscrito el párrafo 4 del artículo XVI se les prohibiera gravar los beneficios de las transacciones que se realizaran fuera de sus fronteras, sino que significaba únicamente que *no se les exigía que lo hicieran*" (cursivas añadidas).²⁴³

4.433 Así pues, en los casos en que las normas aplicables de la OMC disponen que no es necesario gravar una determinada categoría de ingresos, no se pueden considerar impuestos "que en otro caso se percibirían" los relativos a aquellos ingresos. Cualquier otra interpretación de esa disposición sería incompatible con el sentido corriente tanto de la nota de pie de página 59 como del inciso 1) ii) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 1.

4.434 El razonamiento en que basan su argumentación las Comunidades Europeas solamente indica que si los ingresos exentos de impuestos fueran imponentes, el Estado percibiría unos ingresos adicionales.²⁴⁴ Si bien esa afirmación, a primera vista, no es incorrecta, no aborda la cuestión jurídica fundamental de si los hipotéticos ingresos del Estado "en otro caso se percibirían". En este caso, los principios de la OMC disponen que los Estados Unidos no están obligados a gravar ingresos atribuibles a procesos económicos en el extranjero. El hecho de que la disposición mediante la cual los Estados Unidos deciden ejercer su derecho de no gravar esos ingresos se denomine frecuentemente una "exención", no significa que "en otro caso se percibirían" los impuestos, de la misma manera que tampoco la decisión de adoptar un régimen fiscal de ámbito territorial y "eximir" de impuestos a los ingresos procedentes de actividades desarrolladas fuera del territorio significa que esa decisión constituye una "subvención" en el sentido del artículo 1.

²⁴¹ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 123 a 130.

²⁴² *Convención de Viena*, párrafo 1 del artículo 31.

²⁴³ *Legislación fiscal*, IBDD 28S/121.

²⁴⁴ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 132.

4.435 Volviendo a la definición de "subvención" en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, el programa relativo a las EVE no tiene como consecuencia que el Gobierno de los Estados Unidos condone ingresos que "en otro caso se percibirían". Así pues, el programa relativo a las EVE no constituye una "contribución financiera de un gobierno" y, por lo tanto, no es una "subvención" a los fines del apartado a) del párrafo 1 del artículo 1. En consecuencia, el programa relativo a las EVE no puede constituir una subvención a la exportación prohibida en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, porque en esa disposición se prescribe que ante todo deben ser "subvenciones en el sentido del artículo 1".

4.436 Que el programa relativo a las EVE no sea una subvención en el sentido del artículo 1 tiene consecuencias de gran trascendencia en el presente caso. No sólo descarta la alegación de las Comunidades Europeas relativa al apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, sino que además deja sin base a la alegación de las Comunidades Europeas de que el programa relativo a las EVE constituye una subvención prohibida a la sustitución de importaciones en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo 3. En el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3 se establece un umbral para que se pueda considerar que una medida recurrida es una subvención a tenor del artículo 1. Además, también deja sin base a la alegación de las Comunidades Europeas de que el programa relativo a las EVE viola las disposiciones sobre subvenciones a la exportación del Acuerdo sobre la Agricultura, ya que esas disposiciones deben interpretarse a la luz de las definiciones de subvención que figuran en el artículo XVI del GATT de 1994 y del Acuerdo SMC. En consecuencia, esta cuestión de la definición que figura en el artículo 1 del Acuerdo SMC refuta todas las alegaciones de las Comunidades Europeas.

Las Comunidades Europeas no han conseguido presentar un caso prima facie de que el programa relativo a las EVE infringe las normas de la OMC

4.437 Por último, los Estados Unidos observan que es en las Comunidades Europeas, por ser las partes reclamantes, en la que recae la carga de la prueba, no en los Estados Unidos.²⁴⁵ Por lo tanto, las Comunidades Europeas están obligadas a establecer un caso *prima facie* en relación con cada uno de los elementos necesarios para demostrar las presuntas violaciones. Para establecer un caso *prima facie* es necesario presentar tanto suficientes argumentos jurídicos como, cuando se debaten cuestiones de hecho, suficientes pruebas justificativas. Así lo dijo claramente el Órgano de Apelación, al declarar que todo grupo especial debe comenzar "el análisis de cada disposición jurídica examinando si [las partes reclamantes] habían presentado pruebas y argumentos jurídicos suficientes para demostrar que las medidas [...] eran incompatibles con las obligaciones asumidas por [la parte demandada] en virtud de cada una de las disposiciones del Acuerdo [aplicable] examinadas por el Grupo Especial".²⁴⁶

²⁴⁵ Los argumentos de los Estados Unidos recogidos en los párrafos 430-0 se aplican a todas las alegaciones de las Comunidades Europeas.

²⁴⁶ *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 16 de enero de 1998, párrafo 109; véase también *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India (Camisas y blusas)*, WT/DS33/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de abril de 1997, página 19 ("una parte que alega la infracción de una disposición del Acuerdo sobre la OMC por otro Miembro debe afirmar y probar su alegación"); y también *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 16 de enero de 1998, página 30 (al señalar que el Grupo Especial había "pedido adecuadamente a [la parte reclamante] que estableciera un caso *prima facie*" antes de proceder a la etapa siguiente de su evaluación de la alegación que se examinaba).

4.438 Para establecer un caso *prima facie*, las Comunidades Europeas deben presentar pruebas suficientes que demuestren la presunción de que el programa relativo a las EVE viola una disposición del Acuerdo sobre la OMC.²⁴⁷ A este respecto, el Órgano de Apelación ha declarado que "encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba [...] [L]a parte que alega un hecho [...] debe aportar la prueba correspondiente."²⁴⁸

4.439 Al no existir esas pruebas, los Estados Unidos, como parte demandada, no están obligados a rebatir las alegaciones. El Órgano de Apelación ha explicado que "[s]ólo después de que el Grupo Especial hubiera hecho una determinación *prima facie* de ese tipo, podría desplazarse a [la parte demandada] la carga de presentar pruebas y argumentos que refutaran la alegación del reclamante".²⁴⁹

Las Comunidades Europeas no han conseguido establecer prima facie que la exención fiscal de las EVE es en sí una subvención prohibida por el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3

4.440 En primer lugar, las Comunidades Europeas alegan que la exención fiscal que confiere el programa relativo a las EVE constituye en sí misma una subvención a la exportación prohibida en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC. Se trata de un argumento jurídico, no de un argumento basado en hechos.

4.441 En lo que se refiere a este argumento, las Comunidades Europeas no han conseguido presentar un caso *prima facie* principalmente porque, ante todo, no han invocado la norma jurídica pertinente. Las Comunidades Europeas han pasado por alto el hecho de que la nota de pie de página 59 y la Decisión del Consejo de 1981 matizan el párrafo e) del Anexo I al disponer que la exención fiscal de ingresos atribuibles a procesos económicos en el extranjero (incluidos los ingresos procedentes de transacciones de exportación) no constituye una subvención a la exportación. Como eso es justamente lo que hace el programa relativo a las EVE, el argumento de las Comunidades Europeas es insuficiente por sí solo para apoyar la alegación de que la exención fiscal de las EVE está prohibida *per se* por el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3.

4.442 Además, como cuestión preliminar, en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 se dispone que ante todo la medida debe ser una subvención en el sentido del artículo 1. En este caso, la cuestión de si el programa relativo a las EVE es una subvención gira en torno a saber si entraña la condonación por los Estados Unidos de ingresos "que en otro caso se percibirían". Ahora bien, el principio subyacente en la nota de pie de página 59 indica que no es necesario gravar ingresos atribuibles a procesos económicos desarrollados en el extranjero. Así pues, no tienen por qué percibirse impuestos sobre esos ingresos, ni se puede decir que se "condonan". Al argumentar que se condonan ingresos públicos sencillamente porque se otorga una exención fiscal, las Comunidades Europeas hacen una afirmación tajante, no una argumentación jurídica basada en el texto del Acuerdo SMC.²⁵⁰

²⁴⁷ *Camisas y blusas*, página 15.

²⁴⁸ *Id.*, página 16.

²⁴⁹ *Hormonas*, párrafo 109; véase también, *Camisas y blusas*, página 16.

²⁵⁰ Por las mismas razones, las Comunidades Europeas no han logrado demostrar *prima facie* que la exención fiscal de las EVE infringe el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3. Como la exención fiscal no lleva a la condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían", no constituye una subvención en el sentido del artículo 1. Además, como la exención fiscal no es una subvención a la exportación en el marco del Anexo I, no

4.443 De hecho, a la luz del principio legal establecido de que no es necesario gravar los ingresos atribuibles a procesos económicos en el extranjero y a la luz del evidente propósito del Congreso de aprovechar precisamente ese principio, la única cuestión relativa a subvenciones a la exportación que propiamente tiene ante sí el Grupo Especial es la de determinar si en la práctica el programa relativo a las EVE exime de impuestos a una cuantía de ingresos superior a la que permite el mencionado principio. Esta es la segunda cuestión que plantea la alegación de las Comunidades Europeas.

Las Comunidades Europeas no han conseguido cumplir la carga de la prueba que le corresponde respecto de su alegación de que las normas de las EVE sobre fijación administrativa de precios constituyen una subvención prohibida en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3

4.444 La segunda afirmación importante de las Comunidades Europeas, a propósito del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, es que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE contravienen el principio de plena competencia consagrado en la nota de pie de página 59. A ese respecto, las Comunidades Europeas han sido incapaces de presentar un caso *prima facie* por tres razones. Primera, las Comunidades Europeas interpretan erróneamente la norma jurídica aplicable en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y, a consecuencia de ello, no han logrado presentar prueba alguna pertinente para aquella norma, a saber, si las normas de fijación administrativa de precios de las EVE atribuyen ingresos a procesos económicos en el extranjero a las EVE de conformidad con la norma de la nota de pie de página 59. Segunda, incluso a tenor de la teoría errónea en que se basan las Comunidades Europeas, éstas no han logrado presentar datos suficientes que demuestren que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE no se aproximan a resultados conformes con el principio de la plena competencia. Tercera, las Comunidades Europeas no han conseguido aportar prueba alguna de que el resultado de las normas de fijación administrativa de precios de las EVE es una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación.

Las Comunidades Europeas se han basado en una norma equivocada y no han aportado prueba alguna para demostrar su alegación a tenor de la norma pertinente

4.445 Las Comunidades Europeas sostienen que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE contravienen el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59 porque *pueden* producir en determinadas transacciones resultados que serían diferentes de los que se obtendrían aplicando el artículo 482. Sin embargo, como ya se ha demostrado antes, este punto no es pertinente al caso. Lo que importa a los efectos de la nota de pie de página 59 es si las normas de fijación administrativa de precios de las EVE atribuyen debidamente ingresos atribuibles a procesos económicos en el extranjero (o, a la inversa, si las normas de fijación de precios de las EVE atribuyen indebidamente a las EVE ingresos atribuibles a procesos económicos *internos*). Las Comunidades Europeas no han presentado *ninguna* prueba en este punto fundamental.

4.446 En particular, las Comunidades Europeas no han presentado prueba alguna que ni siquiera apunte la posibilidad de que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE hayan permitido que se exima de impuestos a ingresos atribuibles a procesos económicos *internos*. Las Comunidades Europeas no han demostrado que en la exención fiscal total otorgada por el programa relativo a las EVE se incluya ingreso alguno procedente de actividades económicas realizadas *dentro* de los Estados Unidos.

puede, de conformidad con la nota de pie de página 5, estar prohibida por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3.

Las Comunidades Europeas no han presentado prueba alguna de una "importante economía" de impuestos

4.447 Por último, incluso suponiendo, en aras de la argumentación, que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE permiten que queden exentos de pagar impuestos directos ingresos atribuibles a procesos económicos internos, las Comunidades Europeas no han presentado pruebas que demuestren que la resultante economía de impuestos de esa exención es "importante", como prescribe la nota de pie de página 59.

4.448 En resumen, que las Comunidades Europeas deben proporcionar al Grupo Especial pruebas que demuestren, por una parte, que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE contravienen el principio de plena competencia de la nota de pie de página 59 y, por otra, que esa contravención tiene como resultado una importante economía de impuestos. A falta de esas pruebas, debe rechazarse la alegación de las Comunidades Europeas relativa a las normas de fijación administrativa de precios.²⁵¹

Las **Comunidades Europeas** rebaten de la manera que se expone seguidamente la respuesta de los Estados Unidos en su comunicación verbal en la Primera Reunión del Grupo Especial:

Introducción

4.449 Para examinar las cuestiones de carácter más jurídico, las Comunidades Europeas seguirán el orden de su primera comunicación por escrito y tratarán en primer lugar de la subvención a la exportación y las subvenciones de contenido local en el marco del Acuerdo SMC, para luego pasar al Acuerdo sobre la Agricultura.

4.450 Pero ante todo las Comunidades Europeas quieren recordarles que en su primera comunicación por escrito determinó la existencia de *dos subvenciones* del programa relativo a las EVE, a las que pusieron objeciones.

4.451 La primera se refería a las *exenciones fiscales* que entraña el programa relativo a las EVE. La segunda era la utilización para calcular los ingresos procedentes del comercio exterior de las EVE de *normas especiales para la fijación administrativa de precios* que se desvían de las normas de precios de transferencia que en otro caso se aplicarían. Ambas están supeditadas en derecho a la exportación de mercancías de los Estados Unidos y a la utilización de insumos de los Estados Unidos, en lugar de insumos importados, para la manufactura de aquellas mercancías.

4.452 Las Comunidades Europeas establecen esa distinción entre dos aspectos del programa relativo a las EVE porque es importante considerar que ambos constituyen subvenciones prohibidas a fin de que tengan que retirarse uno y otro.

²⁵¹ Por las mismas razones, las Comunidades Europeas no han logrado presentar un caso *prima facie* de que las normas de fijación administrativa de precios de las EVE violan el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3. La alegación de las Comunidades Europeas falla por las mismas razones que se han aducido respecto a su alegación relativa a la subvención a la exportación: 1) como el resultado de las normas de fijación administrativa de precios no es una condonación de ingresos "que en otro caso se percibirían", esas normas no constituyen una subvención en el sentido del artículo 1; y 2) como las normas de fijación administrativa de precios son compatibles con la nota de pie de página 59, no constituyen una subvención a la exportación en el marco del Anexo I y, por consiguiente, a tenor de la nota de pie de página 5, no pueden estar prohibidas por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3.

Subvenciones a la exportación - Acuerdo SMC

Introducción

4.453 En su primera comunicación por escrito, las Comunidades Europeas demostraron que las exenciones fiscales contenidas en el programa relativo a las EVE y la mayor cuantía de los ingresos condonados como resultado de la aplicación de sus normas de fijación administrativa de precios constituían subvenciones a la exportación prohibidas de acuerdo con un criterio *sistemático* dictado por la *estructura* del Acuerdo SMC.

- Se demostró, primero que su resultado era una condonación de ingresos y que otorgaban un beneficio en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.
- Se explicó seguidamente que, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo SMC, serían específicas. Se demostró, primero, que su resultado era una condonación de ingresos y que otorgaban un si contravinieran el artículo 3 del Acuerdo.
- Se demostró luego que las subvenciones a las EVE estaban supeditadas en derecho a los resultados de exportación, en contravención del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

4.454 Aunque lo expuesto basta de hecho para demostrar que las subvenciones a las EVE son subvenciones a la exportación prohibidas en virtud del Acuerdo SMC, las Comunidades Europeas procedieron seguidamente a demostrar que ese resultado viene confirmado por el punto e) de la Lista ilustrativa. Es importante destacar que la Lista ilustrativa contiene un cierto número de subvenciones a la exportación que *se considera* que están *incluidas* en la prohibición del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC y, naturalmente, que se trata de una Lista *ilustrativa*.

4.455 El párrafo e) trata específicamente de las subvenciones a la exportación resultantes de

"[l]a exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos [...] que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales".

Así pues, confirma que no existe ninguna excepción implícita de la aplicación del Acuerdo SMC para los impuestos directos.

4.456 Es fácil, naturalmente, demostrar que las subvenciones a las EVE se encuadran en el párrafo e), cosa que hizo la Comisión Europea en su primera comunicación por escrito.

Los argumentos de los Estados Unidos

4.457 Las Comunidades Europeas pasan seguidamente a comentar los argumentos de los Estados Unidos. En lugar de aplicar el Acuerdo SMC al programa relativo a las EVE empezando por el artículo 1 (la definición de subvención) y seguir luego con el párrafo 1 del artículo 3 (la prohibición de subvenciones a la exportación y al empleo de contenidos locales) y el punto e) de la Lista ilustrativa (que trata de las exenciones de impuestos directos) a la luz de su nota de pie de página 59, los Estados Unidos dan la vuelta a todo el sistema y comienzan con la nota de pie de página 59, a la que tienen que retorcer para extraer de ella lo que pretenden presentar como un "criterio jurídico rector".

4.458 El elemento fundamental de la alegación de los Estados Unidos es un ingenioso concepto que ellos denominan "criterio jurídico rector". Pero con ello no se refieren al párrafo e). Ni siquiera se

refieren a la nota de pie de página del párrafo e). Hacen referencia, en cambio, a un principio que pretenden encontrar en la nota de pie de página 59 y por ende en el Acuerdo SMC, *pero que en realidad no existe*.

4.459 Los Estados Unidos hacen referencia a la segunda oración de la nota de pie de página 59, que dice así

"Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia."

4.460 y sostienen²⁵² que:

"El corolario *forzoso* de la nota de pie de página 59 es que los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero pueden estar exentos del pago de impuestos directos."

4.461 Los Estados Unidos no pretenden que la nota de pie de página 59 diga eso. La nota de pie de página 59 no menciona los "procesos económicos en el extranjero" ni exige de impuestos a cosa alguna. Lo que afirman los Estados Unidos es que el principio que querría que aplicase el Grupo Especial *está subyacente* en la nota de pie de página 59.

4.462 No es verdad. Las Comunidades Europeas examinarán dentro de un momento los argumentos que los Estados Unidos aducen en apoyo de su pretensión de la existencia de un principio subyacente o "corolario forzoso", que se basa abrumadoramente en una distorsión no sólo de textos, sino también del historial de las negociaciones. Pero primero es necesario señalar que el criterio que los Estados Unidos aplican a la interpretación es incorrecto y contrario al ESD.

El criterio correcto de interpretación

4.463 Que las alegaciones de los Estados Unidos están mal orientadas puede verse por el hecho de que se derivan de un criterio de interpretación erróneo.

4.464 El párrafo 2 del artículo 3 del ESD prescribe que los grupos especiales deberán interpretar los Acuerdos de la OMC "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Tal como ha confirmado el Órgano de Apelación en diversas ocasiones, esas normas están codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención se prescribe lo siguiente:

"Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

4.465 Esto significa en particular que el intérprete de un tratado debe respetar la estructura del tratado e interpretar las palabras que se encuentran en él. No puede empezar por imaginar un "corolario forzoso" de una nota de pie de página en un anexo que contiene una Lista ilustrativa y distorsionar todo el resto del Acuerdo para que encaje con el significado que pretende atribuir a la nota de pie de página. Eso equivale a tergiversar la interpretación.

²⁵² Párrafo 59 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

4.466 Para justificar ese criterio, los Estados Unidos recurren a un argumento de *lex specialis*.²⁵³

4.467 Los Estados Unidos hacen referencia a la opinión del Órgano de Apelación en *Bananos*²⁵⁴ para examinar primeramente disposiciones más específicas, lo cual se basa según los Estados Unidos en el principio interpretativo de *generalia specialibus non derogant*.

4.468 Podemos dejar de lado la cuestión de si el Órgano de Apelación confirmaba la aplicabilidad de un principio de "*lex specialis*" o se limitaba a dar a los grupos especiales una lección de "economía judicial". (Este principio no se menciona en la *Convención de Viena* y su aplicación a la OMC no puede hacerse sin dificultad a la luz de la nota interpretativa general al Anexo 1A de la OMC). A los fines inmediatos, baste con señalar que lo que nos ocupa no son diferentes acuerdos y ni siquiera diferentes disposiciones: lo que examinamos es *una única norma legal*. Se trata de la prohibición de las subvenciones a la exportación que figura en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, que expresamente *incluye* a las subvenciones a la exportación de la Lista ilustrativa, la cual, a su vez, *incluye* el párrafo e) y su nota de pie de página. No hay lugar aquí para una *lex specialis*. Los Estados Unidos están tratando de convencer al Grupo Especial para que haga lo contrario de lo que prescribe el artículo 31 de la *Convención de Viena*, es decir, que interprete la nota de pie de página 59 *fuera de su contexto*. Su contexto es, *primero*, el texto del párrafo e), que expresamente considera subvención a la exportación "la exención [...] de los impuestos directos [...] que deban pagar las empresas comerciales", si ello está "relacionado[s] específicamente con las exportaciones" y, en segundo lugar, el propio apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, que prohíbe las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto* a los resultados de exportación. Difícilmente podría ser más clara la aplicabilidad de esas disposiciones a las subvenciones de las EVE.

4.469 Los Estados Unidos también están pidiendo al Grupo Especial que no tenga en cuenta el artículo 31 de la *Convención de Viena* al interpretar no sólo el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo e), sino también la nota de pie de página 59, divorciados del sentido corriente de los términos utilizados. En el texto de la nota de pie de página 59 no se hace referencia a que los "procesos económicos en el extranjero" estén exentos de impuestos.

Los otros defectos de los argumentos de los Estados Unidos

4.470 No se imaginen que ese es el único punto débil de la argumentación de los Estados Unidos. Examinemos los otros argumentos que los Estados Unidos aducen en apoyo de la existencia de su "criterio jurídico rector". Son los siguientes:

- Primero, que si no existiera ese principio, no tendría pertinencia el principio de la plena competencia (que se menciona en la nota de pie de página 59).²⁵⁵
- Segundo, que ese "criterio jurídico rector" está bien establecido en la jurisprudencia del GATT.

4.471 La referencia que se hace en la nota de pie de página a los precios en condiciones de plena competencia dice lo siguiente:

²⁵³ Tal vez sea un reconocimiento de su debilidad el hecho de que figure tan sólo en una nota de pie de página (nota 68 en el párrafo 89 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos).

²⁵⁴ *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 204.

²⁵⁵ Párrafo 91 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

"Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia."

4.472 Esa oración no es sin importancia: manifiesta que una de las maneras mediante las cuales se puede otorgar una subvención a la exportación es la de permitir que un exportador venda mercancías a precios inferiores a su valor a un comprador extranjero vinculado. Esta oración, naturalmente, presupone la posibilidad de que el comprador extranjero vinculado no tribute al mismo nivel que el exportador, lo cual puede dar lugar a un gravamen total inferior de los ingresos resultantes de la transacción de exportación. Puede haber toda suerte de razones para que se dé esa circunstancia. La oración citada no dice, y ni siquiera implica, que el país exportador tenga derecho a *eximir de impuestos* a ingresos procedentes de una transacción de exportación que, en otro caso, tributaría. Si lo hiciera, estaría en contradicción directa con el párrafo e) y con el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3.

El argumento de que el "criterio jurídico rector" está bien establecido en la jurisprudencia del GATT

4.473 El segundo argumento de los Estados Unidos, de que el "criterio jurídico rector" está bien establecido en la jurisprudencia del GATT, se basa en la Decisión de las Partes Contratantes del GATT de 1947 de adoptar los informes del Grupo Especial en los asuntos *Legislación fiscal*²⁵⁶ e incluye la afirmación de que eso forma parte de la historia de la negociación de la nota de pie de página 59.

4.474 Las Comunidades Europeas tienen varias observaciones que hacer a propósito de esas alegaciones.

- Primera, que el Entendimiento relativo a los asuntos *Legislación fiscal* no es pertinente al presente caso, que se basa en el Acuerdo SMC y no en el artículo XVI del GATT.
- Segunda, que el Entendimiento no es parte del GATT de 1994.
- Tercera, que el Entendimiento relativo a los asuntos *Legislación fiscal* no contiene el pretendido "criterio jurídico rector".

4.475 No debiera ser necesario dedicar mucho tiempo a la historia del GATT y al Entendimiento relativo a los asuntos *Legislación fiscal* por la sencilla razón de que todo ello se refiere al artículo XVI del GATT de 1947 y el asunto que ahora nos ocupa se basa en el Acuerdo SMC.

4.476 Las Comunidades Europeas no desean restar importancia a esos asuntos en el momento en que ocurrieron ni a la calidad de la labor que desarrollaron las personas que intervinieron en ellos en los decenios de 1970 y 1980, pero el mundo, y con él la OMC, ha evolucionado desde entonces. Disponemos ahora de un Acuerdo SMC detallado, que contiene una específica y estricta prohibición

²⁵⁶ *Legislación fiscal de los Estados Unidos (DISC)*, L/4422, IBDD 23S/107; *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por Francia en materia de impuestos sobre los ingresos*, L/4423, IBDD 23S/141; *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por Bélgica en materia de impuestos sobre los ingresos*, L/4424, IBDD 23S/141; *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por los Países Bajos en materia de impuestos sobre los ingresos*, L/4425, IBDD 23S/152. Todos los informes fueron adoptados los días 7 y 8 de diciembre de 1981 sobre la base de un Entendimiento publicado en IBDD 23S/121.

de las subvenciones a la exportación, inclusive las derivadas de aplicar una exención de impuestos directos específicamente relacionados con las exportaciones, algo que no existía en 1973 cuando se plantearon los asuntos *Legislación fiscal*. Cabría añadir también que existe actualmente un mecanismo de solución de diferencias de categoría superior.

4.477 Los Estados Unidos alegan además que el entendimiento relativo a los asuntos *Legislación fiscal* forma parte de la historia de la negociación del precedente de la nota de pie de página 59, que es la nota de pie de página 2 del párrafo e) de la revisión de la Lista ilustrativa realizada por la Ronda de Tokio. Eso es falso. Una razón es que el Entendimiento se adoptó en diciembre de 1981, más de dos años y medio después de que se concertara el Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio. El Entendimiento se propuso después de haber concluido la Ronda de Tokio y hasta el último momento fue el objetivo de una solución de transacción política. Algunos componentes del Entendimiento son repetición de elementos que se encuentran en la Lista ilustrativa, pero *no* es ese el caso de la referencia a los "procesos económicos en el extranjero" en el que tan abrumadoramente se basan los Estados Unidos.

4.478 Otra de las razones por las que es incorrecta esa argumentación es la de que, como declaró el Presidente Jimmy Carter de los Estados Unidos en su Memorándum de 4 de enero de 1979 por el que notificó al Congreso de los Estados Unidos su intención de concluir los Acuerdos de la Ronda de Tokio (que las Comunidades Europeas adjuntan en anexo a la presente declaración como Prueba 23 de las CE), el Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio introdujo una "prohibición tajante de las subvenciones a la exportación" y "una definición de subvención a la exportación que invalida la actual prescripción de dualidad de precios".²⁵⁷

4.479 Los informes sobre *Legislación fiscal* se basan en la tesis de que la legislación que se examinaba daba lugar a una dualidad de precios, es decir, que los precios de las exportaciones eran inferiores a los de las ventas internas. Como esa prescripción ha quedado abolida y las actuales normas sobre precios de exportación son más estrictas, ya no tienen pertinencia los informes sobre *Legislación fiscal*.

4.480 Los Estados Unidos tratan de atribuir fuerza y pertinencia al Entendimiento al alegar que se trata de una decisión de las Partes Contratantes del GATT que se transfiere a la OMC en virtud del párrafo 1 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC* y del inciso iv) del apartado b) del párrafo 1 de la introducción del GATT de 1994²⁵⁸, llegando incluso a afirmar²⁵⁹ que eso convierte al Entendimiento en "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del apartado b) del párrafo 3 del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

4.481 El Órgano de Apelación ha explicado el carácter de esas decisiones en *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*²⁶⁰ y su opinión contradice de plano la posición de los Estados Unidos en el presente asunto. El Órgano de Apelación dijo lo siguiente:

"[N]o estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial, recogida en el párrafo 6.10 de su informe, de que "los informes de grupos especiales adoptados por las PARTES CONTRATANTES del GATT y por el Órgano de Solución de

²⁵⁷ Véase página 1935 del documento en la Prueba 22 de las CE.

²⁵⁸ Véase párrafo 103 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁵⁹ Párrafo 104 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁶⁰ WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, de 4 de octubre de 1996 (AB-1996-2), página 18.

Diferencias de la OMC constituían la práctica ulteriormente seguida en un caso concreto", dado que la expresión "práctica ulteriormente seguida" se utiliza en el artículo 31 de la *Convención de Viena*. Además, tampoco estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial, recogida en este mismo párrafo de su informe, de que los informes adoptados de grupos especiales constituyen por sí mismos "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947" a los efectos del apartado b) iv) del artículo 1 del texto del Anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al *Acuerdo sobre la OMC*".

4.482 La Decisión de 1981 por la que se adoptaron los informes sobre *Legislación fiscal* puede ser inusual en la medida en que matizó los informes, pero esto no modifica su naturaleza jurídica. Los informes de los grupos especiales han sido siempre tan sólo propuestas elevadas a las PARTES CONTRATANTES del GATT, que era el órgano que adoptaba recomendaciones para la solución de diferencias, de manera que las PARTES CONTRATANTES del GATT no hicieron otra cosa que cumplir su función. En consecuencia, los Estados Unidos se equivocan al sugerir que la Decisión de 1981 "equivale a una declaración autorizada".²⁶¹

4.483 En cualquier caso, el Entendimiento relativo a los asuntos *Legislación fiscal* no contiene el principio o "criterio jurídico rector" que pretenden los Estados Unidos. La parte pertinente reza:

"[...] los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General".²⁶²

4.484 Obsérvese que dice que los procesos económicos (es decir, *todos* los procesos económicos, y no solamente las actividades de exportación) situados fuera de los límites territoriales del país exportador *no* necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador. *No* dice que una Parte Contratante del GATT puede *eximir de impuestos específicamente* a transacciones relativas a mercancías exportadas incluso cuando otros procesos económicos, que pueden considerarse fuera de los límites territoriales del país exportador, *están* sujetos a impuestos.

4.485 Esta es una debilidad fundamental de la argumentación de los Estados Unidos. Incluso si se acepta todo el edificio jurídico mediante el cual los Estados Unidos tratan de que el Entendimiento de 1981 sea pertinente al presente asunto (y las Comunidades Europeas no lo aceptan), el Entendimiento no dice lo que los Estados Unidos desearían que dijera. Nunca dijo lo que los Estados Unidos habrían deseado que dijera, tal como señalaron las Comunidades Europeas y otros siete países cuando pusieron objeciones a las EVE y celebraron consultas formales el 26 de marzo de 1985 en el marco del artículo XXII del GATT de 1947.²⁶³

Conclusión

4.486 La conclusión es clara. El "criterio jurídico rector" que los Estados Unidos proponen no existe. Es una fantasía imaginada por los Estados Unidos para defender lo que no tiene defensa.

²⁶¹ Párrafo 104 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁶² IBDD 28S/121.

²⁶³ Véanse párrafos 21 y 112 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

Las normas de fijación administrativa de precios

4.487 Los Estados Unidos adoptan un enfoque similar al que emplean en el caso de la primera subvención de las EVE cuando responden a los argumentos de las Comunidades Europeas de que las normas de fijación administrativa de precios que pueden utilizar las EVE también constituyen una subvención a la exportación prohibida. Inventa un criterio jurídico que pretende presentar como rector y luego alega que las Comunidades Europeas no han demostrado que aquellas normas infringen el criterio rector. Los Estados Unidos están en un error en todos los aspectos.

4.488 La razón por la que las normas especiales de fijación administrativa de precios dan lugar a una subvención a la exportación prohibida es la de que producen una condonación de ingresos, confieren un beneficio y sólo pueden utilizarse en el caso de ventas a la exportación. Se proporciona a los exportadores una opción de la que no disponen otros contribuyentes y en particular los importadores y las transacciones internas. Al igual que en el caso de la primera subvención de las EVE, no es necesario consultar la Lista ilustrativa para llegar a esta conclusión.

4.489 Pero, lo mismo que en el caso anterior, la conclusión viene confirmada por la Lista ilustrativa. Esta confirmación aparece en la nota de pie de página de la Lista ilustrativa, que ya he citado dos veces, de que una de las maneras (no la única) en que se puede proporcionar una subvención a la exportación es la de permitir la utilización de fijación de precios sin que se den condiciones de plena competencia.

4.490 Los Estados Unidos tratan nuevamente de ver en la nota de pie de página condiciones que no figuran en ella, pero que desearían que figurasen. Sostienen la interpretación de que esa nota les permite designar una cierta categoría de procesos económicos como "realizados en el extranjero" -concretamente, las "funciones de distribución"²⁶⁴-y eximirlos de impuestos, a condición desde luego de que se refieran a la exportación de mercancías de los Estados Unidos. Admiten francamente que las normas de fijación administrativa de precios no atribuirán correctamente beneficios entre las personas participantes (la EVE y su proveedor vinculado), pero sostienen que en realidad no se deben considerar que las dos empresas están separadas²⁶⁵ y que atribuir a las EVE todos los "ingresos atribuibles a las funciones de distribución" es simplemente un método conveniente de aprovecharse de un pretendido derecho previsto en la OMC.

4.491 Naturalmente, la nota de pie de página 59 no dice nada semejante. Basta con echar una ojeada para ver que se refiere a la fijación de precios en condiciones de plena competencia entre personas vinculadas, no a la atribución de ingresos entre "procesos económicos".

4.492 La posición de los Estados Unidos se basa en su arbitraria introducción en el Acuerdo SMC del pretendido "criterio jurídico rector" en virtud del cual lo que un Miembro considere arbitrariamente un "proceso económico en el extranjero" puede quedar exento del pago de impuestos en cualquier circunstancia, inclusive cuando está supeditado al resultado de la exportación. Las Comunidades Europeas ya han refutado antes esa pretensión.

4.493 La imposibilidad de defender la posición de los Estados Unidos se demuestra también claramente al admitir que no es necesario que sea la propia EVE la que lleve a cabo esos "procesos económicos en el extranjero", ya que puede subcontratarlos con su proveedor vinculado. Según los

²⁶⁴ Párrafo 108 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁶⁵ Párrafo 109 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

Estados Unidos, siguen siendo "procesos económicos en el extranjero" porque la EVE los sufraga y es "jurídica y financieramente responsable"²⁶⁶ de los mismos.

4.494 La posición de los Estados Unidos adquiere tintes preocupantes cuando afirman que "el Congreso decidió eximir de impuestos a ingresos que los Estados Unidos tenían derecho a no gravar de conformidad con las normas del GATT".²⁶⁷

4.495 Cabe suponer que, según la tesis de los Estados Unidos, un país podría legítimamente decidir que la venta de mercancías a extranjeros es en un 50 por ciento o en un 100 por ciento un "proceso económico en el extranjero" y concebir un plan en virtud del cual se desvíen los beneficios a una "EVE" extraterritorial y luego permitir que se remitan a la empresa matriz en forma de dividendos no imponibles. La "EVE" asumiría la "responsabilidad jurídica y financiera" de la producción y exportación de las mercancías, pero naturalmente estaría facultada para subcontratar la producción y exportación con su empresa matriz. ¿Por qué razón un Miembro más decidido que los Estados Unidos a subvencionar exportaciones habría de detenerse en los modestos incentivos que permite el programa relativo a las EVE y no eximir de impuestos completamente a los ingresos procedentes de la venta de "bienes de exportación"?

4.496 ¿Qué tienen de "extranjero" unas actividades económicas relativas a la exportación de mercancías estadounidenses que se realizan totalmente en los Estados Unidos? Una EVE puede subcontratar con su empresa matriz todas sus actividades sin que ello influya en la cuantía de los beneficios fiscales.

Los argumentos de minimis

4.497 Los Estados Unidos aducen otro argumento en defensa del programa relativo a las EVE, a saber, que las subvenciones que otorgan son *de minimis* y en consecuencia no están sujetas a prohibición.

4.498 Ese argumento se basa en que en la nota de pie de página 59 se hace referencia a una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. El texto dice:

"Todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación."

4.499 El argumento de los Estados Unidos está mal orientado, porque la oración se refiere solamente al derecho de señalar a la atención aquellas prácticas y la palabra "importante" tiene por objeto tan sólo evitar que los Miembros denuncien casos puntuales de poca importancia.

4.500 La prohibición de subvenciones a la exportación es absoluta. No hay una norma *de minimis*. La existencia de una norma *de minimis* en cuestiones de derechos compensatorios está dictada por la naturaleza diferente de ese recurso y en particular por el hecho de que los derechos compensatorios sólo se pueden imponer cuando existe daño, y no es probable que exista daño cuando el efecto en el precio es inferior al 1 por ciento. Además, la norma *de minimis* en materia de derechos compensatorios se aplica únicamente a la imposición de derechos al producto de un exportador.

²⁶⁶ Véanse, por ejemplo, los párrafos 52 y 156 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁶⁷ Párrafo 130 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

Ningún *sistema* de subvenciones se sustrae al derecho compensatorio por el hecho de que su cuantía sea inferior al 1 por ciento del valor de las ventas.

4.501 En cualquier caso, las subvenciones de las EVE son importantes, al representar 2.000 millones de dólares según los cálculos de los Estados Unidos. El éxito del plan demuestra que tiene interés para los exportadores. Las empresas están por lo general dispuestas a adoptar medidas que añadan el 1 por ciento más o menos a sus márgenes de beneficios. Eso puede incrementar, en fin de cuentas, en un 10 o un 20 por ciento sus beneficios, que es lo que importa a las empresas.

4.502 Incluso el efecto *ad valorem* puede ser, desde luego, en algunos casos, muy superior a ese 0,93 por ciento que los Estados Unidos presentan como valor, ya que se trata solamente de un promedio.

4.503 El programa relativo a las EVE es importante porque se aplica a toda la economía de los Estados Unidos. A este respecto, los Estados Unidos pretenden hacernos creer que un incremento de sus exportaciones en un 0,3 por ciento es insignificante. No lo es. Por el contrario, es enorme y en cualquier caso mucho mayor que los efectos comerciales de los que en el pasado se han quejado los Estados Unidos.

La mayoría de las EVE no son extranjeras

4.504 No es solamente por el hecho de que pueda ser el proveedor vinculado el que realmente realice las actividades de las EVE por lo que éstas no son extranjeras. Tampoco serían extranjeras incluso si fueran las propias EVE las que las realizaran cuando las EVE están establecidas en un territorio o posesión de los Estados Unidos.

4.505 La Comisión Europea señaló que, de acuerdo con los datos del Tesoro de los Estados Unidos²⁶⁸, en las posesiones de los Estados Unidos estaba instalado el 74 por ciento de todas las EVE y que el 66 por ciento de las EVE estaban ubicadas en las Islas Vírgenes de los Estados Unidos.

4.506 La ubicación principal de las EVE son las Islas Vírgenes de los Estados Unidos. Este es un territorio organizado, pero no incorporado en los Estados Unidos, administrado por la Oficina de Asuntos Territoriales e Internacionales del Departamento del Interior estadounidense. Elige a un miembro de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.

4.507 La legislación fiscal de las Islas Vírgenes de los Estados Unidos figura en el IRC de los Estados Unidos. Su artículo 932 dispone que, a los fines de determinar la responsabilidad fiscal de los ciudadanos estadounidenses o de residentes con ingresos en las Islas Vírgenes, se entenderá que las Islas Vírgenes están incluidas en el territorio de los Estados Unidos.

4.508 Según la Ley de Créditos Presupuestarios Navales de 12 de julio de 1921, "se entenderá que la legislación de impuestos sobre la renta vigente en los Estados Unidos de América y la que se pueda promulgar en adelante estará también vigente en las Islas Vírgenes de los Estados Unidos".

4.509 En una publicación fiscal de las Islas Vírgenes, de julio de 1992, se dice que "la Ley de Equidad Tributaria y Responsabilidad Fiscal, 1984 (...) convierte a las Islas Vírgenes en una atractiva ubicación para exportadores de los Estados Unidos que deseen constituir una EVE. Los exportadores de los Estados Unidos pueden obtener ingresos exentos de impuestos utilizando a las EVE de las Islas

²⁶⁸ Véase el cuadro 6.1 en la página 20 del informe del Tesoro correspondiente a 1992-1993, Prueba 5 de las CE.

Virgenes para realizar algunas actividades de venta fuera de los Estados Unidos *que en otro caso podría realizar una empresa de los Estados Unidos*" (cursivas añadidas).²⁶⁹

4.510 La pretensión de los Estados Unidos de que los paraísos fiscales de las EVE en territorios y posesiones de los Estados Unidos son extranjeros se basa en que no forman parte del territorio aduanero de los Estados Unidos. Esa no es la demostración adecuada. Incluso el Entendimiento de 1981 en el que tan intensamente se apoyan los Estados Unidos habla de "transacciones relativas a mercancías exportadas [...] situadas fuera de los límites territoriales del país exportador". Ese no es el caso de los territorios y posesiones de los Estados Unidos. Además, esos territorios y posesiones no son Miembros de la OMC por separado, sino que se encuadran en el ámbito de responsabilidad de los Estados Unidos. El hecho de que constituyan territorios aduaneros diferentes es sencillamente una cuestión de definición formal.

4.511 Los Miembros de la OMC no están obligados a recaudar derechos aduaneros ni a tener territorios aduaneros. El hecho de que una parte de su territorio se estime fuera de sus territorios aduaneros o que sea un territorio aduanero por separado no puede eximirlos de las obligaciones que les impone la OMC. En otro caso, las posibilidades de abusos son enormes. Se podrían excluir de un territorio aduanero partes de puertos y utilizarlas para la concesión de subvenciones a la exportación.

La carga de la prueba

4.512 Los Estados Unidos se basan mayormente en la alegación de que las Comunidades Europeas no han demostrado que el programa relativo a las EVE permite exenciones fiscales superiores a las que tienen derecho.

4.513 La primera respuesta a esta objeción es que el programa relativo a las EVE no tiene derecho a eximir de impuestos a ningún ingreso si está supeditado a los resultados de exportación o está específicamente relacionado con la exportación.

4.514 La segunda respuesta es que está demostrado que las EVE proporcionan un beneficio. Las Comunidades Europeas, basándose en los propios documentos de los Estados Unidos, han demostrado la cuantía de los ingresos que se condonan.

4.515 Incluso si, en aras de la argumentación, se acepta la opinión de los Estados Unidos de que la disponibilidad de exenciones y de normas favorables para la fijación de precios no constituyen por sí mismas un beneficio y un beneficio comparado con la situación que existiría si se aplicara eso que definen como "criterio jurídico rector", puede demostrarse fácilmente que el programa relativo a las EVE proporciona un beneficio al ofrecer a los contribuyentes la posibilidad de elegir.

4.516 En su mayoría, las EVE utilizan exclusivamente las normas de fijación administrativa de precios²⁷⁰, lo cual ya demuestra lo ventajosas que son. Pero es que, además, hay dos normas y los contribuyentes pueden elegir la que les resulte más favorable, transacción por transacción, y hacerlo *ex post facto*. Si las normas de fijación administrativa de precios proporcionasen una aproximación a la fijación de precios en condiciones de plena competencia o incluso a un "criterio jurídico rector", ¿por qué ha de haber dos normas, una de las cuales puede otorgar una exención fiscal que es el doble de la que proporciona la otra? Si una de ellas da el resultado debido, la otra forzosamente deberá dar un resultado erróneo. Al ofrecer a los contribuyentes la posibilidad de elegir es evidente que se están condonando ingresos.

²⁶⁹ Véase Prueba 18 de las CE.

²⁷⁰ Véase el testimonio de Joseph J. Guttentag en la página 11 de la Prueba 2 de las CE y lo antes examinado.

4.517 Además, ¿qué conveniencia administrativa entraña esa opción que se ofrece a los contribuyentes? En realidad, el único propósito de las normas de fijación administrativa de precios es proteger de los impuestos estadounidenses a una parte de los beneficios de operaciones de exportación.

La nota 5 de pie de página

4.518 Los Estados Unidos han hecho referencia a la nota de pie de página 5 del Acuerdo SMC en apoyo de su argumentación. Esa nota no respalda su posición, ya que solamente se refiere a medidas que no se considera que constituyan subvenciones a la exportación en la Lista ilustrativa. Si se exceptuaran subvenciones no expresamente prohibidas por la Lista ilustrativa, eso equivaldría a convertir a la Lista ilustrativa en una *lista exhaustiva*, lo cual sería contrario al propósito expreso de la misma.

Conclusión

4.519 Las Comunidades Europeas establecen la conclusión de que el programa relativo a las EVE constituye una subvención prohibida a la exportación en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC y del punto e) de la Lista ilustrativa que figura en el Anexo I del Acuerdo SMC.

Los **Estados Unidos** responden además, en su comunicación oral en la primera reunión del Grupo Especial, como sigue:

4.520 Quizá deberíamos aclarar, para comenzar, de qué estamos hablando en la presente diferencia. Lo que estamos considerando aquí es una situación en la que un Miembro de la OMC grava los ingresos imputables a procesos económicos internos en los que ocurren ventas de bienes, pero no grava las actividades económicas en el extranjero en que ocurren ventas de bienes en transacciones de exportación. Las Comunidades Europeas sostienen que una situación de esas características entraña una subvención a la exportación.

4.521 Lo que los Estados Unidos han dejado descrito es lo que ocurre en un sistema fiscal territorial típico. El programa relativo a las EVE se ideó concretamente para imitar las características de un sistema territorial. Lo que las Comunidades Europeas sostienen es que es permisible que los países de las Comunidades Europeas que tienen sistemas territoriales o de tipo territorial renuncien a gravar los ingresos procedentes de actividades económicas en el extranjero, pero que no es permisible que hagan eso mismo los Miembros que tienen un sistema fiscal de otro tipo, como, por ejemplo, los Estados Unidos de América. Sin embargo, las disposiciones de la OMC deben aplicarse a todos por igual. Así pues, si el programa relativo a las EVE constituye una subvención a la exportación, también la constituirán los sistemas fiscales de los Miembros de la OMC que tienen sistemas fiscales territoriales o sistemas fiscales que poseen esa característica concreta de un sistema territorial. Dicho de otro modo: si el Grupo Especial acepta la tesis jurídica de las Comunidades Europeas, los sistemas fiscales de la mayoría de los Miembros de la OMC, o tal vez de todos ellos, con inclusión de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, quedarían transformados, de la noche a la mañana, en subvenciones a la exportación prohibidas, y se ocasionaría un enorme volumen de actividad en el ámbito del artículo 4 del Acuerdo SMC.

4.522 No debería ser ese el resultado, sin embargo. Como se hizo notar anteriormente, las reclamaciones de las Comunidades Europeas deben ser desechadas por razones procesales. Pero, aun dejando a un lado las cuestiones procesales, el argumento de las Comunidades Europeas está aquejado de un defecto fatal en sus fundamentos, ya que hace caso omiso del criterio jurídico rector aplicable a sus reclamaciones. Debido a ello, las Comunidades Europeas no presentaron al Grupo Especial

pruebas suficientes para llevar a cabo la tarea que les incumbía de formular una pretensión *prima facie*, y el Grupo Especial debe rechazar las reclamaciones de las Comunidades Europeas.

La exención fiscal de las EVE no es una subvención a la exportación

4.523 La primera de las tareas con que se enfrenta el Grupo Especial en este asunto es la de determinar el principio jurídico rector que ha de servir de punto de partida del análisis. El principio básico del GATT/OMC que es de aplicación a esta cuestión es el de que los Miembros no están obligados a gravar los ingresos imputables a actividades económicas en el extranjero, y el no gravar esos ingresos no da lugar a una subvención a la exportación.

4.524 Ese fue el principio con arreglo al cual el Consejo del GATT (y Francia, Bélgica, los Países Bajos y los Estados Unidos) resolvieron los asuntos *Legislación fiscal* en 1981. Ese es el principio en el que confiaron, y siguen confiando, los Miembros, con inclusión de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, y los Estados Unidos. Ese es el principio que se aplica hoy por igual a todos los Miembros. Y ese es el principio en torno al cual se ideó el programa relativo a las EVE. Si las Comunidades Europeas sostienen que no es ya válido tal principio, y si el Grupo Especial acepta los argumentos de las Comunidades Europeas, las repercusiones de este asunto llegarán muy lejos, en verdad.

4.525 Comenzando por la exención fiscal de las EVE, que según las Comunidades Europeas constituye por sí misma una subvención a las exportaciones, las Comunidades Europeas dan una interpretación fundamentalmente errónea a la norma pertinente a tenor del Acuerdo SMC. Esto se debe a que las Comunidades Europeas no tienen en cuenta la disposición rectora del Acuerdo SMC: la nota de pie de página 59 del Anexo I. La referida nota de pie de página 59 trae a la OMC la anterior norma del GATT en cuanto a exenciones fiscales de los ingresos imputables a actividades económicas en el extranjero. Esa norma encontró su articulación más clara en la decisión del Consejo en virtud de la cual se adoptaron en 1981 los asuntos *Legislación fiscal*. Al hacer las Comunidades Europeas caso omiso de la nota de pie de página 59, no reconocen tampoco que dicha nota matiza la regla general que figura en el punto e) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación por lo que respecta a las exenciones de impuestos directos relacionadas con transacciones de exportación.

4.526 Más en concreto, las Comunidades Europeas pasan por alto la cuestión preliminar de cuáles son los tipos de fuentes de ingresos que deben ser gravados. Es evidente que, si con arreglo a las disposiciones de la OMC un Miembro no está obligado a gravar determinadas clases de ingresos, el eximir de tributación esos ingresos no puede constituir una subvención, ni mucho menos una subvención a la exportación.

4.527 La nota de pie de página 59 indica que uno de los tipos de ingresos que los Miembros de la OMC no están obligados a gravar son los ingresos derivados de actividades económicas que tienen lugar fuera de sus respectivos territorios, ni siquiera cuando esas actividades se refieran a transacciones de exportación. Puesto que esos ingresos no tienen que ser gravados, el eximirlos de impuestos no constituye una subvención a la exportación.

4.528 Las razones a que obedece el permitir que los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no estén sujetos a tributación no es difícil de entender. Esa clase de trato de dichos ingresos es común a la mayoría de los Miembros de la OMC, y quizá a todos ellos. Aunque eximan de impuestos esos ingresos por métodos diferentes y en distinta medida, la mayoría de los países no gravan la mayor parte de los ingresos de las empresas extranjeras que funcionan en el exterior. Algunos miembros de las Comunidades Europeas, por ejemplo, imponen gravámenes tan sólo a los procesos económicos que tienen lugar dentro de sus fronteras. Con arreglo a esos sistemas tributarios, no tributan ni siquiera los ingresos que las empresas del propio país -incluidas las filiales y sucursales de dichas empresas- obtienen de las actividades a las que se dedican en el exterior. Los sistemas

fiscales territoriales o de tipo territorial tienen por efecto dejar exentas de tributación las actividades en el extranjero de empresas nacionales específicamente relacionadas con transacciones de exportación, aun cuando esas mismas actividades estén sujetas a tributación cuando se llevan a cabo en el territorio del país.

4.529 Si se estimase que la exención fiscal de los ingresos obtenidos en actividades económicas en el extranjero constituye una subvención a la exportación, habría que gravar todos los ingresos de esa clase, y casi todos los sistemas fiscales del mundo estarían en contravención de las disposiciones de la OMC. Es poco probable que quienes redactaron el Acuerdo SMC se propusiesen tal resultado, y la nota de pie de página 59 es prueba de que no lo hicieron.

4.530 Esa realidad de los sistemas fiscales de los Miembros de la OMC se ve reflejada en el proceso histórico que llevó a la inclusión del párrafo e) y la nota de pie de página 59 en el Acuerdo SMC. Esa historia muestra que las Partes Contratantes del GATT y los Miembros de la OMC no fueron nunca de la opinión de que los países deben imponer gravámenes fiscales a los ingresos derivados de procesos económicos en el extranjero. Los Estados Unidos expusieron esa historia en su primera comunicación, y no es necesario repetirla en esta ocasión. Baste con decir que los orígenes del párrafo e) se remontan a una propuesta formulada por un país que exime de impuestos desde hace mucho tiempo los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero y que nunca se propuso que esa exención fuese considerada como subvención prohibida.

4.531 Ese entendimiento entre las Partes Contratantes por lo que respecta al trato de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero se expresó con la máxima claridad en la Decisión del Consejo de 1981. El grupo de expertos que se ocupó de los asuntos *Legislación fiscal* acababa de rechazar dicho entendimiento al declarar que los sistemas fiscales territoriales y los sistemas fiscales con características territoriales entrañaban una subvención a las exportaciones. El Consejo revocó fundamentalmente la opinión del grupo de expertos y declaró expresamente que se había entendido en todo momento que "los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General". La única reserva que el Consejo formuló por lo que respecta a la exención de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero fue la de que la distribución de los ingresos entre las partes vinculadas debía llegar a resultados compatibles con el principio de la plena competencia.

4.532 La práctica del GATT en lo relativo al régimen fiscal de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero pasó a la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC. Esa nota está redactada utilizando prácticamente los mismos términos que utilizó el Consejo del GATT, al declarar que el principio de plena competencia se aplica a las partes vinculadas en las transacciones de exportación. El propósito de la nota de pie de página 59 se pone de manifiesto en su texto: matiza la regla general estipulada en el párrafo e) con la indicación de que los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no necesitan ser objeto de imposición fiscal. Si así no fuese, carecería de sentido gran parte de la nota de pie de página 59, lo cual no es aceptable con arreglo a las reglas habituales de interpretación de los tratados.

4.533 Cualquiera que sea la medida en que quepa decir que la nota de pie de página 59 o, en términos generales, el acuerdo SMC, no son claros a este respecto, la práctica seguida en el pasado, que es parte de este contexto, debe ser preceptiva. La Decisión del Consejo en 1981 no es meramente persuasiva, como lo sería cualquier decisión de las Partes Contratantes del GATT de adoptar el informe de un grupo de expertos. En lugar de ello, la Decisión del Consejo en 1981 equivale a una interpretación autorizada del párrafo 4 del artículo XVI del GATT, que debe leerse armonizándola con las disposiciones análogas del Acuerdo SMC. A diferencia de la mayor parte de las decisiones de adoptar el informe de un grupo de expertos, en las que no figura manifestación alguna de si las Partes

Contratantes concordaron con el razonamiento expuesto en el informe o discreparon de éste, en su Decisión de 1981 el Consejo dio a conocer sus puntos de vista. Esos puntos de vista deben ser respetados en el presente caso, porque las cuestiones fundamentales que el Grupo Especial tiene ante sí son en el fondo las mismas que las que tuvo ante sí el Consejo en 1981, a saber, hasta qué punto el no gravar los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero infringe las disciplinas de la OMC en materia de subvenciones.

4.534 Si es exacto que los Miembros no están obligados a gravar los ingresos procedentes de actividades económicas en el extranjero -y no cabe dudar de la exactitud de ese principio-, se sigue de ello que la primera alegación de las Comunidades Europeas en cuanto a subvenciones a la exportación (la de que la exención de las EVE está prohibida *per se*) no es sostenible. Al igual que los sistemas fiscales territoriales se abstienen de gravar las actividades económicas en el extranjero, los Estados Unidos pueden hacer eso mismo. Eso es precisamente lo que se desea hacer con el programa relativo a las EVE, como dejaron en claro las manifestaciones explícitas del Congreso de los Estados Unidos cuando se aprobó el sistema. Así pues, la única objeción que tal vez pudiesen formular al programa relativo a las EVE las Comunidades Europeas es la de que con las EVE no se concede, en su opinión, en forma exacta la exención que permite la OMC, y no la de que no pueden eximirse de impuestos los ingresos imputables a actividades económicas en el extranjero. Dicho de otro modo, se trata aquí de una diferencia acerca de los pormenores de aplicación y no acerca del principio.

4.535 Al no haber demostrado -ni haber presentado siquiera pruebas al respecto- las Comunidades Europeas que la exención de impuestos de las EVE abarca algo más que los ingresos imputables a actividades económicas en el extranjero, las Comunidades Europeas no han llegado a formular un argumento *prima facie*. El que las Comunidades Europeas no reconozcan el principio subyacente a la Decisión del Consejo de 1981 y a la nota de pie de página 59 no sólo es chocante sino que, además, causa alarma. Como se deja manifestado anteriormente, si el principio articulado por el Consejo en 1981 no es ya válido, los sistemas fiscales de la mayoría de los Miembros de la OMC, con inclusión de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, *serán* objeto de diferencias en el futuro y *serán* considerados subvenciones a la exportación.

La exención de impuestos de las EVE no es una subvención

4.536 Por las razones que acaban de exponerse, las Comunidades Europeas no pueden tampoco demostrar que la exención de impuestos de las EVE es una subvención, para los efectos del artículo 1 del Acuerdo SMC. Para que la exención de impuestos a las EVE constituyese una subvención, tendría que llevar consigo que los Estados Unidos perdiesen "ingresos que en otro caso se percibirían". Como se deja indicado, los Miembros de la OMC no están obligados, a tenor de las disposiciones de la OMC, a gravar los ingresos imputables a actividades económicas en el extranjero. Por consiguiente, dichos ingresos no pueden en modo alguno considerarse ingresos que "se percibirían". Dado que la exención de impuestos a las EVE no entraña una "contribución financiera", las EVE quedan fuera del ámbito del artículo 1.

Las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE no constituyen subvenciones a la exportación

4.537 La segunda de las reclamaciones primordiales de las Comunidades Europeas es la de que las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE constituyen, en sí mismas, subvenciones por separado a la exportación. Como se hizo notar anteriormente, es ésta una cuestión de pormenor, de aplicación. No se trata de una cuestión de principio fundamental.

4.538 Haciendo un aparte, los Estados Unidos tienen que hacer notar una cierta anomalía en la tesis de las Comunidades Europeas de que las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE pueden tener existencia aparte de la exención de impuestos a las EVE, y de que el Grupo Especial

debe llegar a conclusiones con respecto tanto a la exención de impuestos como a las normas de fijación administrativa de los precios. Si fuere cierta la afirmación de las Comunidades Europeas de que no pueden ser eximidos de impuestos los ingresos imputables a actividades económicas en el extranjero -y los Estados Unidos reiteran que no es cierta esa tesis de las Comunidades Europeas-, las normas de fijación administrativa de los precios no hacen al caso. Si esos ingresos deben ser gravados, nada importa, para los efectos de las disposiciones de la OMC en materia de subvenciones, que se asigne a esas actividades el 0, el 50 o el 100 por ciento de los ingresos obtenidos en una transacción de exportación.

4.539 Dejando a un lado ese aspecto, sin embargo, también carece de valor el ataque de las Comunidades Europeas a las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE. También en este punto el principal defecto de la tesis de las Comunidades Europeas es el de apoyarse en un criterio jurídico errado. En lugar de argumentar que las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE asignan de forma indebida los ingresos procedentes de actividades económicas internas, al distinguirlos de los procedentes de actividades económicas en el extranjero -como las Comunidades Europeas tendrían que hacer para probar una infracción del párrafo 1) a) del artículo 3-, las Comunidades Europeas cometen el error de pedir al Grupo Especial que examine si con las normas de fijación administrativa de los precios se alcanzan resultados diferentes de los que se obtendrían con arreglo al artículo 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos. Sin embargo, y como se explicó en la primera comunicación de los Estados Unidos, el artículo 482 no da una definición del principio de la plena competencia a efectos del Acuerdo SMC. Por el contrario, la cuestión fundamental en cuanto a esta reclamación de las Comunidades Europeas es la de si las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE dan lugar o no a resultados que quedan dentro de un margen aceptable de condiciones de plena competencia para efectos de la nota de pie de página 59, y la de si dan lugar o no a una economía importante de impuestos directos en las transacciones de exportación.

4.540 Al haber hecho caso omiso del criterio jurídico rector, las Comunidades Europeas no pudieron, naturalmente, presentar ninguna prueba pertinente. No es solamente que las Comunidades Europeas hayan dejado sin probar que las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE dan lugar a una exención de impuestos por lo que respecta a los procesos económicos *internos*, sino que tampoco han probado que sea "importante", como lo exige la nota de pie de página 59, la economía de impuestos directos que podría resultar por lo que respecta a ingresos imputables a procesos económicos *internos*. A menos que las Comunidades Europeas hagan eso, y en tanto que no lo hagan, no habrán presentado un argumento *prima facie* en el sentido de que las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE constituyen una subvención a la exportación.

4.541 La incomprensión del criterio jurídico rector por parte de las Comunidades Europeas es tanta como su incomprensión de la forma en que funcionan en realidad las normas aplicables a las EVE. Las Comunidades Europeas pretenden convencer al Grupo Especial de que lo que importa es si la propia EVE, utilizando los recursos de que dispone en su estructura, desempeña determinadas actividades en las transacciones de exportación. Las Comunidades Europeas sostienen que es poco lo que hacen algunas EVE y que, en virtud de las normas de las EVE, reciben esas empresas un porcentaje exagerado de los ingresos. Partiendo de ello, las Comunidades Europeas llegan a la conclusión de que las EVE son "simulaciones" que hacen posible que los exportadores estadounidenses desplacen indebidamente parte de los ingresos sujetos en su totalidad a tributación para convertirlos en ingresos, parcialmente exentos, de las EVE.

4.542 Las Comunidades Europeas se equivocan, sin más. Lo que importa en cuanto a las EVE *no* es si desempeñan, con los recursos de que disponen en su estructura, actividades suficientes por sí mismas para justificar la asignación de ingresos en virtud de las normas de fijación administrativa de los precios. Lo que importa, en términos de la nota de pie de página 59, es si los ingresos se asignan de manera tal que se aislen los imputables a actividades económicas en el extranjero, que son los que,

con arreglo a las disposiciones de la OMC, no es obligatorio que sean gravados. Las normas de las EVE asignan a éstas todas las funciones de ventas y distribución en las transacciones de exportación que abarcan. Esto quiere decir que, cuando una EVE haya desempeñado esas funciones con los recursos de que dispone en su propia estructura, está obligada a pagar a quien las haya desempeñado. Por lo tanto, aunque se juzgase que una EVE no llevaba a cabo los procesos económicos ejecutados por sus agentes, sería procedente atribuir todas las actividades de ventas y de distribución a las EVE, porque esas funciones forman parte de las transacciones de exportación que, por lo general, tienen lugar en el extranjero.

4.543 Es importante tener presente, a este respecto, que no todos los ingresos procedentes de las actividades de venta y distribución atribuidas a las EVE están exentos de impuestos. La cuantía exenta (el 15 por ciento, aproximadamente, o 15/23^{avas} partes del 23 por ciento) corresponde (en términos un tanto restrictivos) a la parte de las transacciones de exportación de las EVE que por lo general tiene lugar fuera de los Estados Unidos.

4.544 Las Comunidades Europeas no han ofrecido al Grupo Especial nada que pueda servir de base para que éste concluya que la exención fiscal de las EVE no está justificada por los procesos económicos que tienen lugar fuera de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas ni siquiera han planteado la cuestión. Se limitan las Comunidades Europeas a aseverar que no es aceptable ninguna metodología del tipo de las normas de fijación administrativa de los precios. Sin embargo, esa aseveración no casa con el texto de la nota de pie de página 59, en el que claramente se estipula que los Miembros podrán utilizar "prácticas administrativas o de otra clase" que no infrinjan el principio de la plena competencia ni den por resultado una "importante" economía de impuestos directos en transacciones de exportación. Además, la aseveración de las Comunidades Europeas de que el simple hecho de que existan varios métodos entre los que se pueda elegir infringe la nota de pie de página 59 hace caso omiso de que lo que importa son los resultados generales de un método y no el nombre que se le dé.

4.545 Las Comunidades Europeas tienen que hacer algo más que limitarse a señalar la metodología en la que se apoyan las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE. Deben demostrar que dichas reglas ocasionan resultados que no son permisibles. A pesar de que existe información, a disposición del público, que las Comunidades Europeas podían haber examinado para determinar si las reglas de las EVE ocasionan resultados que no son permisibles, las Comunidades Europeas no han presentado ninguna prueba empírica. Basta ese motivo para que deba desecharse su reclamación acerca de las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE.

Observaciones acerca de la comunicación oral de las Comunidades Europeas

4.546 Los Estados Unidos desean formular en esta oportunidad algunas observaciones acerca de varias de las afirmaciones de las Comunidades Europeas en su comunicación oral. En primer lugar, y por lo que respecta a la caracterización que las Comunidades Europeas hacen del programa relativo a las EVE y su relación con la sección F del Código de Rentas Internas, dicha sección F constituye una excepción al principio normal del aplazamiento. Así pues, si se quiere utilizar el término de "excepción", las EVE son una "excepción de otra excepción".

4.547 Por lo que respecta a la afirmación de las Comunidades Europeas de que las EVE son "simulaciones", los Estados Unidos expresan su desacuerdo con ellas, y remiten al Grupo Especial a su comunicación por escrito a ese respecto. Nos limitamos aquí a reiterar que es relativamente barato crear una empresa, como, por ejemplo, una EVE, pero resulta mucho más caro mantenerla en funcionamiento.

4.548 Por lo que respecta a la caracterización que las Comunidades Europeas hacen de las EVE como equivalente funcional de las sociedades DISC, existen muchas diferencias entre las EVE y

las DISC. Esas diferencias se exponen con pormenores en nuestra comunicación por escrito, y las principales son que las EVE están sujetas a requisitos en materia de presencia en el extranjero, de gestión en el extranjero y de procesos económicos en el extranjero, a las que no estaban sujetas las sociedades DISC.

4.549 Por lo que respecta a la acusación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos no han seguido las reglas de interpretación de los tratados de la Convención de Viena, los Estados Unidos creen que son las Comunidades Europeas las que no han seguido dichas reglas. Los Estados Unidos han examinado el Acuerdo SMC en términos de su texto, contexto, objeto y finalidad, mientras que las Comunidades Europeas han examinado de modo selectivo únicamente determinadas partes de ese texto.

4.550 Por lo que respecta a la referencia de las Comunidades Europeas a la notificación hecha por el Presidente Carter de los Acuerdos de la Ronda de Tokio, dicha notificación nada establece en cuanto a la naturaleza de la Decisión del Consejo de 1981, puesto que la Decisión del Consejo no se refiere a la cuestión de la fijación de precios a nivel dual a la que se refirió la notificación del Presidente Carter.

4.551 Por lo que respecta al enfoque de la nota de pie de página 59 por parte de las Comunidades Europeas, éstas la interpreta de modo tal que prácticamente la hace desaparecer de la existencia. Quienes redactaron la nota de pie de página 59 deben haber querido que tuviese algún significado, y el principio del efecto útil crea una presunción en el sentido de que así fue.

4.552 Por lo que respecta a la referencia de las Comunidades Europeas a que las EVE pueden elegir entre métodos de fijación de precios de transferencia, los contribuyentes tienen esa posibilidad de elección en virtud del artículo 482.

4.553 Por último, y por lo que respecta a la afirmación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos debían haber procurado que fuesen eximidas las EVE de las disciplinas en materia de subvenciones durante la Ronda Uruguay, los Estados Unidos opinan que el programa relativo a las EVE no constituía una subvención a tenor de las disposiciones existentes con anterioridad a la conclusión de dicha Ronda, y no existía razón alguna por la que los Estados Unidos debiesen "pagar" para aclarar algo que ya tenían -es decir, disposiciones en virtud de las cuales el programa relativo a las EVE no se consideraba como subvención- y que continúan teniendo con arreglo a las disposiciones vigentes.

Las **Comunidades Europeas** replican además a la respuesta de los Estados Unidos en su segunda comunicación por escrito, como sigue:

Introducción

4.554 Las Comunidades Europeas alegaron en su primera comunicación por escrito que:

- las exenciones fiscales incluidas en el programa relativo a las EVE y el aumento de los ingresos públicos que dejaban de recaudarse a consecuencia de la aplicación de sus normas de fijación administrativa de los precios constituían subvenciones sujetas al Acuerdo SMC, en el sentido de los artículos 1 y 2 de dicho Acuerdo; las subvenciones estaban supeditadas *de jure* a los resultados de exportación, en contradicción con lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC;
- las subvenciones estaban supeditadas *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, en contradicción con lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC; y

- por lo que respecta a los productos agropecuarios abarcados por el Acuerdo sobre la Agricultura, las subvenciones infringían los artículos 3 y 8, conexos con el párrafo 1 d) del artículo 9 y los párrafos 1 y 3 del artículo 10 de dicho Acuerdo.

4.555 Si bien la caracterización de las subvenciones a las EVE como subvenciones a la exportación prohibidas queda ya claro en los artículos 1, 2 y 3 del Acuerdo SMC, las Comunidades Europeas procedieron luego a demostrar que esa conclusión viene confirmada por el punto e) de la Lista ilustrativa, en el que se enumeran varias subvenciones a la exportación que se *consideran incluidas* en las prohibiciones del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

4.556 Respondiendo a lo que antecede, los Estados Unidos, en su primera comunicación por escrito, trataron de argumentar que el enfoque de las Comunidades Europeas estaba mal orientado, puesto que no tenían en cuenta lo que los Estados Unidos llamaban "criterio jurídico rector" o principio que estimaban entrañado o "implícito" en una de las notas de pie de página de la Lista ilustrativa.

4.557 En la primera reunión del Grupo Especial los Estados Unidos intentaron también sostener que la diferencia entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos se refería a "pormenores de aplicación" de su "criterio jurídico rector"²⁷¹ e hicieron hincapié en que las Comunidades Europeas no habían probado, como le incumbía, que no se había cumplido el "criterio jurídico rector".

4.558 Las Comunidades Europeas demostraron, en su comunicación al Grupo Especial en la primera reunión de éste, que era el enfoque de los Estados Unidos el que estaba mal orientado y el que, de hecho, invertía por completo su interpretación, en forma contraria a las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y, por consiguiente, contraria también al párrafo 2 del artículo 3 del ESD. Insistió también, respondiendo a la comunicación de los Estados Unidos en la primera reunión del Grupo Especial, en que la diferencia no tenía por objeto "pormenores de aplicación" sino, en primer lugar, una divergencia fundamental en cuanto al enfoque de la interpretación del Acuerdo SMC.

4.559 Las Comunidades Europeas están dispuestas, por supuesto, a desarrollar esos argumentos si el Grupo Especial lo estimare necesario, pero prevén, habida cuenta de la reacción de los Estados Unidos en la primera reunión del Grupo Especial y sus preguntas por escrito a las Comunidades Europeas, que adoptarán diferentes líneas en su segunda comunicación por escrito, centrándose más en el artículo 1 del Acuerdo SMC. Con el fin de prestar asistencia al Grupo Especial, las Comunidades Europeas formularán una primera respuesta a esas otras líneas de argumentación y demostrarán que tampoco pueden justificar las subvenciones a las EVE.

4.560 El primer argumento que los Estados Unidos tal vez formulen es el de que el Entendimiento de 1981 que sirvió de base para la adopción de los informes del grupo de expertos en los asuntos *DISC* y *Legislación fiscal* establece en cierto modo unos principios fiscales supremos que deben seguir los Miembros de la OMC y que, si se siguen, impiden que surja infracción alguna de los Acuerdos de la OMC. Esto se examinará *infra*.

4.561 Los Estados Unidos podrán tratar de aducir después que las subvenciones a las EVE no dan lugar a que "no se recauden ingresos públicos" que "en otro caso se percibirían", en los términos del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Esto se examinará *infra*.

²⁷¹ Véase, por ejemplo, el párrafo 16 de la comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial en su primera reunión.

4.562 Las Comunidades Europeas observan que los Estados Unidos no hicieron ningún intento de negar que las subvenciones a las EVE estuviesen supeditadas a las exportaciones²⁷², ni tampoco, por cierto, que estuviesen relacionadas específicamente con las exportaciones en el sentido del punto e) de la Lista ilustrativa²⁷³, y por consiguiente, las Comunidades Europeas no tienen nada que añadir, por el momento, a los argumentos que expusieron en su primera comunicación por escrito y en su comunicación al Grupo Especial en la primera reunión de éste.

4.563 Una de las cuestiones a la que los Estados Unidos dedicaron más argumentos fue su defensa de las normas de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE, sosteniendo que las Comunidades Europeas tendrían que demostrar que dichas reglas ocasionan una "importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". Las Comunidades Europeas responderán a esos argumentos *infra*.

El Entendimiento de 1981

Introducción

4.564 El Entendimiento de 1981 se expresó en los términos siguientes:

"El Consejo adopta estos informes en el entendimiento de que con respecto a estos casos, y de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General. Queda asimismo entendido que el párrafo 4 del artículo XVI exige que se observe la fijación de precios en condiciones de plena competencia, es decir, que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control que ellas deberán ser, a los efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuasen en condiciones de plena competencia. Además, el párrafo 4 del artículo XVI no prohíbe la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera."

"Tras la adopción de estos informes, el Presidente observó que la decisión y entendimiento del Consejo no querían decir que a las partes que habían suscrito el párrafo 4 del artículo XVI se les prohibiera gravar los beneficios de las transacciones que se realizaran fuera de sus fronteras, sino que significaba únicamente que no se les exigía que lo hicieran. Observó además que la decisión no modificaba las actuales reglas del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General en lo referente a la imposición fiscal de las mercancías exportadas. Observó igualmente que esta decisión no afectaba al Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII, ni resultaba afectado por él. Por último, el Presidente observó que la adopción de estos informes, junto con el entendimiento, no afectaba a

²⁷² Según se demuestra en los párrafos 146 a 154 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

²⁷³ Según se demuestra en los párrafos 155 a 132 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

los derechos y obligaciones que incumbían a las partes contratantes en virtud del Acuerdo General."²⁷⁴

4.565 Las Comunidades Europeas no disienten en modo alguno de los principios establecidos en el Entendimiento de 1981, tal y como los entienden, pero consideran que no son aplicables a la presente diferencia o pertinentes como "trabajos preparatorios" o "práctica ulteriormente seguida". Las Comunidades Europeas no están de acuerdo, decididamente, con el significado que los Estados Unidos atribuyen al Entendimiento.

El Entendimiento de 1981 no es aplicable ni pertinente a la presente diferencia

4.566 El Entendimiento de 1981 no es aplicable al asunto presente porque se relaciona con la adopción de informes de grupos de expertos en virtud de una norma jurídica distinta de la que es objeto de consideración en este asunto. El presente asunto se refiere a una infracción del apartado 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC de la OMC, mientras que el Entendimiento de 1981 se refiere a la adopción de informes de los grupos de expertos en virtud del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947.

4.567 Los asuntos *DISC* y *Legislación fiscal* se fundaron en el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 tal como existía en 1973 (fecha en que se establecieron los grupos de expertos), lo cual es probablemente muy distinto en cuanto a su contenido jurídico del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1994 y ciertamente muy distinto del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Como ya se mencionó anteriormente, el enfoque económico que se adoptó en esos asuntos fue muy distinto del análisis de carácter más jurídico que hubo que adoptar para determinar lo que constituye una "contribución financiera", un "beneficio" y una "supeditación a los resultados de exportación" a tenor del Acuerdo SMC.

4.568 Si fuere preciso confirmar lo inaplicable que es el Entendimiento de 1981 al asunto que nos ocupa, tal confirmación puede encontrarse en la declaración del Presidente del Consejo del GATT en aquel entonces, quien afirmó expresamente que "esta decisión no afectaba al Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII²⁷⁵ ni resultaba afectada por él" (esto es, por el Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio). Difícilmente podría estar más claro que es inaplicable al Acuerdo SMC (que, por supuesto, ni siquiera existía en aquel entonces).

4.569 El Entendimiento de 1981 tampoco es pertinente como parte de la historia de la negociación del Acuerdo SMC, y los Estados Unidos han manifestado expresamente que no están sosteniendo que lo sea (véase la pregunta 19 formulada por escrito por los Estados Unidos a las Comunidades Europeas, que figura en el Anexo EC-1). Lo que sostienen los Estados Unidos es que, si el Acuerdo SMC es ambiguo, podría acudirse a la "historia del trato de las exoneraciones fiscales de los ingresos de fuente extranjera a tenor de lo dispuesto en el GATT" y que ello es apropiado en virtud del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC (véase la pregunta 15 formulada por escrito por los Estados Unidos a las Comunidades Europeas, que figura en el Anexo EC-1).

4.570 La respuesta de las Comunidades Europeas a esto es, en primer lugar, que el apartado 1 a) del artículo 3 no es ambiguo. Pero los Estados Unidos también están errados al creer que el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC proporciona un fundamento para utilizar elementos de la historia del GATT para la interpretación de disposiciones de la OMC que puedan ser ambiguas. El párrafo 1 del artículo XVI dispone que la OMC se rija por las decisiones, procedimientos y prácticas

²⁷⁴ L/5271, 28S/121.

²⁷⁵ El texto completo se cita *supra*.

consuetudinarias de las Partes Contratantes del GATT de 1947, salvo disposición en contrario. Por lo que respecta a la interpretación de las disposiciones de la OMC, existe una norma específica en la propia OMC, que está estipulada en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD y que dispone que ello se haga de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho público internacional, lo cual, según ha confirmado el Órgano de Apelación, significa las normas estipuladas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

4.571 Así pues, aun si el Acuerdo SMC fuese ambiguo en algún respecto, los Estados Unidos tendrían que probar que el Entendimiento de 1981 forma parte de la historia de las negociaciones del Acuerdo SMC (lo que reconocen que no es) o que es "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Esto es, en efecto, lo que alegan los Estados Unidos (expresamente en el párrafo 103 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos). Sin embargo, esto haría, todo lo más, que el Entendimiento de 1981 fuese pertinente en cuanto a la interpretación del GATT de 1994, no del Acuerdo SMC.

4.572 Las Comunidades Europeas disienten de que el Entendimiento de 1981 constituya una "práctica ulteriormente seguida" pertinente en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.²⁷⁶ Podría, todo lo más, ser "práctica ulteriormente seguida" por lo que se refiere al párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Esa disposición, sin embargo, ya no está en vigor y el párrafo 4 del artículo XVI es, desde el punto de vista jurídico, muy distinto. No está interpretado en los Acuerdos de la Ronda de Tokio ni sujeto a instrumentos tales como la Declaración de 1960, que desempeñó una función importante en los asuntos *DISC* y *Legislación fiscal*, y con mayor razón porque las partes en el GATT de 1994 no son las mismas que las partes en ese Acuerdo y esa Declaración.

4.573 Las Comunidades Europeas no concuerdan tampoco en que el Entendimiento de 1981 pueda considerarse una decisión de las Partes Contratantes del GATT que se incorpora a la OMC en virtud del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el párrafo 1 b) iv) de la introducción al GATT de 1994. Remiten al Grupo Especial a la argumentación presentada en los párrafos 45 a 52 de su comunicación a la primera reunión del Grupo Especial.

4.574 La declaración de 1960 en la que se fundan los informes de los asuntos *DISC* y *Legislación fiscal* y el Entendimiento de 1981 no es tampoco una decisión en el sentido del párrafo 1 b) iv) de la introducción al GATT de 1994 ni forma parte del GATT de 1994 y, por lo tanto, no cabe considerar por este medio tampoco que ese Entendimiento forme parte del GATT de 1994.

El entendimiento relativo a los asuntos DISC y Legislación fiscal no contempla el principio alegado

4.575 En todo caso, aun si la Decisión de 1981 fuese una decisión a la que se refiriese el párrafo 1 b) iv) de la introducción al GATT de 1994, esto sólo haría que formase parte del GATT de 1994, no del Acuerdo SMC.

4.576 Uno de los principales fines del Acuerdo SMC es el de proporcionar una definición clara del término "subvención" y una prohibición más estricta de las subvenciones a la exportación que la que existía a tenor de las disposiciones anteriores y en particular del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Así pues, una decisión adoptada en relación con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 no puede ayudar a interpretar el Acuerdo SMC.

²⁷⁶ Párrafo 103 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

4.577 En todo caso, el Entendimiento de 1981 relativo a los asuntos *DISC* y *Legislación fiscal* no contempla el principio o "criterio jurídico rector" que alegan los Estados Unidos.

4.578 Los Estados Unidos están interpretando los términos del Entendimiento fuera de contexto y de una manera que contradice su propia y manifestada creencia²⁷⁷ de que el Acuerdo sobre la OMC o el Acuerdo SMC no exigen a los Miembros que adopten un sistema fiscal determinado o que se atengan a determinados principios fiscales.

4.579 Las Comunidades Europeas tienen la firme opinión de que no era la finalidad del GATT de 1947 ni es la finalidad del Acuerdo sobre la OMC o del Acuerdo SMC reglamentar en general los sistemas o métodos fiscales; esos acuerdos no "ordenan"²⁷⁸ a los Miembros imponer tributos de una manera determinada ni conceden el "derecho"²⁷⁹ a eximir determinados sistemas y métodos fiscales como les plazca. La finalidad del artículo XVI del GATT de 1947 (y ahora del Acuerdo SMC) es la de imponer disciplinas en cuanto a la concesión de determinadas subvenciones por parte de los Miembros. Esas disciplinas se aplican tanto al sistema tributario como a cualquier otro ámbito de actuación gubernamental. Puede evitarse que haya conflicto entre el sistema tributario y el artículo XVI del GATT de 1947 (y ahora el Acuerdo SMC) del mismo modo que puede evitarse en cualquier otro ámbito de la actuación gubernamental. Podría evitarse entrar en conflicto con las disposiciones sobre subvenciones del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 asegurándose de que cualquier subvención a un producto no "tenga como consecuencia rebajar su precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar" (al igual que puede evitarse entrar en conflicto con el Acuerdo SMC asegurándose de que las normas sean neutrales en los efectos que causan en el comercio, no sean específicas en el sentido del artículo 2 del Acuerdo SMC y, en particular, de que no estén supeditadas a los resultados de exportación).

4.580 Cuando el Entendimiento de 1981 declara que los procesos económicos situados fuera de los límites territoriales del país exportador *no necesitan* ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador está afirmando simplemente que el mero hecho de que un sistema fiscal sea territorial no habrá de considerarse una subvención a la exportación. No está, por supuesto, afirmando que una Parte Contratante del GATT pueda *eximir específicamente* algunas transacciones supeditándolas a los resultados de exportación.

4.581 Los Estados Unidos no sólo están pasando por alto el sentido corriente de la expresión "no necesitan", sino también constituyendo esa frase en norma rectora de las prácticas fiscales de las Partes Contratantes del GATT y ahora las de los Miembros de la OMC, conforme a la idea de que "los Estados tienen derecho a hacer objeto de imposición fiscal o no, según les plazca, los procesos económicos en el extranjero". No sólo no es eso lo que dice, sino que no podría decirlo, puesto que ello sería interferir con las prácticas fiscales más allá de lo que es necesario para evitar la concesión de subvenciones a la exportación.

4.582 Ese es el punto flaco fundamental de la argumentación de los Estados Unidos. Aun si se aceptase toda la interpretación jurídica de los Estados Unidos en cuanto a hacer el Entendimiento de 1981 pertinente para el presente asunto (y las Comunidades Europeas no lo aceptan), el Entendimiento no afirma lo que los Estados Unidos querrían que afirmase. Nunca dijo lo que los Estados Unidos querrían que hubiese dicho, como las Comunidades Europeas y otros siete países

²⁷⁷ Por ejemplo, en los párrafos 27 y 28.

²⁷⁸ Véase el párrafo 86 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁷⁹ Véase el párrafo 148.86 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

señalaron cuando se opusieron al programa relativo a las EVE y celebraron consultas en virtud del artículo XXII del GATT de 1947, el 26 de marzo de 1985.²⁸⁰

Conclusión

4.583 El Entendimiento de 1981 no es aplicable ni pertinente a la presente diferencia y, en todo caso, no contiene el "criterio jurídico rector" que alegan los Estados Unidos.

De si el programa relativo a las EVE da lugar a unos "ingresos fiscales sacrificados" que "en otro caso se percibirían"

Introducción

4.584 Los Estados Unidos examinan por último el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y alegan que las Comunidades Europeas dejan sin explicar por qué unos posibles ingresos fiscales provenientes de ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero constituyen ingresos "que en otro caso se percibirían". Invocando su "criterio jurídico rector" alegan que:

"En este caso, los principios de la OMC disponen que los Estados Unidos no están obligados a gravar los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero. El hecho de que se haga referencia a menudo a la disposición en virtud de la cual los Estados Unidos escogen ejercer *su derecho a no gravar* esos ingresos como una 'exención' no quiere decir que esos ingresos 'en otro caso se percibirían'." (Las cursivas son nuestras).

4.585 De manera análoga, en el párrafo 8 de su comunicación a la primera reunión del Grupo Especial, los Estados Unidos resumieron su argumento como sigue :

"No cabe duda de que, si a tenor de las normas de la OMC, un Miembro de dicha Organización no está obligado a gravar determinadas categorías de ingresos, el exonerar esos ingresos del régimen impositivo no puede constituir una subvención y, menos aún, una subvención a la exportación."

4.586 Los Estados Unidos están en efecto interpretando el Entendimiento de 1981²⁸¹ como si concediese el "derecho a no gravar" los ingresos que califiquen de extranjeros en las condiciones que se dejan a su elección. Las Comunidades Europeas han tratado de ese error *supra* y han señalado que ni la OMC (ni el GATT anteriormente) otorgan el derecho a gravar o a no gravar; se limitan a disponer que el sistema tributario no conceda subvenciones. Los Estados Unidos también interpretan mal o tergiversan la postura de las Comunidades Europeas cuando afirman en el párrafo 86 de su primera comunicación por escrito que las Comunidades Europeas alegan que el Acuerdo SMC "ordena" que se sometan a impuestos determinados ingresos.

4.587 Resulta evidente lo absurdo del razonamiento de los Estados Unidos cuando se piensa que no hay nada en la OMC que "obligue" o exija a un Miembro que grave ningún ingreso, y la lógica de los Estados Unidos llevaría a la conclusión de que podría eximir de impuestos a una determinada empresa o a un sector industrial a su libre elección. Si así fuese, no serían nunca aplicables ni el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC ni el párrafo e).

²⁸⁰ Véanse los párrafos 21 y 112 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

²⁸¹ Los Estados Unidos también parecen alegar que ese derecho se otorga asimismo en virtud de la nota de pie página 59 al punto e) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC, pero de esto se trata *infra*.

4.588 Las Comunidades Europeas han afirmado que las diversas exenciones que proporcionaba el programa relativo a las EVE y la derogación de la aplicación de las normas usuales relativas a la fijación de precios de transferencia del artículo 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos daban lugar a ingresos fiscales sacrificados y, puesto que otorgaban beneficios, constituían subvenciones. Los Estados Unidos alegan que esto no basta para demostrar que esos ingresos fiscales sacrificados se percibirían en otro caso y que "sólo demuestra que si los ingresos que están exentos de impuestos no lo estuvieran, habría una recaudación de ingresos públicos adicional".²⁸²

4.589 En vista de ello, las Comunidades Europeas procederán a continuación a facilitar una explicación más detallada de por qué el programa relativo a las EVE da lugar a que haya ingresos fiscales sacrificados que en otro caso se percibirían.

Interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC

4.590 Cabe que, con miras a determinar si se sacrifican unos ingresos fiscales que de otro modo se percibirían, sea preciso comparar la situación con otra análoga en la que los ingresos fiscales deban percibirse. Las Comunidades Europeas no están alegando que esa situación comparable sea simplemente la situación que prevalecería si no existiese la medida de la que se queja. Su postura es la de que los Estados Unidos se están desviando de las normas generalmente aplicables y de los principios prevalecientes en su régimen, según se ponen de manifiesto en el trato que otorgan en situaciones comparables.

4.591 Lo que importa es que, para que haya subvención, deberá haber una desviación o una exención del tipo generalmente aplicado o de la base de la recaudación. Por lo tanto, las Comunidades Europeas no sostendrían que la decisión de un Miembro de la OMC de reducir el tipo de interés vigente del impuesto sobre los beneficios de las sociedades del 40 al 35 por ciento constituye una subvención, dado que el 35 por ciento se convierte en ese caso en el tipo de interés vigente con respecto al cual hay que medir toda desviación o excepción. Si esa reducción del tipo de interés básico constituyese una subvención, podría sostenerse también que el que un gobierno imponga contribuciones a un tipo impositivo de menos del 100 por ciento constituye una subvención. Por lo mismo que la elección del tipo de interés vigente no es una subvención, tampoco la adopción de un principio tributario generalmente aplicable puede ser de por sí una subvención.

4.592 Las Comunidades Europeas señalan que los Estados Unidos usan la misma interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC en su práctica de imposición de derechos compensatorios y compensan como subvenciones las desviaciones o exenciones con respecto al tipo impositivo generalmente aplicado o a la base para la recaudación de impuestos.²⁸³

4.593 Las Comunidades Europeas adujeron varios ejemplos de comparaciones pertinentes en su primera comunicación por escrito a fin de demostrar que el programa relativo a las EVE se desviaba del sistema general. Dado que los Estados Unidos parecen no haberlos visto, las Comunidades Europeas los recordará:

- Si el programa relativo a las EVE no existiese o si la transacción de exportación por medio de una EVE no reuniese las condiciones necesarias para acogerse a ese programa (por ejemplo por tratarse de la exportación de bienes procedentes de *otro territorio* que no fuese el de los Estados Unidos, o por no satisfacer las prescripciones de contenido nacional), no se consideraría ninguna parte de los

²⁸² Véase el párrafo 153 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁸³ Véanse, por ejemplo, los derechos compensatorios aplicados al salmón noruego el 4 de diciembre de 1991, asunto N° 403-802.

ingresos correspondientes a la EVE procedentes de esa transacción "ingresos de comercio exterior exentos" y sería imponible conforme al sistema fiscal estadounidense. Por consiguiente, la existencia del programa relativo a las EVE, o el que se aplique dicho programa a las transacciones, dará lugar a que haya ingresos fiscales sacrificados.

- Si una EVE llevase a cabo una transacción de *importación* en nombre de su sociedad matriz o vendiese los bienes de su sociedad matriz a un cliente de los Estados Unidos en vez de llevar a cabo una transacción de exportación, ninguna parte de los ingresos de la EVE procedentes de esas transacciones constituiría "ingresos de comercio exterior exentos" y sería imponible conforme al régimen fiscal estadounidense. El poder acogerse al programa relativo a las EVE para la transacción y exportación daría lugar a que hubiese ingresos fiscales sacrificados en comparación con los impuestos pagaderos con respecto a las transacciones equivalentes de importación o nacionales.
- Si un fabricante vendiese los bienes en el mercado nacional o exportase los bienes directamente en vez de hacerlo por medio del programa relativo a las EVE, ninguna parte del beneficio obtenido estaría exento de impuestos y los impuestos pagados serían, por tanto, más elevados. De lo que se deduce que el uso del programa relativo a las EVE da lugar a que haya ingresos fiscales sacrificados.

4.594 Las Comunidades Europeas añadirían que, en el caso del último ejemplo, el resultado del análisis sería el mismo incluso si el fabricante optase por solicitar ofertas, negociar y concluir la venta en el extranjero. Los impuestos pagados serían aun así más elevados que si se utilizase una EVE, y por lo tanto se sacrificarían ingresos fiscales que en otro caso se percibirían.

4.595 En cuanto a la segunda subvención, el que pueda hacerse uso de unas normas especiales de fijación administrativa de los precios, las Comunidades Europeas sostuvieron, y los Estados Unidos no lo han rebatido, que esas normas son la única desviación que existe de las normas generalmente aplicables para determinar los precios a efectos fiscales entre sociedades vinculadas que figuran en el artículo 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos. Una EVE puede, sin duda, atenerse a las normas estipuladas en el artículo 482 del Código, pero puede elegir hacer uso de unas normas especiales de fijación administrativa de los precios que no se ofrecen en ninguna otra parte del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos.

La cuantía de los ingresos fiscales sacrificados y cómo se calcula

4.596 Las Comunidades Europeas ya han señalado que los propios Estados Unidos reconocen en sus informes periódicos que el programa relativo a las EVE da por resultado un costo en ingresos fiscales que calcula²⁸⁴ y estima en 2.000 millones de dólares EE.UU. para 1997. Por si se arguyese que esto no corresponde a ingresos fiscales no percibidos en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, las Comunidades Europeas adjuntan, como Prueba 25 de las CE, un fragmento de la contribución de los Estados Unidos a un informe de la OCDE de 1996 sobre "Gastos impositivos - Experiencias recientes".

4.597 Los Estados Unidos definen los "gastos impositivos" como "pérdidas de recaudación fiscal imputables a disposiciones de la legislación fiscal federal que permiten una exclusión, exención o deducción especiales con respecto a los ingresos íntegros o que otorgan una deducción especial, un

²⁸⁴ Véanse los párrafos 100 y 138-139 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

tipo impositivo preferencial, o un aplazamiento de la cuota tributaria".²⁸⁵ Ello explica que se haga uso de dos puntos de referencia para determinar los gastos impositivos: la base impositiva normal del régimen tributario y la base de referencia legislativa. El primero vendría a ser un conjunto de principios generales (un sistema fiscal "teóricamente normal") y el segundo vendría a ser la legislación existente generalmente aplicable.

4.598 Las Comunidades Europeas no creen que forzosamente se sacrifiquen los ingresos públicos que en otro caso se percibirían, en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, si los ingresos fiscales recaudados son inferiores a un nivel teórico (la "base impositiva normal" en terminología de los Estados Unidos), sólo si hay ingresos públicos no recaudados con respecto a la legislación generalmente aplicable (la "base de referencia legislativa" en terminología de los Estados Unidos). Los Estados Unidos también llaman a estas medidas "excepciones especiales dentro de la legislación fiscal que están al servicio de funciones programáticas [...] tales como la defensa nacional, la agricultura y la asistencia sanitaria".²⁸⁶

4.599 En el referido informe se explican los **criterios** que se utilizaron para determinar cuándo se trata de un gasto impositivo.²⁸⁷ El primero es que "a falta de esa disposición especial, la legislación fiscal facilite normas generales que hagan posible que el contribuyente determine los impuestos sobre la renta que se le aplican debidos y pagaderos". El segundo criterio sería el de que "es preciso que la disposición especial se aplique a una clase de transacciones o de personas que lleven a cabo las transacciones lo bastante restringida como para permitir que se especifique un programa objetivo que pueda ser administrado a cargo del capítulo de gastos del presupuesto con los fondos adecuados".

4.600 Por último, el informe indica que una de las categorías que han sido calificadas de gastos impositivos "consistiría en desviaciones de las normas generales del sistema fiscal existente que puedan ser medidas y evaluadas de manera comparable a cómo se miden y evalúan los programas de transferencia y subvenciones en el capítulo de gastos del presupuesto".²⁸⁸

4.601 Los gastos impositivos relativos a las EVE se enumeran en la página 112 del documento "con exclusión de los ingresos de empresas de ventas en el extranjero", y se da como cifra correspondiente a los "ingresos no percibidos" ("Revenue forgone" en el documento en inglés) para 1995 la de 1.400 millones de dólares EE.UU. Se ve claro en el informe que el método que se utilizó para medir la cuantía de esos ingresos fiscales no percibidos fue el de aplicar "la base de referencia legislativa" (los casos en que se usa el método fiscal normal se indican con una llamada de nota de pie de página 1).

4.602 Así pues, los Estados Unidos reconocieron una vez más en este informe que el programa relativo a las EVE **supone una exención a las normas fiscales estadounidenses generalmente aplicables**.

El programa relativo a las EVE exime de impuestos procesos económicos que no se realizan en el extranjero

4.603 Aun si los Estados Unidos estuviesen en lo cierto en su opinión (que las Comunidades Europeas no comparten), primero, de que el Acuerdo SMC (o alguna otra disposición) otorga a los Miembros de la OMC *el derecho a no gravar* procesos económicos en el extranjero y, segundo, de

²⁸⁵ Véase la página 107 del capítulo I, "Introducción", del documento.

²⁸⁶ Véase la página 108 del capítulo III del documento.

²⁸⁷ Véase el capítulo III en la página 108 del documento.

²⁸⁸ Véase el último párrafo del capítulo III en la página 109 del documento.

que tienen derecho a supeditar esa exención a los resultados de exportación, puede todavía demostrarse que las exenciones del programa relativo a las EVE son incompatibles con el Acuerdo SMC.

4.604 Ello se debe a que el programa relativo a las EVE exime de impuestos procesos económicos que no se realizan en el extranjero. Hay tres razones principales para que esto sea así: en primer lugar, que las EVE pueden situarse en territorio estadounidense (no metropolitano); en segundo lugar, que las actividades de las EVE pueden en realidad ser subcontratadas y vueltas de nuevo al proveedor vinculado de los Estados Unidos sin ninguna disminución de la proporción del beneficio devengado a las EVE y quedar así protegidas en parte del pago de impuestos, y, en tercer lugar, que ese programa se aparta de las normas habituales estadounidenses aplicables a las fuentes de ingresos y considera que el 15/23 de los ingresos de las EVE son ingresos de fuente extranjera, mientras que las normas generalmente aplicables dispondrían que esos ingresos procedían en su mayor parte de fuente estadounidense.

Las EVE pueden estar situadas en territorio estadounidense

4.605 Las Comunidades Europeas ya han indicado²⁸⁹ que la mayor parte de las EVE están situadas en territorios estadounidenses tales como las Islas Vírgenes (EE.UU.). Las Comunidades Europeas no aceptan que esos territorios sean extranjeros y han formulado a los Estados Unidos varias preguntas cuyas respuestas demuestran una vez más lo que las Comunidades alegan. Las Comunidades Europeas han señalado (y los Estados Unidos no han rebatido) que:

- Las Islas Vírgenes (EE.UU.) son un territorio organizado y sin incorporar de los Estados Unidos, administrado por la Oficina de Asuntos Territoriales e Internacionales del Departamento del Interior de los Estados Unidos. Dicho territorio elige un miembro de la Cámara de Representantes estadounidense.
- Las Islas Vírgenes (EE.UU.) están en general sujetas a la legislación de los Estados Unidos. Esto se aplica en particular a la legislación fiscal que figura en el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos. El artículo 932 de dicho Código dispone que se considerará que los Estados Unidos incluyen las Islas Vírgenes a efectos de determinar la cuota tributaria estadounidense de los ciudadanos o residentes de los Estados Unidos con ingresos en las Islas Vírgenes. A tenor de la Ley de Asignaciones Presupuestarias Navales de los Estados Unidos, de 12 de julio de 1921, "se entenderá que las leyes del impuesto sobre la renta ahora vigentes en los Estados Unidos de América y las que puedan promulgarse en adelante estarán igualmente vigentes en las Islas Vírgenes de los Estados Unidos".
- Los Estados Unidos han indicado también en la primera reunión del Grupo Especial, en respuesta a una pregunta formulada por las Comunidades Europeas, que los Estados Unidos tienen obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC con respecto a las Islas Vírgenes.
- La única alegación que las Comunidades Europeas creen que se hace en cuanto a que las Islas Vírgenes (EE.UU.) sean extranjeras es la de que constituyen un territorio aduanero distinto del resto de los Estados Unidos. Según lo que se indica en la última página de la Prueba 18 de las CE adjunta a la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas (en la que figura una relación de las disposiciones jurídicas pertinentes relativas a las Islas Vírgenes (EE.UU.)), sólo se imponen los derechos de

²⁸⁹ Véanse los párrafos 42 a 49 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

aduanas de las Islas Vírgenes (EE.UU.) a los bienes procedentes de fuera de los Estados Unidos

4.606 Si existe una norma a tenor del "criterio jurídico rector" de los Estados Unidos que otorgue a un Miembro de la OMC el *derecho a no gravar* procesos económicos en el extranjero (y a que ese Miembro pueda supeditar esa exención a los resultados de exportación), entonces el término "extranjero" deberá tener un significado objetivo. Cabe dudar que un Miembro de la OMC pueda pensar que determinadas partes de su territorio sean lugares en que las empresas tengan derecho a realizar procesos económicos en el extranjero y que tenga derecho también a otorgarles privilegios fiscales (y a supeditar esos privilegios a los resultados de exportación). Las Comunidades Europeas sostienen que "extranjero" sólo puede querer decir que se halla fuera de la soberanía territorial de un Miembro o por lo menos situado en un "territorio aduanero distinto que disfrute de completa autonomía en la dirección de sus relaciones comerciales exteriores" en el sentido de los artículos XXXI y XXXIII del GATT de 1994 y con ninguno de esos fundamentos están las Islas Vírgenes y los demás territorios y posesiones de los Estados Unidos en los que pueden situarse las EVE en el "extranjero". En particular, un territorio aduanero distinto de un solo Miembro de la OMC no puede considerarse "extranjero" en relación con el resto del territorio de ese Miembro. Muchos Miembros tienen zonas aduaneras especiales, incluidas algunas partes de sus puertos principales.

4.607 Sólo se puede iniciar procedimientos de solución de diferencias con respecto a otros Miembros de la OMC, no con respecto a los territorios aduaneros distintos de esos Miembros. Pese a ello, los Miembros de la OMC están obligados a respetar las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC en cuanto a todos los territorios de otros Miembros para los cuales esos Miembros han aceptado el Acuerdo sobre la OMC. Por ejemplo, las Comunidades Europeas están obligadas a ello, en virtud del artículo II del GATT de 1994, por lo que respecta a todos los territorios de los Estados Unidos. No puede haber sido la intención de los Miembros de la OMC cuando concluyeron el Acuerdo sobre la OMC que una exención del sistema fiscal en cuanto a empresas establecidas en un territorio aduanero distinto de un Miembro que no es ni podría ser un Miembro por separado de la OMC, pero que goza de los derechos dimanantes de la OMC, no pudiera considerarse una subvención.

4.608 Es más, en el Entendimiento de 1981, en el que tanta confianza depositan los Estados Unidos, se habla de "procesos económicos [...] situados fuera de los límites territoriales del país exportador". Cuando los Acuerdos de la OMC se refieren al territorio, se refieren al territorio completo de un Miembro, y cuando se refieren a un territorio aduanero distinto esto queda especificado.

4.609 Así pues, no puede considerarse que un proceso económico realizado por las EVE tenga lugar "en el extranjero" por estar situado en territorios y posesiones de los Estados Unidos, ya que esos territorios y posesiones no son "el extranjero" con relación a los Estados Unidos.

Las actividades de las EVE pueden ser subcontratadas de vuelta al proveedor vinculado en los Estados Unidos

4.610 Las Comunidades Europeas han indicado varias veces que una EVE puede, en virtud del programa relativo a las EVE, subcontratar todas sus actividades de vuelta a su proveedor vinculado y que, por lo tanto, esas actividades pueden llevarse a cabo en los Estados Unidos casi exactamente igual que si las EVE no se hubiesen establecido. Debido al modo en que funcionan las normas especiales de fijación administrativa de los precios, puede que esto no suponga ninguna diferencia en cuanto al beneficio fiscal obtenido. Las Comunidades Europeas no aceptan que unas actividades que de hecho se llevan a cabo en los Estados Unidos por el proveedor vinculado puedan considerarse como realizadas en el "extranjero" a efectos del Acuerdo SMC, aun si ello fuese pertinente.

El programa relativo a las EVE se aparta de las normas habituales de los Estados Unidos en cuanto a las fuentes de ingresos

4.611 Las Comunidades Europeas señalaron en su primera comunicación por escrito que las exenciones fiscales que se otorgaba en virtud del programa relativo a las EVE era una exención de las normas habituales de los Estados Unidos en cuanto a las fuentes de ingresos. El párrafo a) del artículo 921 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos determina que los ingresos de comercio exterior de las EVE exentos son "ingresos de fuente extranjera que no están efectivamente vinculados con la realización de una actividad comercial o empresarial en los Estados Unidos. Cuando se aplican las normas especiales de fijación administrativa de los precios, esto supone el 15/23 de los ingresos totales de comercio exterior como queda determinado por esas normas²⁹⁰, y cuando se aplican las normas del principio de la plena competencia del artículo 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, supone el 30 por ciento de los ingresos totales de comercio exterior, como queda determinado por esas normas.²⁹¹ El párrafo d) del artículo 921 dispone que lo que queda de esos ingresos de comercio exterior "sea tratado como ingresos efectivamente vinculados con una actividad comercial o empresarial llevada a cabo a través de un establecimiento permanente de esa empresa en el territorio de los Estados Unidos".

4.612 Los párrafos a) y d) del artículo 921 son, en efecto, fórmulas especiales sobre el origen de los ingresos de las EVE. Una fracción determinada se considera originada en el extranjero y el resto en el país.

4.613 Las normas sobre el origen generalmente aplicables en los Estados Unidos representan, en cambio, un código sumamente evolucionado en cuanto a qué ingresos y en qué cuantía deberán considerarse originados en el país o en el extranjero, a efectos fiscales. Por ejemplo, los ingresos procedentes de actividades de venta efectuadas por medio de un representante no se consideran, en general, originados en el lugar de residencia de la persona que asume la "responsabilidad jurídica y financiera", sino donde tiene lugar la actividad.²⁹² Cuando se efectúan en parte dentro de los Estados Unidos y en parte fuera de ellos, los ingresos habrán de ser distribuidos conforme a ello.²⁹³

4.614 Las fórmulas especiales en cuanto a la fuente de los ingresos del programa relativo a las EVE no representan un intento de determinar la verdadera fuente de los ingresos de las EVE. Se hace exactamente la misma distribución cuando se trata de compra y venta o comisión de las EVE y tanto si las EVE llevan a cabo sus funciones ellas mismas o las subcontratan de vuelta a su proveedor vinculado. Es más, cuando se trata de las normas especiales de fijación administrativa de los precios, se aplican las mismas fórmulas, por muchos que sean (o, en verdad, pocos) los ingresos de una EVE que se considerarían de fuente extranjera con arreglo a las normas generalmente aplicables. Los Estados Unidos reconocen que es así cuando dicen lo siguiente:

"las normas aplicables a las EVE no fueron pensadas para forzar a éstas a llevar a cabo todas las actividades económicas en el extranjero por sí mismas; estuvieron encaminadas sobre todo a imputar a las EVE los ingresos que se deriven de procesos

²⁹⁰ Véase el párrafo a) 3) del artículo 923 del IRC junto con el párrafo a) 4) del artículo 291 del IRC.

²⁹¹ Véase el párrafo a) 2) del artículo 923 del IRC junto con el párrafo a) 4) del artículo 291 del IRC.

²⁹² Véase el párrafo a) 3) del artículo 861 del IRC.

²⁹³ Véase el párrafo b) del artículo 863 del IRC.

económicos en el extranjero, sea cual fuere la manera en que esos procesos se lleven a cabo".²⁹⁴

y que la cuantía que se exige es

"un cálculo aproximado y moderado de la cuantía correspondiente a las actividades económicas extranjeras de las que la EVE es responsable".²⁹⁵

4.615 A tenor de las normas habituales en materia de fuentes de ingresos, los ingresos de una EVE podrían considerarse de fuente extranjera, de fuente interna o de ambas fuentes combinadas. Cuando se trata de una EVE con comisión, el determinar la fuente de los ingresos por comisión de esa EVE se centraría en la localización o localizaciones en que la EVE (actuando directamente o por medio de sus representantes) efectuase las actividades necesarias para ganar la comisión. Si esas actividades tuviesen lugar parte dentro y parte fuera de los Estados Unidos, los ingresos de la EVE se distribuirían conforme a ello. (Una vez más, es el lugar en que se efectúa la actividad, y no la residencia a efectos fiscales de la persona que lleva a cabo el servicio, lo que constituye el factor determinante.)

4.616 Como ya hemos indicado anteriormente, esos requisitos estuvieron encaminados a que los exportadores pudieran satisfacerlos con relativa facilidad y con la menor perturbación posible de sus prácticas comerciales normales. Una vez que una EVE satisface lo dispuesto en el artículo 924 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos (y las disposiciones conexas del párrafo c) del artículo 925 de dicho Código), puede acogerse a las normas de fijación administrativa de los precios y hacer que la fuente de sus ingresos se calcule con arreglo a las fórmulas de los artículos 921 y 923 del Código. En cambio, como se indicó *supra*, las normas habituales que se aplican para determinar la fuente de los ingresos se fundan mucho más en la evaluación de la sustancia y el valor, así como la localización, de las actividades económicas que originaron esos ingresos.

Conclusión

4.617 Las Comunidades Europeas han mostrado que, aun si el "criterio jurídico rector" de los Estados Unidos fuese aceptado (y las Comunidades Europeas no lo aceptan), el programa relativo a las EVE no lo satisface, puesto que en la mayoría de los casos en que la EVE está constituida en un territorio o posesión de los Estados Unidos, ninguna de las actividades de las EVE pueden considerarse efectuadas en el "extranjero" en absoluto. En otros casos, las EVE pueden subcontratar de vuelta todas sus actividades con el proveedor vinculado de manera que pueden llevarse a cabo en los Estados Unidos sin ninguna pérdida de beneficio fiscal. Además, las EVE se benefician de una excepción de las normas corrientes en materia de fuentes de ingresos para que de ese modo pueda considerarse de fuente extranjera una parte de sus ingresos mucho mayor de la que resultaría de las normas generalmente aplicables (sobre todo cuando se trata de las EVE con comisión).

Las normas especiales de fijación administrativa de los precios

Introducción

4.618 Las Comunidades Europeas señalaron en su primera comunicación por escrito²⁹⁶ que las normas especiales de fijación administrativa de los precios a las que pueden acogerse las EVE y sus sociedades matrices pero no ningún otro contribuyente de los Estados Unidos constituyen una

²⁹⁴ Párrafo 127 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁹⁵ Párrafo 130 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

²⁹⁶ Véanse en particular los párrafos 127, 135 a 137, y 142 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

inequívoca subvención prohibida a la exportación que surge a consecuencia de una contribución financiera adicional de un gobierno en forma de ingresos fiscales sacrificados, en comparación con la situación que prevalecería si hubiese que aplicar las normas habituales de fijación de precios de transferencia en virtud del artículo 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos y se sumasen los ingresos fiscales sacrificados que se obtienen a consecuencia de las exenciones de las EVE. Esas normas especiales de fijación administrativa de los precios que pueden usarse *a elección* del contribuyente, *ex post* o transacción por transacción cuando dan un resultado más favorable, tienen como consecuencia una recaudación tributaria menor para la administración pública de los Estados Unidos que si esas normas no existiesen.²⁹⁷

4.619 Los Estados Unidos afirman, en el párrafo 22 de su primera comunicación por escrito, que encuentran "extraña" esa segunda alegación de las Comunidades Europeas, dado que, si las Comunidades Europeas están en lo cierto acerca de la primera subvención a las EVE, "entonces no tiene ninguna importancia, a efectos de las prescripciones en materia de subvenciones de la OMC, si es el 0, el 50, o el 100 por ciento de los ingresos obtenidos en una transacción de exportación lo que se imputa a esas actividades".

4.620 Las Comunidades Europeas ya han facilitado una explicación al respecto²⁹⁸, pero la repetirán. Ello se debe a que cada una de las subvenciones del programa relativo a las EVE podría existir aunque la otra no existiese, y es importante que una y otra se consideren subvenciones a la exportación prohibidas para que las dos tengan que ser suprimidas. Las Comunidades Europeas están tratando de evitar que surja una situación que dé pie a que los Estados Unidos puedan evadir el poner su programa relativo a las EVE de conformidad con las disposiciones de la OMC retirando o modificando las exenciones de que gozan las EVE y sus sociedades matrices al tiempo que conservan para ellas las ventajas que suponen las normas especiales de fijación administrativa de los precios.

4.621 Las Comunidades Europeas ampliarán en esta sección los siguientes aspectos ulteriores. En primer lugar, aclararán su posición en cuanto al fundamento jurídico de su opinión de que las normas especiales de fijación administrativa de los precios constituyen subvenciones prohibidas a la exportación.

4.622 En segundo lugar, aplicarán esos principios al programa relativo a las EVE e indicarán por qué queda establecido con ello que las normas especiales de fijación administrativa de los precios dan lugar a que se produzcan ingresos fiscales sacrificados y son incompatibles con el Acuerdo SMC, y que no es necesario probar, fundándose en estadísticas o declaraciones sobre la renta, que dan por resultado una importante economía de impuestos directos.

Los principios del Acuerdo SMC por lo que respecta a la fijación de precios de transferencia

4.623 El Grupo Especial preguntó en su primera reunión a las Comunidades Europeas si la segunda frase de la nota de pie de página 59 exigía el uso de una fijación de precios en condiciones de plena competencia en todos los casos y si era la única fuente de normas en el asunto. Las Comunidades Europeas aprovechan esta oportunidad para explicar con más amplitud su postura acerca del tema.

²⁹⁷ Una buena indicación de cuán ventajosa es la opción de usar esas normas se encuentra en el artículo de *Tax Notes International* titulado *A FSCful of Dollars: Maximizing FSC Benefits through Transaction Level Pricing* (un puñado de dólares mediante las EVE: cómo elevar al máximo los beneficios de las EVE nivelando la fijación de los precios de transacción), que se presentó como Prueba 8 de las CE con la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

²⁹⁸ Véase el párrafo 128 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas y el párrafo 23 de la comunicación oral de las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial.

4.624 Las Comunidades Europeas repiten en primer lugar su opinión (que los Estados Unidos han declarado compartir)²⁹⁹ de que no es el objeto del Acuerdo SMC (ni desde luego de la OMC) fijar normas en cuanto al sistema tributario de los Miembros, y que se limita a disponer que sean cuales fueren los sistemas o métodos fiscales que se utilicen, no deberán crear subvenciones y, menos aún, subvenciones a la exportación. En particular una nota de pie de página a una Lista ilustrativa que figura en un Anexo no puede sentar normas absolutas en cuanto al manejo de la política fiscal (esto es, normas que se aplican esté o no probado que existe subvención).

4.625 El punto de partida para un estudio de cuándo las normas de fijación de precios de transferencia pueden crear una subvención deberá ser el artículo 1 del Acuerdo SMC, que determina lo que es una subvención a efectos de ese Acuerdo y cuándo las subvenciones están sujetas a las disciplinas del Acuerdo SMC (por ejemplo, cuando son específicas).

4.626 El párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC estima que existe contribución financiera de un gobierno cuando "no se recauden ingresos públicos que en otros casos se percibirían". Se ha indicado también que puede considerarse que el punto de referencia para determinar si hay ingresos públicos sacrificados es la legislación fiscal generalmente aplicable, y que los Estados Unidos comparten este punto de vista y llaman a esto la "legislación de referencia".³⁰⁰

4.627 Lo dicho explica por qué en la segunda frase de la nota de pie de página 59 se sostiene que "los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia". El empleo de la palabra "*should*" en la versión en inglés es preciso porque la nota de pie de página no puede sentar una norma fiscal, y sólo puede indicar cuándo podría haber una subvención a la exportación.

4.628 Aunque los Miembros de la OMC gozan en principio de libertad con arreglo al ordenamiento jurídico de la OMC para no estipular el uso de la fijación de precios en condiciones de plena competencia entre empresas vinculadas, está claro que de así hacerlo corren el riesgo de conceder subvenciones. Esto se debe a que, al estudiar si existe o no una subvención, uno de los factores que a menudo se tendrá en cuenta será la situación que prevalecería en la conjuntura de mercado. Eso es precisamente lo que se trata de conseguir con las normas de fijación de los precios en condiciones de plena competencia.

4.629 Las Comunidades Europeas vuelven a formular observaciones sobre los argumentos de los Estados Unidos en torno a la nota de pie de página 59, pero ahora aplican el mencionado principio a las normas especiales de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE.

Aplicación de los principios mencionados al programa relativo a las EVE

4.630 Las normas especiales de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE son un modo de apartarse de las normas generalmente aplicables (o comunes) del sistema fiscal de los Estados Unidos que se aplican a la reglamentación a efectos fiscales de los precios que se consideran pagaderos en las transacciones entre empresas vinculadas, que, como reconocen los Estados Unidos, están consignadas en el artículo 482 de su Código de Rentas Internas.³⁰¹ Sólo pueden

²⁹⁹ Por ejemplo en los párrafos 27 y 28 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

³⁰⁰ Véase *supra* y la Prueba 25 de las CE.

³⁰¹ Véase el párrafo 53 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

acogerse a ellas las EVE y sus sociedades matrices, y dan resultados más favorables porque se puede elegir como se quiera entre el método común consignado en el artículo 482 del Código y las dos normas especiales de fijación administrativa de los precios, la de transacción por transacción y la de *ex post*. Se demuestran los enormes beneficios que esto supone en el artículo de "*Tax Notes International*" titulado "*A FSCful of Dollars: Maximizing FSC Benefits through Transaction Level Pricing* (Un puñado de dólares mediante las EVE: cómo elevar al máximo los beneficios de las EVE nivelando la fijación de los precios de transacción)", que se presentó como Prueba 8 de las CE con la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas. Se deduce también claramente del texto de la propia legislación relativa a las EVE que el método del 1,83 por ciento de las entradas brutas puede dar por resultado el doble de la exención fiscal del 23 por ciento del método de la renta imponible conjunta. Para ver un ejemplo calculado de cómo funciona esto, el Grupo Especial puede remitirse al ejemplo 3 que figura en la página 198 del artículo "*A FSCful of Dollars: Maximizing FSC Benefits through Transaction Level Pricing*", en la Prueba 8 de las CE.

Las normas especiales de fijación administrativa de los precios constituyen una subvención prohibida a la exportación

4.631 Habiéndose establecido que las normas especiales de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE dan lugar a subvención, está claro que constituyen una subvención prohibida a la exportación, dado que están supeditadas a los resultados de exportación y vinculadas específicamente a las exportaciones, como las Comunidades Europeas han demostrado con creces en su primera comunicación por escrito y en su comunicación oral en la primera reunión del Grupo Especial. Las Comunidades Europeas hacen notar que los Estados Unidos no han rebatido lo relativo a la supeditación a las exportaciones.

4.632 La nota de pie de página 59 confirma la conclusión a la que se ha llegado, pero de ello se tratará *infra*.

Conclusión

4.633 La Comunidad ha aclarado *supra* su posición en cuanto al motivo por el que las normas especiales de fijación administrativa de los precios constituyen una subvención prohibida a la exportación. Se funda esta posición en los artículos 1 y 3 del Acuerdo SMC y la confirman el párrafo e) y su nota de pie de página 59. Las Comunidades Europeas procederán a continuación a examinar la argumentación de los Estados Unidos en este asunto, la cual se apoya en gran medida en una interpretación distorsionada de la nota de pie de página 59 al punto e) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC.

La nota de pie de página 59 al punto e) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC

Introducción

4.634 La defensa que hacen los Estados Unidos se apoya fuertemente en la nota de pie de página 59 al punto e) de la Lista ilustrativa que figura en el Anexo I del Acuerdo SMC, que según ellos contiene o "implica" un "criterio jurídico rector" al efecto de que un Miembro tiene derecho a no gravar procesos económicos en el extranjero y puede supeditar el no someter a un régimen impositivo esos procesos económicos en el extranjero a cualquier condición que quiera (o por lo menos a los resultados de exportación).

4.635 Las Comunidades Europeas ya han señalado que la supuesta fuente de ese "criterio jurídico rector", el Entendimiento de 1981, fundándose en el cual se adoptaron los informes *DISC* y *Legislación fiscal*, no es aplicable ni pertinente a esta diferencia y no contiene el criterio que se alega.

4.636 No obstante, quedan aún varias cuestiones que se plantean a raíz de la nota de pie de página 59 acerca de las cuales las Comunidades Europeas desean formular algunas observaciones.

El contexto del párrafo e)

4.637 Es, en primer lugar, necesario recordar, por si se olvida, que el párrafo e) del Anexo I y su nota de pie de página 59 no son precisos para el análisis de las Comunidades Europeas. Las subvenciones EVE contravienen el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC sin que haya necesidad de referirse a la Lista ilustrativa, salvo para ratificación.

4.638 Los Estados Unidos yerran al alegar que:

"Por consiguiente, si la Lista ilustrativa considera que una medida es una subvención a la exportación, está prohibida. En caso contrario, si la Lista considera que la medida no es una subvención a la exportación, no está prohibida. No se necesitan más análisis para descubrir el significado del párrafo 1 a) del artículo 3 por lo que se refiere a las medidas incluidas en la Lista ilustrativa."

4.639 La primera oración es correcta. La segunda es también, en principio, correcta, no como una deducción *a contrario* de la primera oración, sino como paráfrasis de la nota de pie de página 5 al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Pero el punto e) de la Lista ilustrativa no menciona ninguna medida como "no constitutiva de subvenciones a la exportación" y la deducción que se pretende hacer en la tercera frase es errada por completo. En primer lugar, una nota de pie de página sólo *explica* una disposición, no la *contradice* como daría por resultado el argumento de los Estados Unidos. En segundo lugar, la nota de pie de página está facilitando una orientación en cuanto al sentido y significado de los términos utilizados en el párrafo e) y la relación de esos términos con el resto del Acuerdo SMC. Así por ejemplo, la primera oración (que no es cuestión en este asunto) está simplemente recordando que si se perciben los intereses correspondientes a los pagos aplazados, no habrá subvención. Y la última oración de la nota de pie de página 59 se limita a recordar el principio general (que las Comunidades Europeas suscriben) de que no es el objeto del Acuerdo SMC especificar los sistemas fiscales que los Miembros pueden adoptar. Esa oración no está exceptuando del Acuerdo salvedades específicas y supeditadas a los resultados de exportación en cuanto a los sistemas que dan lugar a subvenciones a la exportación.

4.640 Las Comunidades Europeas quieren dejar también en claro que no es el objeto del párrafo e) ni de ninguna otra disposición de la Lista ilustrativa concretar lo que constituye o no una subvención, como parecen estar argumentando los Estados Unidos. Esa cuestión queda reglamentada de modo exhaustivo en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Se está sólo facilitando orientación acerca de las *subvenciones a la exportación*. Si fuera de otro modo, el hecho de que se haga referencia a una medida como no constitutiva de subvención a la exportación querría decir que nunca, en ningún caso, podría considerarse que una subvención quedase abarcada por el Acuerdo (ni siquiera si se aplicase *específicamente* pero sin *supeditación a los resultados de exportación*).

La segunda oración de la nota de pie de página 59

4.641 Como las Comunidades Europeas ya han señalado, la segunda oración de la nota de pie de página 59 confirma la posición de las Comunidades Europeas, fundada en las demás disposiciones del Acuerdo SMC, de que el abandono de la supeditación a los resultados de exportación que el programa relativo a las EVE supone con respecto a las normas de fijación de precios en condiciones de plena competencia puede y debe considerarse una subvención a la exportación.

4.642 Los Estados Unidos, sin embargo, hacen uso de la segunda oración de la nota de pie de página 59 con varios fines distintos. En primer lugar, tratan de deducir de esa oración apoyo para su

"criterio jurídico rector", sugiriendo que es ambigua y que habrá de interpretarse el texto según el Entendimiento de 1981 para resolver esa ambigüedad. En segundo lugar, tratan de defender las normas especiales de fijación administrativa de los precios de su programa relativo a las EVE, argumentando que la referencia a la fijación de precios en condiciones de plena competencia que figura en esa nota no quiere decir lo que parece.

4.643 Los Estados Unidos dicen interpretar esa oración de la nota de pie de página en el sentido de que autoriza a designar determinada categoría de procesos económicos como realizados "en el extranjero" -esto es, en "funciones de distribuidor"-³⁰² y a eximirlos de impuestos, siempre y cuando, claro está, se relacionen con las exportaciones de mercancías de los Estados Unidos. Reconocen con candidez que las normas de fijación administrativa de los precios no distribuirán bien el beneficio entre las personas que participan en el asunto (las EVE y sus proveedores vinculados), pero alegan que éste no es su objeto y que no se refieren a la clase de normas que constan en el artículo 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos o a las Directrices de la OECD, sino a la distribución de ingresos entre distintas funciones económicas. Según los Estados Unidos, la EVE y su proveedor vinculado no deberán considerarse verdaderamente como separados³⁰³ y el asignar todos "los ingresos imputables a funciones de distribuidor" a la EVE no es más que un conveniente ardid para aprovecharse de unos derechos que se pretenden dimanantes de las disposiciones de la OMC.

4.644 Por supuesto que la nota de pie de página 59 no asevera tal cosa. Se deduce claramente de ese texto que se refiere a que los precios de las mercancías en transacciones de exportación entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser los mismos que serían cargados entre empresas independientes que actúen en condiciones de plena competencia. No se está refiriendo a la distribución de ingresos entre *procesos económicos*. Lo que es muy lógico, dado que la nota de pie de página 59, al sentar el principio que acabamos de mencionar, presume, correctamente, que en una transacción entre partes independientes cada una de esas partes (en este caso la parte vendedora) cargará unos precios que respondan a los procesos que en efecto desempeñó esa parte (siendo el motivo para ello el de que, en condiciones comerciales normales, no sería posible elevar los precios mediante la inclusión en ellos de cargos por procesos que no se desempeñaron, ni hacer todo lo contrario, esto es, constituiría una conducta comercial poco habitual la de no incluir en el precio los cargos correspondientes a los procesos que en efecto se desempeñaron). Es aún más ajeno a la conducta comercial normal permitir que los precios se determinen *ex post* conforme a unas fórmulas por las que se puede optar para elevar al máximo el beneficio del comprador o representante y, sin embargo, esto es exactamente lo que hace el programa relativo a las EVE.

4.645 Así pues, el motivo de que en la nota de pie de página 59 se adopte el principio de la "plena competencia" es el de aproximarse lo más posible a las condiciones que reinarían de no haber vinculación entre el comprador y el vendedor. La legislación aplicable a las EVE no hace nada de ese tipo, ya que crea una distribución ficticia de ingresos (fundándose en un criterio de fórmulas predeterminadas) sin tener en cuenta los procesos llevados cabo en realidad por una EVE. Por todo ello, la teoría de los Estados Unidos de que la nota de pie de página 59 contiene una "norma de distribución de ingresos" no podría estar más alejada de la realidad.

4.646 Está claro también que la actual interpretación de los Estados Unidos de la nota de pie de página 59 no corresponde a lo que fue su intención primera, sino que constituye un intento *ex post* de utilizar ese texto para defender el programa relativo a las EVE. Era diferente la opinión de los Estados Unidos en 1978, cuando se negoció el texto. Las Comunidades Europeas presentan, en

³⁰² Párrafo 108 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

³⁰³ Párrafo 109 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

calidad de Prueba 28 de las CE, una carta de Richard R. Rivers, Consejero General de la Oficina estadounidense del representante especial para negociaciones comerciales, a la Comisión de las Comunidades Europeas, en la que se indica que fue la intención de la segunda oración de la nota de pie de página 59 referirse precisamente a directrices tales como las que más adelante redactó la OCDE y que esto podría aplicarse al menos con respecto a los miembros de la OCDE.

La tercera oración de la nota de pie de página 59 y la argumentación en torno a la cuantía de minimis

4.647 Un argumento más en defensa del programa relativo a las EVE es el de que la cuantía de las subvenciones que concede es *de minimis* y que, por tanto, no pueden estar comprendidas entre las prohibidas.

4.648 Esto se funda en la referencia que se hace en la tercera oración de la nota de pie de página 59 a una importante economía de impuestos en transacciones de exportación. La oración dice así:

Todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación.

4.649 El argumento de los Estados Unidos está mal orientado, porque esa frase sólo se refiere al derecho a señalar a la atención esas prácticas y el término "importante" está simplemente destinado a impedir que los Miembros invoquen asuntos de poca importancia.

4.650 La prohibición de conceder subvenciones a la exportación es absoluta. No hay ninguna norma *de minimis* al respecto. La existencia de una norma *de minimis* en materia de derechos compensatorios viene dictada por la naturaleza diferente de esas medidas correctoras y, en particular, por el hecho de que los derechos compensatorios sólo pueden imponerse cuando hay daño y no es probable que haya daño cuando el efecto de los precios es inferior al 1 por ciento. Además, la norma *de minimis* en materia de derechos compensatorios se aplica sólo a la imposición de derechos a los productos de un exportador que pueden ser el valor acumulativo de varios regímenes de subvenciones, cada uno de ellos por separado inferior al 1 por ciento. Ningún *programa* de subvenciones deja de estar sujeto a derechos compensatorios porque la cuantía de la subvención sea inferior al 1 por ciento del valor de las ventas.

4.651 En todo caso, las subvenciones del programa relativo a las EVE son importantes, con un valor de 2.000 millones de dólares EE.UU. al año, según lo estimado por los propios Estados Unidos. El éxito del programa demuestra que resulta interesante para los exportadores. Como quedó indicado *supra*, el efecto real es más importante de lo que pueda parecer. Las empresas se muestran por lo general muy dispuestas a adoptar medidas que suponen una economía del 15 al 30 por ciento con respecto a la carga impositiva aplicable a las transacciones de exportación. Después de todo, ello aumentará sus beneficios netos del 5 al 10 por ciento, y eso es lo que cuenta para las empresas.

4.652 Incluso los efectos *ad valorem* pueden ser, por supuesto, en algunos casos muy superiores al 0,93 por ciento que alegan los Estados Unidos, dado que esta cifra es sólo un promedio.

4.653 El programa relativo a las EVE es importante, puesto que se aplica a toda la economía de los Estados Unidos. A este respecto, los Estados Unidos alegan que un aumento del 0,3 por ciento en las exportaciones estadounidenses es insignificante. No lo es. Las Comunidades Europeas no están de acuerdo en que sea así. En 1998 las exportaciones de mercancías estadounidenses se cifraron en 683.000 millones de dólares EE.UU. El 0,3 por ciento representa unos 2.000 millones de dólares EE.UU., lo que es muy importante y en todo caso mucho mayor que algunos efectos en el comercio de los que se han quejado los Estados Unidos en el pasado.

4.654 Los Estados Unidos construyen una argumentación, fundada en los términos utilizados en la tercera oración, que las Comunidades Europeas refutarán a continuación. Sostienen los Estados Unidos que esa oración sólo se refiere a una economía de impuestos *en total*, a través de toda la economía, puesto que habla de "economía" en singular y de "impuestos directos" y "transacciones de exportación" en plural. A las Comunidades Europeas les parece especioso este argumento. El hecho de que las expresiones "impuestos directos" y "transacciones de exportación" estén en plural se explica por la estructura de la frase y porque el sujeto de la segunda oración es "prácticas", en plural. El uso del singular en "economía" responde simplemente a un uso habitual del lenguaje y no indica que sólo la reducción media de impuestos sea pertinente.

4.655 Una interpretación tal sería contraria al objeto general del Acuerdo SMC, que es el de someter a disciplina subvenciones *específicas*. Como se indica en el artículo 2 del Acuerdo SMC, la especificidad comprende en particular el otorgamiento de una ventaja especial a algunas empresas o grupo de empresas. Centrarse en el efecto total que pueda tener en conjunto en las empresas constituye flagrante infracción de los principios primordiales del Acuerdo SMC.

Las EVE con comisión

4.656 Aun si se aceptase la interpretación de los Estados Unidos de la nota de pie de página 59 (y las Comunidades Europeas la rechazan), ello no ayudaría a la mayor parte de las EVE, dado que la mayoría de ellas funcionan con comisión y no compran ni venden productos.

La nota de pie de página 59 y los asuntos DISC y Legislación fiscal

4.657 Parte de la argumentación de los Estados Unidos de que la nota de pie de página 59 autoriza las subvenciones del programa relativo a las EVE se funda, en realidad, en la idea de que esa nota de pie de página estaba encaminada a resolver la compleja diferencia sobre asuntos fiscales³⁰⁴ que surgió a consecuencia de los asuntos *DISC* y *Legislación fiscal* y de que, por lo tanto, debería ahora interpretarse a la luz de ello en cuanto a permitir el programa relativo a las EVE, que, como los Estados Unidos han sostenido varias veces³⁰⁵, fue específicamente destinado por el Congreso de los Estados Unidos a satisfacer lo que entendían como prescripciones del GATT de 1947.

4.658 Lo primero que las Comunidades Europeas querrían plantear en respuesta a ese argumento es que, con los debidos respetos, esa opinión del Congreso estadounidense acerca de las prescripciones del GATT de 1947 no goza de autoridad. Se afirma claramente en las Indicaciones generales que figuran en la Prueba 6 de las CE que el Congreso, incluso en 1985, no juzgó que la argumentación contra las *DISC* fundada en el GATT fuese persuasiva o creíble.³⁰⁶ Además, el Congreso estadounidense estaba ideando un sistema que pudiera defenderse en virtud del GATT de 1947, no del Acuerdo SMC, por lo cual, aun si el programa relativo a las EVE fuese compatible con el GATT de 1947 (un punto de vista que no es el de las Comunidades Europeas pero acerca del cual el Grupo Especial no precisa decidir), ello no supondría que no da lugar a subvenciones prohibidas a tenor del Acuerdo SMC del Acuerdo sobre la OMC.

4.659 Ha habido numerosas modificaciones en cuanto a la posición jurídica desde la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, en 1995.

³⁰⁴ Véanse por ejemplo los párrafos 2, 16 y 38 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

³⁰⁵ Véanse por ejemplo los párrafos 40, 53, 81 y 126 de la primera comunicación por escrito de los Estados Unidos.

³⁰⁶ Véase el primer párrafo de la página 1.042 de las Indicaciones generales que figuran en la Prueba 6 de las CE.

4.660 El Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio que existía en aquel entonces era un "Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI and XXIII del Acuerdo General", mientras que el Acuerdo SMC es un Acuerdo distinto del GATT de 1994 y es el que, en virtud de la Nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, habrá de prevalecer en caso de conflicto con las disposiciones del GATT de 1994. Deja de ser, por tanto, una interpretación del GATT. En el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC todavía se hace referencia a que el Acuerdo SMC interpreta al GATT, pero cabe entender que esto se refiere principalmente a los derechos compensatorios en virtud del artículo VI del GATT de 1994 y se explica por su origen (se copió del párrafo 1 del artículo 19 del Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio y sólo hubo modificaciones en cuanto a la "revisión jurídica" de los términos). Esto se refuerza aún más por el hecho de que esta disposición es idéntica a la que consta en el párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, de la OMC (el "Acuerdo Antidumping").

4.661 El Acuerdo SMC no sólo es independiente del GATT de 1994 (que no invoca las Comunidades Europeas en este caso), sino que supone cambios fundamentales, en particular en cuanto al modo de tratar las subvenciones a la exportación. En primer lugar, se ofrece aquí por primera vez una definición del término "subvención" (párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC) y se deja en claro que las disciplinas de este Acuerdo sólo se aplican a subvenciones específicas (párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo SMC) y que las subvenciones a la exportación se consideran específicas (párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo SMC). Además, las subvenciones a la exportación quedan ahora definidas en términos generales como subvenciones supeditadas, *de jure* o *de facto*, como condición única o entre otras varias condiciones, a los resultados de exportación (párrafo 1 a) del artículo 3) y se incluye la Lista ilustrativa (modificada) en calidad de *ejemplos* de lo que *queda incluido* en la prohibición. En general, esta es una definición mucho más estricta y completa de las subvenciones a la exportación que la que existía antes. El estar combinada con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, sin embargo (para ser subvención a la exportación una medida habrá de ser en primer lugar una subvención), la hace más rigurosa y precisa, y determinadas medidas que podrían haberse considerado comprendidas entre las subvenciones a la exportación prohibidas en virtud del Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio han dejado de estar prohibidas si no dan por resultado una contribución financiera del gobierno y no se otorga un beneficio a quien las recibe.

4.662 Otra diferencia más con el Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio es la de que en el Acuerdo SMC figura ahora una prohibición clara en cuanto a las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales en el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC (también pertinente por lo que respecta al presente procedimiento).

4.663 Por último, hay también algunas modificaciones pertinentes a la propia Lista ilustrativa. En la antigua Lista ilustrativa anexa al Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio, figuraban dos disposiciones destinadas específicamente a proteger la legislación DISC/EVE de los Estados Unidos (se incluye en la Prueba 29 de las CE el texto completo del Anexo I del Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio). Son las siguientes:

- Se añadió, tras la frase acerca de la remisión de impuestos, la siguiente oración:

"Los signatarios reconocen además que ninguna disposición de este texto prejuzga la resolución por las PARTES CONTRATANTES de las cuestiones concretas planteadas en el documento L/4422 del GATT."

El documento L/4422 del GATT es el documento en el que figura el informe del grupo de expertos sobre el asunto DISC.

- Se añadió al final del texto correspondiente a la actual nota de pie de página 59 un párrafo en el que se afirma lo siguiente:

"En los casos en que existan medidas incompatibles con las disposiciones del párrafo e), y cuando el signatario que las aplica tropiece con dificultades importantes para ajustarlas prontamente a las disposiciones del Acuerdo, dicho signatario procederá, sin perjuicio de los derechos que asistan a otros signatarios en virtud del Acuerdo General o del presente Acuerdo, a examinar métodos tendientes a ajustar esas medidas dentro de un plazo razonable."

Cuando se adoptaron los Acuerdos de la Ronda de Tokio, los Estados Unidos experimentaron grandes dificultades en poner fin al régimen DISC, y ello tuvo que esperar hasta después de las elecciones presidenciales que tuvieron lugar en 1980.

4.664 Por supuesto, los citados términos en que se expresa el Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio no forman parte del Acuerdo SMC ni del Acuerdo sobre la OMC. Es más, su ausencia indica también la intención de no continuar con ninguna excepción o tolerancia en cuanto al programa DISC/EVE.

4.665 Todas las diferencias mencionadas *supra* entre el Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio y la situación que prevalece en virtud del GATT de 1947 (y otras que se mencionan en otros lugares³⁰⁷) por una parte y el Acuerdo SMC por otra, demuestran que la alegada compatibilidad del programa relativo a las EVE con los antiguos acuerdos, o la intención de atenerse a ellos, no viene para nada al caso en la situación presente, que se rige por el Acuerdo sobre la OMC y el Acuerdo SMC.

Conclusión

4.666 Las Comunidades Europeas han mostrado en todo lo dicho que la nota de pie de página 59 no es necesaria para su causa pero la confirma. Han mostrado también que la nota de pie de página 59 no proporciona defensa alguna para los Estados Unidos.

Las **Comunidades Europeas**, en respuesta a una pregunta formulada por los Estados Unidos tras la primera reunión del Grupo Especial, argumentan como sigue:

4.667 Muchas de las preguntas de los Estados Unidos se relacionan con sistemas fiscales territoriales y sugieren que éstos tienen los mismos efectos que el programa relativo a las EVE. Las Comunidades Europeas han facilitado una descripción de esos programas en su segunda comunicación por escrito, a la que remite al Grupo Especial. Las Comunidades Europeas ponen en duda la pertinencia de entablar una discusión acerca de los sistemas fiscales territoriales por lo que respecta al asunto que nos ocupa. Se limitarán a repetir en este caso que el programa relativo a las EVE no "imita" los sistemas fiscales territoriales y que las disciplinas del Acuerdo SMC se aplican tanto a los sistemas fiscales territoriales como al programa relativo a las EVE.³⁰⁸

³⁰⁷ Véase *supra*.

³⁰⁸ Los párrafos 4.667 a 4.668 corresponden a la respuesta de las Comunidades Europeas a la siguiente pregunta formulada por los Estados Unidos: En el párrafo 14 de la comunicación oral de las Comunidades Europeas, ésta declara que "los países que no gravan los ingresos de fuente extranjera no siempre proporcionan una ventaja con ello, puesto que un sistema tal da por resultado una base imponible más baja y esos países habrán de imponer tributos con tipos más elevados para lograr el mismo nivel de ingresos fiscales". ¿Está sugiriendo las Comunidades Europeas que es admisible eximir de tributación ingresos de fuente extranjera, con inclusión de los ingresos relacionados con la exportación, siempre que se aumenten los impuestos en general para contrarrestar los ingresos fiscales sacrificados?

4.668 La posición de las Comunidades Europeas es simplemente la de que a los Miembros de la OMC no les impide el Acuerdo SMC no gravar ingresos de fuente extranjera si ello se hace con carácter general. Lo que no puede aceptarse es eximir sólo ingresos de fuente extranjera que proceden de exportaciones, puesto que esto constituye una subvención prohibida a la exportación. El hecho de que en sistemas territoriales de tributación los impuestos serían a menudo más elevados en general para alcanzar un nivel equivalente de recaudación fiscal representa una desventaja intrínseca de ese sistema en comparación con el sistema de descuento por pago de impuestos en el extranjero (sistema fiscal de alcance mundial).

Los **Estados Unidos** responden también en su segunda comunicación como sigue:

La exención fiscal de las EVE no es una subvención en los términos del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque no entraña la pérdida de ingresos públicos que "en otro caso se percibirían"

4.669 Adoptando el enfoque de las Comunidades Europeas y comenzando por lo general y no por lo específico, en el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC se estipula que existe una aportación financiera cuando "se condonen [...] ingresos públicos que en otro caso se percibirían". Las Comunidades Europeas han argumentado que el programa relativo a las EVE constituye una subvención en los términos del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, puesto que da lugar a que se recauden menos ingresos fiscales cuando se aplica.³⁰⁹ Las Comunidades Europeas han manifestado que "si no existiera el programa relativo a las EVE, o si la transacción de exportación por intermedio de una EVE no estuviese abarcada por dicho programa [...], no estaría sujeta a tributación estadounidense parte alguna de los ingresos de la EVE procedentes de esa transacción. La existencia del programa relativo a las EVE, o la aplicabilidad de dicho programa a las transacciones, dará lugar, por consiguiente, a pérdida de ingresos públicos".³¹⁰ Las Comunidades Europeas han manifestado también que el programa relativo a las EVE "da lugar a pérdida de ingresos públicos" porque se imponen menos gravámenes a las transacciones de las EVE que a las transacciones internas o de importación comparables.³¹¹ Al formular ese argumento, las Comunidades Europeas están adoptando, de hecho, la posición de que *toda* exoneración, remisión, bonificación, deducción o reducción constituye una subvención a efectos del artículo 1. Aceptar esto significaría que en todos los casos en que un ingreso se exime de tributación -o tributa a tasa más reducida que otros ingresos- se otorga una subvención.

4.670 El argumento de las Comunidades Europeas podría ser acertado si en el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 se dijese solamente que existe una subvención cuando "se condonen o no se recauden ingresos públicos". Pero no es eso lo que dice esa disposición. Las Comunidades Europeas hacen caso omiso de una parte decisiva de los términos empleados en el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1, a saber, la expresión "que en otro caso se percibirían". El sentido directo de esa expresión es que no basta con que se hayan condonado ingresos públicos. Es necesario, además, que, en primer lugar, los ingresos en cuestión sean los que "en otro caso se percibirían".

4.671 La cuestión decisiva que se plantea en la interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 es la de qué es lo que constituye unos ingresos públicos que "en otro caso se percibirían". Las Comunidades Europeas han dado a entender que los ingresos "se percibirían" si así lo dispone la

³⁰⁹ Párrafo 132 de la primera comunicación por escrito de las Comunidades Europeas.

³¹⁰ *Id.*

³¹¹ *Id.*

legislación interna.³¹² Según las Comunidades Europeas, "se condonan ingresos públicos que en otro caso se percibirían" tan sólo cuando una medida crea, en primer lugar, una categoría general de ingresos sujetos a tributación, y más adelante otra medida, o una disposición diferente de la misma medida, crea una excepción.³¹³

4.672 Sin embargo, las Comunidades Europeas no han presentado al Grupo Especial ningún análisis interpretativo fundamentado en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados para llegar a la conclusión de que existe una subvención cuando no se gravan ingresos de fuente extranjera. En lugar de ello, las Comunidades Europeas prescinden de todo análisis interpretativo pormenorizado porque sabe que tal análisis llevaría al Grupo Especial por un camino por el que las Comunidades Europeas no quieren que vaya de ningún modo. En concreto, las Comunidades Europeas no quieren que el Grupo Especial tome en consideración los asuntos *Legislación fiscal*, la Decisión del Consejo de 1981 ni la nota de pie de página 59 del Convenio SMC. Esas fuentes de interpretación, por separado y en conjunto, perturban el análisis jurídico simplista de las Comunidades Europeas, puesto que dejan en claro que el eximir de impuestos los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no constituye una condonación de impuestos que "en otro caso se percibirían".

Los asuntos Legislación fiscal y la Decisión del Consejo de 1981 son fuentes pertinentes para la interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 y dejan en claro que la exención de impuestos a los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no constituye una condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían"

4.673 Si bien los Estados Unidos sostienen que la Decisión del Consejo de 1981 es imperativa para interpretar el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1, es necesario, para la debida comprensión de dicha Decisión del Consejo, tener clara la conclusión a que llegó el grupo de expertos en el asunto subyacente, que es el asunto *Legislación fiscal*. Dado que el Consejo rechazó en realidad las conclusiones del grupo de expertos, los informes del grupo de expertos sobre esos asuntos proporcionan la clave para revelar el significado de la Decisión del Consejo.

4.674 Veamos, por ejemplo, el asunto referente a Francia. En su informe sobre dicho asunto, el grupo de expertos llegó a la conclusión siguiente:

El grupo de expertos tomó nota de que la aplicación hecha por Francia del principio de la territorialidad permitía que una parte de las actividades de exportación pertenecientes a una operación económica iniciada en el país [y continuada luego en un país extranjero] quedara fuera del alcance de los impuestos franceses. De este modo Francia *renunciaba a ingresos* de dicho origen y creaba la posibilidad de obtener un beneficio pecuniario con las exportaciones en aquellos casos en que las disposiciones en materia de impuestos sobre los ingresos y de impuestos sobre las sociedades eran mucho más liberales *en países extranjeros*.³¹⁴

³¹² *Id.*

³¹³ *Id.*

³¹⁴ *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por Francia en materia de impuestos sobre los ingresos*, L/4423, IBDD 23S/141, informe del Grupo de expertos, adoptado el 7-8 de diciembre de 1981, párrafo 47 (las cursivas son nuestras). El Grupo de expertos llegó a conclusiones prácticamente idénticas en los asuntos referentes a Bélgica y a los Países Bajos. *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por Bélgica en materia de impuestos sobre los ingresos* L/4424, IBDD 23S/141, informe del Grupo de expertos, adoptado el 7-8 de diciembre de 1981, párrafo 34; y *Legislación fiscal - Prácticas seguidas por los Países Bajos en materia de*

Cabe señalar en especial la referencia a que se "renunciaba a ingresos". Tras haber llegado a la conclusión de que "los beneficios obtenidos por las empresas que operan en el extranjero no son objeto de imposición en Francia", el grupo de expertos declaraba que la exención fiscal de que gozaban dichos beneficios constituía una "renuncia a ingresos".³¹⁵

4.675 El grupo de expertos concluyó luego que esas prácticas "establecían [...] una subvención respecto de las exportaciones, porque los beneficios antes mencionados relacionados con las exportaciones no se aplicaban a las actividades desarrolladas en el mercado interno".³¹⁶ A partir de eso, el grupo de expertos llegó a la conclusión siguiente:

En los casos en que la diferencia de regímenes fiscales entre países diversos tenía por resultado que se tributara en conjunto para las exportaciones menos que para las ventas en el mercado interno, había una exoneración parcial de los impuestos directos. El grupo llegó también a la conclusión de que se aplicaban a las prácticas uno o ambos de los puntos c) y d) de la Lista ilustrativa de 1960 (IBDD, 9S, Suppl. P. 186).³¹⁷

4.676 La importancia de las conclusiones del grupo de expertos no reside en que las siguiera el Consejo del GATT, sino en que fueron rechazadas por éste. El Consejo no aceptó el razonamiento del grupo de expertos. Ello no obstante, estimándolo preferible a desechar los informes o no hacer nada al respecto, el Consejo decidió adoptar los informes, sustituyendo los razonamientos del grupo por los suyos propios, que fundamentalmente eran contrarios a las conclusiones clave del grupo. En especial, la Decisión del Consejo de 1981 declara que los procesos económicos situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador. Dicho de otro modo, el Consejo rechazó las conclusiones del grupo de que, al renunciar a gravar los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero que formaban parte de actividades de exportación, Francia, Bélgica y los Países Bajos habían sacrificado "ingresos que en otro caso se percibirían".

4.677 Las Comunidades Europeas tienen que sostener que los asuntos *Legislación fiscal* no hacen al caso, porque las normas resultantes de esos asuntos tendrían pésimo efecto sobre su pretensión. Las Comunidades Europeas preferirían que el Grupo Especial olvidase la semejanza fundamental entre lo que las Comunidades Europeas acusan a los Estados Unidos de estar haciendo con las EVE y lo que los Estados Unidos acusaron a Francia, Bélgica y los Países Bajos de estar haciendo en el decenio de 1970. Las Comunidades Europeas preferirían también que el Grupo Especial olvidase que Francia, Bélgica y los Países Bajos se abstuvieron de adoptar los informes, porque no podían admitir las conclusiones del grupo de expertos en los asuntos *Legislación fiscal*, hasta que el Consejo revocó las conclusiones del grupo.³¹⁸ Las Comunidades Europeas querrían, por último, que el Grupo Especial

impuestos sobre los ingresos, L/4425, IBDD 23S/152, informe del Grupo de expertos, adoptado el 7-8 de diciembre de 1981, párrafo 34.

³¹⁵ IBDD 23S/141, párrafo 9.

³¹⁶ IBDD 23S/141, párrafo 48. El grupo de expertos hizo una declaración idéntica en los asuntos referentes a Bélgica y a los Países Bajos. IBDD 23S/141, párrafo 35; IBDD 23S/152, párrafo 35.

³¹⁷ IBDD 23S/141, párrafo 50. El grupo de expertos llegó a las mismas conclusiones en los asuntos referentes a Bélgica y a los Países Bajos. IBDD 23S/141, párrafo 37; IBDD 23S/152, párrafo 37.

³¹⁸ Los Estados Unidos admiten también sin dificultad que se abstuvieron de adoptar el informe del grupo de expertos sobre la legislación DISC hasta que fueron adoptados los informes sobre los tres asuntos referentes a países europeos. Lo que interesa hacer notar aquí es que las Comunidades Europeas no actúa con

hiciese caso omiso de que la Decisión del Consejo de 1981 consagró el trato diferenciado de las actividades en el extranjero y en el propio país, incluso cuando dichas actividades entrañan transacciones de exportación.

4.678 En lugar de ello, las Comunidades Europeas, tras haber venido disfrutando de la protección de la Decisión del Consejo desde 1981, quieren ahora denegársela a los Estados Unidos, entrando en una especie de análisis revisionista que lleva a las Comunidades Europeas a la conclusión de que la decisión del Consejo no es pertinente. Las Comunidades Europeas aducen tres argumentos a ese respecto: 1) que los asuntos *Legislación fiscal* y la Decisión del Consejo se refieren al artículo XVI del GATT y no al Acuerdo SMC; 2) que en los asuntos *Legislación fiscal* hubo una alegación de dualidad de precios; y 3) que la decisión del Consejo consagró el trato diferenciado de las actividades en el exterior y en el interior solamente por lo que respecta a los sistemas territoriales puros. Ninguno de esos argumentos es aceptable, por las razones que a continuación se exponen.

Si bien es cierto que los asuntos Legislación fiscal y la Decisión del Consejo se referían al artículo XVI del GATT, son muy pertinentes para fines de interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1

4.679 Las Comunidades Europeas alegan que ni los informes del grupo de expertos en los asuntos *Legislación fiscal* ni la Decisión del Consejo de 1981 son pertinentes, puesto que se refieren al artículo XVI del GATT.³¹⁹ Con esa alegación las Comunidades Europeas simplifican en exceso una cuestión compleja. Como explicó el Órgano de Apelación, "la relación entre el GATT de 1994 y los demás Acuerdos sobre el comercio de mercancías incluidos en el Anexo 1A [del Acuerdo sobre la OMC] es compleja y debe examinarse caso por caso".³²⁰ Por eso, si bien es cierto que los informes del grupo de expertos y la Decisión del Consejo se refieren al artículo XVI del GATT de 1947, no por ello dejan de ser pertinentes para efectos de interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Por el contrario, si se examina el texto del Acuerdo SMC resulta claro que no deben ser interpretados el Acuerdo SCM y el artículo XVI aislando el uno del otro.

4.680 La relación entre ambos se pone de manifiesto ya en el primer artículo del Acuerdo SMC. En el párrafo 1 a) 2) del artículo 1, que se ocupa de definir las subvenciones, se hace referencia expresa al artículo XVI, al hablar de "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994 [...]".

4.681 De modo análogo, en las disposiciones sobre notificación y vigilancia se destaca la relación entre el artículo XVI y el Acuerdo SMC. Así, por ejemplo, en el párrafo 6 del artículo 25 del Acuerdo SMC se dispone lo siguiente: "Los Miembros que consideren que en su territorio no existen medidas que deban notificarse de conformidad con el párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994 y el presente Acuerdo, informarán de ello por escrito a la Secretaría" (la cursiva es nuestra). De manera análoga, en el párrafo 10 del artículo 25, que trata de las notificaciones cruzadas, se dispone que "Cualquier Miembro interesado que considere que una medida de otro Miembro cuyos efectos sean los de una subvención no ha sido notificada de conformidad con las decisiones del párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994 y con las del presente artículo, podrá someter la cuestión a la atención del otro Miembro" (la cursiva es nuestra). Por último, en el párrafo 1 del artículo 26 se encarga al Comité de Subvenciones de examinar las notificaciones "presentadas en cumplimiento de

franqueza al indicar que la demora que sufrió la adopción de los informes sobre los asuntos *Legislación fiscal* se debió únicamente a las objeciones de los Estados Unidos.

³¹⁹ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafos 45 y 46.

³²⁰ *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AB/R, informe del Órgano de Apelación, adoptado el 20 de marzo de 1997, página 17 ("*Coco desecado*").

las disposiciones del párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 25 del [...] Acuerdo [SMC]"(la cursiva es nuestra).

4.682 Todavía más al caso viene la referencia que se hace en el párrafo l) del Anexo I del Acuerdo SMC a "cualquier otra carga para la Cuenta Pública que constituya una subvención a la exportación *en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994*" (la cursiva es nuestra). Si quienes redactaron el Acuerdo SMC hubiesen querido hacer que el artículo XVI no fuese pertinente a efectos del Acuerdo SMC (que es lo que en esencia alegan las Comunidades Europeas), no hubiesen utilizado términos que remiten expresamente al artículo XVI para determinar qué es lo que constituye una subvención con arreglo al Acuerdo SMC.

4.683 Toda duda a este respecto queda eliminada por el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC, en el que se estipula que "no podrá adoptarse ninguna medida específica contra una subvención de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, *según se interpretan en el presente Acuerdo*" (la cursiva es nuestra). Así pues, el Acuerdo SMC constituye una interpretación del GATT de 1994, con inclusión de su artículo XVI. Ello quiere decir que el artículo XVI y el Acuerdo SMC no pueden interpretarse como si fuesen independientes entre sí.

4.684 En el único caso hasta la fecha en que se examinó la relación entre el Acuerdo SMC y las disposiciones del GATT de 1994 en materia de subvenciones, tanto el grupo especial como el Órgano de Apelación llegaron a esa misma conclusión. En el asunto *Coco desecado*, en el que se hacía referencia al artículo VI del GATT de 1994, el grupo especial formuló la siguiente observación:

Por ejemplo, en el artículo 1.1 del Acuerdo sobre Subvenciones hay una definición de "subvención" y en el artículo 16.1 una definición de "rama de producción nacional". Ambas definiciones se formulan "a los efectos del presente Acuerdo". No obstante, las expresiones "subvención" y "rama de la producción nacional" se utilizan tanto en el artículo VI del GATT de 1994 como en el Acuerdo sobre Subvenciones. De interpretarse la expresión "a los efectos del presente Acuerdo" *stricto sensu* como referida al Acuerdo sobre Subvenciones, las definiciones de esos términos de importancia fundamental que se dan en el Acuerdo sobre Subvenciones no serían aplicables a los mismos cuando se utilicen en el artículo VI del GATT de 1994. No es posible que haya sido ése el resultado pretendido.³²¹

4.685 El grupo especial pasó a concluir que "los redactores previeron que el artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones sólo se aplicaran conjuntamente".³²²

4.686 El Órgano de Apelación llegó a la misma conclusión que el grupo especial. Tras haber hecho notar que "los autores del nuevo régimen de la OMC tenían la intención de poner fin a la fragmentación del anterior sistema"³²³, el Órgano de Apelación concluyó que:

los negociadores del *Acuerdo sobre Subvenciones* tenían evidentemente el propósito de que, en el marco integrado del *Acuerdo sobre la OMC*, los derechos compensatorios pudiesen imponerse solamente de conformidad con las disposiciones de la parte V del *Acuerdo sobre Subvenciones* y el artículo VI del GATT de 1994, considerados conjuntamente. Además, si existiera un conflicto entre las

³²¹ *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/R, informe del grupo especial, modificado por el Órgano de Apelación, adoptado el 20 de marzo de 1997, párrafo 234.

³²² *Id.*, párrafo 285.

³²³ *Coco desecado*, página 21.

disposiciones del *Acuerdo sobre Subvenciones* y el artículo VI del GATT de 1994, prevalecerían las disposiciones del *Acuerdo sobre Subvenciones*, como consecuencia de la nota interpretativa general al Anexo 1A.³²⁴

4.687 Si bien el asunto *Coco desecado* hacía referencia a la relación entre el artículo VI y el Acuerdo SMC, los razonamientos del grupo especial y del Órgano de Apelación son aplicables también a la relación entre el artículo XVI y el Acuerdo SMC. Ello resulta especialmente cierto a la vista de las numerosas referencias que se hacen en el Acuerdo SMC al artículo XVI, y que se dejan citadas *supra*.

4.688 Como hizo notar el Órgano de Apelación, el Acuerdo SMC prevalecería en caso de conflicto entre una de sus disposiciones y el artículo XVI.³²⁵ En el presente caso, sin embargo, no existe conflicto entre el artículo XVI, tal y como lo interpreta la Decisión del Consejo de 1981, y el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1. Como se hizo notar *supra*, la expresión "se condonen ingresos públicos que en otro caso se percibirían" no se define por sí misma, y, por los términos en ella utilizados, no entra en conflicto con el principio expuesto en la Decisión del Consejo. La declaración del Consejo en el sentido de que los procesos económicos en el extranjero "no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador"³²⁶ es simplemente decir de otro modo que los ingresos procedentes de dichos procesos "en otro caso no se percibirían".

4.689 Además, en derecho internacional público "existe una presunción contraria al conflicto, en el sentido de que las partes no se proponen, por lo general, contraer obligaciones contradictorias".³²⁷ Como reconoció un grupo especial anterior, "la presunción es especialmente pertinente en el caso de la OMC, puesto que todos los Acuerdos de la OMC, incluido el GATT de 1994, modificado por Entendimientos cuando se consideró necesario, fueron negociados al mismo tiempo, por los mismos Miembros y en el mismo foro".³²⁸ Lo que esto significa es que, en la medida de lo posible, el artículo XVI y el Acuerdo SMC deben ser interpretados de manera tal que se evite el conflicto. Y en el caso presente ello quiere decir que el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 debe ser interpretado a la luz de la Decisión del Consejo de 1981.

4.690 En resumen, el texto del Acuerdo SMC y la jurisprudencia de la OMC demuestran que el artículo XVI y el Acuerdo SMC deben ser interpretados de manera armonizada. Por consiguiente, aunque es un hecho que los informes del grupo especial en los asuntos *Legislación fiscal* se refieren al artículo XVI, son muy pertinentes para la interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

El hecho de que los asuntos Legislación fiscal llevasen consigo una alegación de dualidad de precios no excluye su pertinencia, ni la de la Decisión de 1981

4.691 Las Comunidades Europeas hacen notar también que los informes del grupo especial en los asuntos *Legislación fiscal* se basaron en una alegación de dualidad de precios. Según las Comunidades Europeas, al no exigirse dualidad de precios en las disposiciones del Acuerdo SMC

³²⁴ *Id.*, página 19 (las cursivas son del original).

³²⁵ *Id.*, página 13.

³²⁶ IBDD 28S/121.

³²⁷ *Encyclopaedia of Public International Law* (North-Holland 1984), página 470.

³²⁸ *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS55/R, informe del Grupo Especial, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 14.28 (se omite la nota de pie de página) (*Indonesia - Industria del automóvil*).

sobre subvenciones a la exportación, no son ya pertinentes ni los informes del grupo de expertos ni la Decisión del Consejo de 1981.³²⁹

4.692 En este punto las Comunidades Europeas distorsionan, simplemente, la función del criterio de la dualidad de precios. En el párrafo 4 del artículo XVI del GATT (tanto en su versión de 1947 como en la de 1994) no consta una prohibición estricta de las subvenciones a la exportación. Se prohíbe en él solamente toda subvención a la exportación de un producto "que tenga como consecuencia rebajar su precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar". Son dos, por lo tanto, los elementos que deben ser probados con arreglo al párrafo 4 del artículo XVI: 1) que existe una subvención a la exportación; y 2) que esa subvención a la exportación tiene como consecuencia una dualidad de precios. Como señalan acertadamente las Comunidades Europeas, el requisito de la dualidad de precios fue suprimido en el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio y sigue ausente en el Acuerdo SMC.³³⁰

4.693 Sin embargo, el hecho de que la dualidad de precios no sea ya un elemento que haya que probar para sustanciar la alegación de una subvención prohibida a la exportación no merma la pertinencia de los informes del grupo especial en los asuntos *Legislación fiscal* ni la de la Decisión del Consejo de 1981. El grupo especial llegó a la conclusión de que en dichos casos se daban ambos elementos: la subvención a la exportación y la dualidad de precios. De todos modos, si no existiese el requisito de la dualidad de precios en el párrafo 4 del artículo XVI (es decir, si el GATT de 1947 hubiese sido menos tolerante de las subvenciones a la exportación), el grupo especial habría llegado a la misma conclusión de que existía una infracción. La única diferencia es que hubiera habido que probar tan sólo un elemento, y no dos, y el grupo especial habría llegado a la misma conclusión, es decir, a la de que Francia, Bélgica y los Países Bajos, al eximir de impuestos los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero, habían sacrificado ingresos, habían incurrido en imposición diferenciada sobre las ventas de exportación y las efectuadas en el mercado interior y habían otorgado una subvención a la exportación.

4.694 Además, la Decisión del Consejo de 1981 no se refirió en absoluto al requisito de dualidad de precios. Como se deja expuesto *supra*, el Consejo desechó las conclusiones del grupo especial por lo que respecta a la existencia de una subvención a la exportación.

4.695 Así pues, el que en los asuntos *Legislación fiscal* hubiese alegaciones de dualidad de precios no menoscaba en lo más mínimo la pertinencia de los informes del grupo especial ni la de la Decisión del Consejo. En realidad, el que las Comunidades Europeas hayan tenido que recurrir a un argumento tan débil dice mucho de la fundamentación de su pretensión.³³¹

La Decisión del Consejo de 1981 no exige un enfoque en términos de "todo o nada" de la imposición fiscal a los procesos económicos en el extranjero

4.696 Como ataque final a la pertinencia de la Decisión del Consejo de 1981, las Comunidades Europeas alegan que aquéllas exigen que el Miembro haga una elección de "todo o nada" con respecto a los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero. El Miembro debe, o bien eximir de

³²⁹ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 49.

³³⁰ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 48.

³³¹ El argumento de las Comunidades Europeas es similar al de que, dado que la reclamación por una subvención recurrible exige que se demuestren efectos desfavorables, no sería pertinente para la interpretación del artículo 1 en un asunto de subvención prohibida la interpretación del artículo 1 del Acuerdo SCM por parte de un grupo especial o del Órgano de Apelación en un asunto relativo a una subvención recurrible.

impuestos a todos los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero o bien gravar la totalidad de los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero.³³²

4.697 Esa teoría de "todo o nada" de las Comunidades Europeas no encuentran apoyo en el texto de la Decisión del Consejo, y las Comunidades Europeas no proporcionan ninguna otra base que sustente su alegación. Las Comunidades Europeas se limitan a hacer una afirmación, que no llega a sustanciar, de que el Consejo se propuso que esa exoneración fiscal pudiese no quedar limitada a los casos relativos a mercancías exportadas, sino que debía ser de alcance general.

4.698 Los términos utilizados en la Decisión del Consejo encierran, sin embargo, una afirmación diferente. El Consejo hizo dos afirmaciones fundamentales que contradicen la teoría de las Comunidades Europeas. En primer lugar, la Decisión declara que "de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador".³³³ En segundo lugar, la Decisión declara que los referidos procesos "no deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General".³³⁴

4.699 Por lo que respecta a la primera afirmación, si los países no tienen obligación alguna de gravar los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero, deben gozar de la libertad de eximir la totalidad de dichos ingresos o tan sólo parte de ellos. Sencillamente, nada hay en los términos utilizados en la Decisión que lleve forzosamente a una conclusión en sentido contrario.

4.700 Por lo que respecta a la segunda afirmación, si los procesos económicos en el extranjero no constituyen actividades de exportación a efectos del párrafo 4 del artículo XVI, no cabe juzgar que el eximir de imposición fiscal esos ingresos sea una supeditación a las exportaciones, como sostienen las Comunidades Europeas. Esto es así, con independencia de que se exima a todos los ingresos de fuente exterior o solamente a los ingresos de fuente exterior relativos a transacciones de exportación. En realidad, y como se explica *infra*, los Estados miembros de las Comunidades Europeas no tienen sistemas puramente territoriales y no superarían con éxito la prueba que ahora exponen las Comunidades Europeas.

La Decisión del Consejo de 1981 tiene autoridad

4.701 Las Comunidades Europeas ponen en duda también que la Decisión del Consejo de 1981 tenga carácter de autoridad. Citando la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, las Comunidades Europeas sostienen que los informes de grupos de expertos adoptados en el GATT no son más que propuestas a las PARTES CONTRATANTES del GATT.³³⁵

4.702 Los Estados Unidos no discuten el rechazo por parte del Órgano de Apelación de la opinión de que "los informes adoptados de grupos especiales constituyen *por sí mismos* 'las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947' [...]".³³⁶ Sin embargo, el Órgano de

³³² Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 54.

³³³ IBDD 28S/121.

³³⁴ *Id.*

³³⁵ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 51.

³³⁶ *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, informe del Órgano de Apelación, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 18 (*Japón - Bebidas alcohólicas*) (las cursivas son nuestras).

Apelación reconoció que no se puede hacer caso omiso de los informes de grupos especiales que fueron adoptados, al manifestar que:

los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio.³³⁷

4.703 Por lo tanto, aun cuando los informes del grupo de expertos en los asuntos *Legislación fiscal* -a diferencia de la Decisión del Consejo- no sean jurídicamente obligatorios por sí mismos en la presente diferencia, el Grupo Especial debe considerarlos, a efectos de interpretación de las cuestiones planteadas en esta diferencia, como dotados de un peso mayor que el que tienen generalmente los informes adoptados de los grupos especiales. Tanto los Estados Unidos como las Comunidades Europeas fueron parte en los asuntos *Legislación fiscal*. Los Estados Unidos implantaron el régimen EVE con la finalidad específica de ponerse de conformidad con las conclusiones del grupo especial en el asunto *DISC* según fueron interpretadas por la Decisión del Consejo. Y las medidas fiscales de Francia, Bélgica y los Países Bajos que las Comunidades Europeas, en la presente diferencia, se esfuerzan por distinguir del programa relativo a las EVE por lo que respecta a su repercusión en las exportaciones, son las mismas medidas -sin modificación sustancial- que el grupo especial de los asuntos *Legislación fiscal* concluyó que constituían subvenciones a la exportación.

4.704 No obstante, la Decisión del Consejo de 1981 es bastante diferente de los informes del grupo especial a los que se refiere el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*. En aquel asunto, el Órgano de Apelación fundamentó su decisión acerca de la naturaleza jurídica de los informes adoptados de los grupos especiales en el hecho de que:

la decisión de adoptar un informe de un grupo especial no constituía, en el marco del GATT de 1947, un acuerdo de las PARTES CONTRATANTES acerca de la argumentación jurídica de ese informe. La opinión generalmente aceptada en el marco del GATT de 1947 era que las conclusiones y recomendaciones formuladas de un informe adoptado de un grupo especial eran obligatorias para las partes en litigio en ese caso concreto, pero los grupos especiales posteriores no se consideraban jurídicamente constreñidos por las consideraciones detalladas y el razonamiento de un informe de un grupo especial anterior.³³⁸

4.705 El Consejo del GATT, sin embargo, fue mucho más allá de la simple adopción de los informes del grupo especial en los asuntos *Legislación fiscal*. En primer lugar, el Consejo expresó opiniones sustantivas acerca de las cuestiones de fondo de los asuntos que eran objeto de su examen en aquella ocasión, y, con una iniciativa que carecía de precedentes en los anales del GATT, adoptó los informes del grupo especial modificando las conclusiones que figuraban en dichos informes.

4.706 En segundo lugar, no cabe duda de que el Consejo del GATT quiso que la aplicación de su decisión no se limitase a los asuntos que en aquel momento tenía ante sí. Los términos de la Decisión del Consejo indican explícitamente que ésta se aplica "con respecto a estos casos, y de una manera general [...]". Si el Consejo hubiese querido limitarse a adoptar los informes del grupo de expertos y poner fin a una diferencia de larga duración, con o sin una explicación interpretativa aplicable a los asuntos en cuestión, hubiese sido superflua la expresión "y de una manera general". Puesto que hay

³³⁷ *Japón - Bebidas alcohólicas*, página 18.

³³⁸ *Japón - Bebidas alcohólicas*, página 16.

que suponer que la inserción de esa expresión fue intencional, la consecuencia lógica es la de que el Consejo se propuso dictar una norma que fuese más allá de las medidas de las que se trataba en los asuntos *Legislación fiscal*. A juicio de los Estados Unidos, la naturaleza única de la Decisión del Consejo le otorga el carácter de "decisión" en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.³³⁹

4.707 Además, al dictar su decisión, el Consejo expresaba los puntos de vista de las PARTES CONTRATANTES con arreglo al artículo XXV del GATT de 1947. En el párrafo 1 del artículo XXV se estipula que "los representantes de las partes contratantes se reunirán periódicamente para asegurar la ejecución de las disposiciones del presente Acuerdo que requieren una acción colectiva *y, en general, para facilitar la aplicación del mismo y que se puedan alcanzar sus objetivos*" (las cursivas son nuestras).

4.708 El Consejo estaba autorizado a hablar en nombre de las PARTES CONTRATANTES. El Consejo fue creado para sustituir al Comité de Inter-reunión, que hasta entonces había sido el órgano del GATT encargado de ocuparse de la gestión de los asuntos planteados en el intervalo entre los períodos de sesiones de las PARTES CONTRATANTES.³⁴⁰ A diferencia de su predecesor, que tenía una composición limitada, el Consejo había de estar "constituido por los [representantes] de todas las partes contratantes que estén dispuestas a asumir las obligaciones emanantes de su calidad de miembro del citado Consejo".³⁴¹ Además, y también a diferencia de su predecesor, que tenía un mandato limitado, fueron conferidas al Consejo amplias funciones, entre ellas la "consideración de cualesquier otros asuntos sometidos a las PARTES CONTRATANTES en sus períodos de sesiones".³⁴² Con objeto de proteger a las distintas partes contratantes contra medidas inesperadas entre períodos, toda parte contratante tenía el derecho de "impedir que el Consejo ponga en práctica tal acción mediante un recurso presentado por escrito a las PARTES CONTRATANTES".³⁴³ Así pues, el Consejo estaba autorizado para actuar en nombre de las PARTES CONTRATANTES y, si ninguna parte contratante formulase objeciones, las medidas del Consejo serían vinculantes, en virtud del artículo XXV del GATT, como si las hubiesen adoptado las propias PARTES CONTRATANTES.

4.709 La autoridad conferida al Consejo para interpretar el GATT de 1947 era semejante a las facultades otorgadas a la Conferencia Ministerial y al Consejo General de la OMC, los cuales, en virtud del párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC "tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales". Del

³³⁹ A ese respecto, en la nota del Presidente a la Decisión del Consejo de 1981 se manifestó que la decisión no se proponía de ningún modo modificar el GATT ni el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio. IBDD 28S/121. En la primera reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas citó esa nota del Presidente para sugerir que era improcedente la invocación por los Estados Unidos de la Decisión del Consejo con el fin de enmendar o modificar de otro modo el significado del GATT o del Código de Subvenciones. Nada más lejos de la verdad. A juicio de los Estados Unidos, la nota del Presidente deja en claro que la Decisión del Consejo se limita a reiterar, en términos generales, el entendimiento ya existente de las PARTES CONTRATANTES en el sentido de que el párrafo 4 del artículo XVI no exige que los países graven los beneficios resultantes de actividades que tengan lugar más allá de sus fronteras, con inclusión de las transacciones relativas a mercancías exportadas. El grupo de expertos había alterado ese entendimiento, y el Consejo procedió a restablecerlo.

³⁴⁰ IBDD 9S/7 (1961), páginas 7 y 8. El Comité de Inter-reunión había sido creado en 1951. BISD, volumen II (1952), página 205.

³⁴¹ IBDD 9S/7, página 8.

³⁴² *Id.*, página 9.

³⁴³ *Id.*, página 9.

mismo modo que la Conferencia y el Consejo pueden dar interpretaciones autorizadas de los Acuerdos de la OMC, el Consejo estaba facultado para interpretar el GATT de 1947. El Consejo, al reemplazar con sus razonamientos los del grupo de expertos en el asunto *Legislación fiscal*, lo hizo en ejercicio de esa facultad.

4.710 La Decisión del Consejo de 1981, tan importante a tenor del GATT de 1947, tiene todavía más significado a tenor del GATT de 1994. En el párrafo b) iv) del artículo 1 del GATT de 1994 se estipula que el Acuerdo comprenderá el GATT de 1947 y, entre otras cosas, "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947". Por consiguiente, la decisión del Consejo, en cuanto que fue una interpretación del GATT de 1947, forma parte efectivamente del GATT de 1994. Por comprender el GATT de 1994 no solamente el GATT de 1947 sino también las rectificaciones, enmiendas, protocolos, certificaciones y "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES"³⁴⁴, el Órgano de Apelación reconoció que "son muchas las formas en que las disposiciones del GATT de 1994 se diferencian de las disposiciones del GATT de 1947".³⁴⁵

4.711 En resumen, las Comunidades Europeas confunden los informes adoptados del grupo de expertos en los asuntos *Legislación fiscal* con la Decisión del Consejo en sí misma. Si bien los informes pueden carecer de autoridad, la Decisión del Consejo sí la tiene.³⁴⁶

A falta de una declaración clara del Acuerdo SMC en sentido contrario, el Grupo Especial debe llegar a la conclusión de que los redactores se propusieron mantener los principios incluidos en la Decisión del Consejo

4.712 Habida cuenta de lo que antecede, el Grupo Especial no puede hacer caso omiso de la Decisión del Consejo de 1981 a no ser que haya alguna indicación clara en el Acuerdo SMC de que los redactores se propusieron darle un sentido que esté en contradicción con la Decisión del Consejo.³⁴⁷ No existe, sin embargo, tal indicación.

4.713 Por el contrario, y como las Comunidades Europeas reconocieron en la primera reunión del Grupo Especial, no fueron objeto de negociación en la Ronda Uruguay ni la imposición fiscal a los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero, en general, ni, en particular, el párrafo e) o la nota de pie de página 59. En vista de ello, no es posible, simplemente, sostener, como lo hace las Comunidades Europeas, que, al negociar un único compromiso con respecto a las

³⁴⁴ Véase el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el párrafo 1 b) iv) del Anexo 1A, sobre la incorporación del GATT de 1994 en el Acuerdo sobre la OMC.

³⁴⁵ *Coco desecado*, páginas 16 y 17.

³⁴⁶ Según se deja expuesto, los informes del grupo, aun cuando no sean jurídicamente vinculantes, son importantes para entender el significado y la naturaleza de la Decisión del Consejo.

³⁴⁷ A ese respecto, las Comunidades Europeas habían reconocido anteriormente que, si los redactores del Acuerdo SMC se hubiesen propuesto practicar modificaciones fundamentales de las disposiciones del GATT en materia de subvenciones, cabría esperar que hubiesen dejado trazas de que esa era su intención. Por lo que respecta a la relación entre el Acuerdo SMC y el artículo III del GATT, las Comunidades Europeas formularon la argumentación siguiente: "Si, como sostiene Indonesia, el Acuerdo sobre la OMC hubiera hecho inaplicable a las subvenciones el artículo III del GATT, cabría esperar que en el Acuerdo SMC hubiera alguna indicación del propósito de sus redactores de introducir un cambio de esa magnitud con respecto a la situación existente en el marco del GATT de 1947, pero en el Acuerdo SMC no hay la más ligera huella de ese propósito". *Indonesia - Industria del automóvil*, párrafo 5.286. En el contexto del presente asunto, no hay en el Acuerdo SMC la más ligera huella de una intención de desechar los principios de la Decisión del Consejo de 1981.

disposiciones sobre subvenciones, con inclusión del artículo XVI y del Acuerdo SMC, los redactores hubiesen decidido *sub silentio* revocar la Decisión del Consejo.³⁴⁸

4.714 Resulta instructivo, a este respecto, comparar la cuestión de que se ocupa el presente Grupo Especial con la que hubo de tratar el Órgano de Apelación en el asunto *Ropa interior de algodón*.³⁴⁹ En aquel asunto, el Órgano de Apelación tenía que determinar si el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido (ATV) permitía retrotraer a una fecha anterior la efectividad de una medida de limitación. Al resolver esa cuestión, el Órgano de Apelación tuvo en cuenta un acuerdo precedente, el Acuerdo Multifibras (AMF), que a juicio del Órgano de Apelación formaba parte del contexto del ATV. El Órgano de Apelación hizo notar que el AMF permitía expresamente esa aplicación retroactiva, pero que esa autorización no había sido transferida al ATV. Ello condujo al Órgano de Apelación a la conclusión siguiente:

A nuestro juicio, la desaparición en el ATV de la anterior disposición expresa del AMF que preveía la posibilidad de retrotraer a una fecha anterior los efectos prácticos de una medida de limitación refuerza firmemente la hipótesis de que esa aplicación retroactiva ya no es admisible. Tal es la conclusión lógica que hay que inferir de esa desaparición. No podemos suponer que ésta haya sido meramente accidental o sea imputable a la inadvertencia de ocupados negociadores o redactores poco atentos. Naturalmente, no es posible basar esa suposición en el hecho de que no haya constancia oficial de las deliberaciones ni de las declaraciones de las delegaciones sobre este punto concreto.³⁵⁰

³⁴⁸ Sobre este particular, se puso de manifiesto en los debates que tuvieron lugar en la primera reunión del Grupo Especial que, por lo que respecta a la pretensión de las Comunidades Europeas de que debía hacerse caso omiso de la Decisión del Consejo, las Comunidades Europeas hacían depender su argumento en buena parte de una visión deformada de las modificaciones que la Ronda Uruguay había introducido en cuanto a las disciplinas de las subvenciones a la exportación. Aun cuando los Estados Unidos están de acuerdo en que la Ronda Uruguay dio lugar a notables mejoras de esas disciplinas, esas mejoras no afectaron, en términos generales, a las cuestiones relacionadas con la definición de la subvención a la exportación. En vez de ello, las principales mejoras fueron la siguientes: 1) un mejor sistema de solución de diferencias; 2) la aplicación a los países Miembros en desarrollo de las disciplinas de las subvenciones a la exportación; y 3) la posibilidad de aplicar las disciplinas de las subvenciones de exportación del Acuerdo SMC a los productos agropecuarios.

Por lo que respecta a la definición de la subvención a la exportación, sin embargo, las modificaciones fueron de escasa entidad, relativamente. La definición que figura en el párrafo 1 a) del artículo 3 es, en gran medida, una reiteración de los principios que anteriormente podían extraerse de la Lista ilustrativa del Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio. En cuanto a la propia Lista ilustrativa se observa lo siguiente: 1) en el párrafo d) la palabra "*delivery*" fue sustituida por "*provision*" en el texto en inglés, y se añadió una nota de pie de página; 2) en los párrafos h) e i) el criterio de los productos "materialmente incorporados" fue sustituido por el de "consumidos en la producción"; y 3) se suprimió la palabra "manifiestamente" en el párrafo j). Se añadieron los Anexos II y III, que se habían elaborado como parte de las tareas del Comité del Código de Subvenciones, con las modificaciones resultantes de tener en cuenta los citados cambios de los párrafos h) e i).

Ninguna de esas modificaciones, ni en conjunto ni por separado, son indicio de que se hubiese intentado en la redacción deshacerse por completo de las anteriores disposiciones acerca de subvenciones, ni apartarse del objetivo general de los redactores de la Ronda Uruguay de "[traer] la historia y experiencia jurídica adquiridas en el GATT de 1947 al nuevo ámbito de la OMC, de una manera que garantiza la continuidad y coherencia de una transición fluida a partir del sistema del GATT de 1947". *Japón - Bebidas alcohólicas*, página 17.

³⁴⁹ *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, WT/DS24/AB/R, informe del Órgano de Apelación, adoptado el 25 de febrero de 1997.

³⁵⁰ *Ropa interior de algodón*, página 19.

4.715 El mismo razonamiento lógico se aplica con respecto a la Decisión del Consejo, si bien en sentido inverso. El que no se haga en el Acuerdo SMC ninguna referencia al rechazo de los principios de la Decisión del Consejo origina la presunción de que los redactores no se propusieron, de hecho, rechazar esos principios. Al no existir indicación de que así fuera, el Grupo Especial no está facultado para dar por supuesto que en un Acuerdo en el que se hacen repetidas referencias al artículo XVI, unos "ocupados negociadores o redactores poco atentos" decidieron rechazar una de las decisiones más importantes acerca del artículo XVI en la historia del GATT.³⁵¹

La nota de pie de página 59 apoya una interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 en el sentido de que la exención fiscal de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no constituye sacrificio de ingresos públicos "que en otro caso se percibirían"

4.716 Los Estados Unidos demostraron, en las secciones precedentes, que la Decisión del Consejo de 1981 inspira la interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC y lleva a la conclusión de que la exención fiscal de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no constituye un sacrificio de ingresos públicos "que en otro caso se percibirían", en el sentido de esa disposición. Esa conclusión se ve reforzada cuando se tiene en cuenta la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC. Con arreglo a las normas generales del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la nota de pie de página 59 forma parte del contexto del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1.³⁵² Es, además, una parte especialmente importante de

³⁵¹ A este respecto, en la primera reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas indicó que, si los Estados Unidos hubiesen deseado asegurarse de la continuación de los principios expuestos en la Decisión del Consejo, hubieran debido negociar términos de redacción para ese efecto en el Acuerdo SMC. Los Estados Unidos no están de acuerdo.

Como se dejó expuesto, el *statu quo* en el régimen anterior a la OMC era que los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero (con inclusión de los obtenidos en transacciones de exportación) no tenían que ser objeto de imposición fiscal, sin que por ello se infringiesen las disposiciones del GATT en materia de subvenciones. Esto era así, tanto si se contemplaba en la perspectiva del artículo XVI como en la del Código de Subvenciones. Puesto que el Código de Subvenciones era un acuerdo que interpretaba, entre otras cosas, el artículo XVI, la Decisión del Consejo hubiera sido igualmente aplicable a las disposiciones del Código de Subvenciones, aunque una decisión del Comité del Código de Subvenciones pudiese no haber sido aplicable con respecto al artículo XVI, según cuáles fuesen la naturaleza de la cuestión y las partes contratantes interesadas. Véase, por ejemplo, *Estados Unidos - Imposición de derechos compensatorios a las importaciones de salmón del Atlántico fresco y refrigerado procedente de Noruega*, SCM/153, informe del Grupo Especial, adoptado el 28 de abril de 1994, párrafo 239 (ese grupo especial, establecido a tenor del Código de Subvenciones, examinó un informe adoptado por el grupo de expertos establecido con arreglo al artículo VI del GATT para fines de interpretación del Código de Subvenciones).

Así pues, al iniciarse la Ronda Uruguay, el programa relativo a las EVE estaba protegido por la Decisión del Consejo, con arreglo tanto al artículo XVI como al Código de Subvenciones, y los Estados Unidos no tenían necesidad de "pagar" por una protección de la que ya disfrutaban y que no se vio afectada por el texto del nuevo Acuerdo SMC. De acuerdo con los textos del Acuerdo sobre la OMC y del Acuerdo SMC, la Decisión del Consejo inspiraría la interpretación de las pertinentes disposiciones del acuerdo SMC, igual que antes había inspirado la interpretación del artículo XVI y de las pertinentes disposiciones del Código de Subvenciones.

En verdad, dado que el principio clave de la Decisión del Consejo de que aquí se trata fue propuesto por Estados miembros de las Comunidades Europeas y refrendado por las Comunidades Europeas, parecería que hubiese cabido a las Comunidades Europeas negociar unos términos de redacción del Acuerdo SMC con los que se pusiera fin expresamente a dicho principio, si las Comunidades Europeas juzgaban que no redundaban en su interés.

³⁵² Véase *Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un megabit como mínimo procedentes de Corea*, WT/DS99/R,

ese contexto, habida cuenta de que la nota de pie de página 59 matiza el punto e) de la Lista ilustrativa, que, a su vez, constituye una aplicación específica del principio general contenido en el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1.³⁵³

La nota de pie de página 59 reduce el alcance del párrafo e)

4.717 Las Comunidades Europeas y los Estados Unidos parecen estar de acuerdo en que el punto e) de la Lista ilustrativa y la nota de pie de página 59 son pertinentes a la presente diferencia, pero divergen acerca del significado de esa nota de pie de página 59. Las Comunidades Europeas han discutido la interpretación que los Estados Unidos dan a la nota de pie de página al sostener que ésta aclara el párrafo e) y puede incluso ampliar su alcance. Según sostuvieron las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial, los términos utilizados en la nota de pie de página 59 "no dicen, ni siquiera implican, que el país exportador tenga derecho a eximir de impuestos los ingresos procedentes de una transacción de exportación que en otro caso hubiese estado sometida a tributación. Si lo hiciese, estaría en franca contradicción con el párrafo e) y con el párrafo 1 a) del artículo 3".³⁵⁴

4.718 Las Comunidades Europeas pasan por alto que los términos utilizados en la nota de pie de página 59 no sólo no amplían sino que reducen expresamente el alcance del párrafo e). El ejemplo más claro de ello puede verse en la última oración de la nota de pie de página 59, que dice así: "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". Esa frase deja en claro que el párrafo e) no es aplicable a las medidas impuestas por los Miembros para evitar la doble imposición de los ingresos de fuente extranjera. Significa que ninguna de esas medidas está incluida en la prohibición del párrafo 1 a) del artículo 3, ni siquiera cuando la medida en cuestión constituiría en otro caso una "exención [...] total o parcial [relacionada] específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos", en el sentido del párrafo e).

4.719 El carácter de matización que tiene la nota de pie de página 59 se ve reforzado por la segunda oración, en la que se dice que "los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuasen en condiciones de plena competencia". Los términos utilizados en esta frase protegen contra la posibilidad de que los Miembros de la OMC otorguen un beneficio fiscal que no sería admisible con respecto a los ingresos de fuente interna al autorizar a sus empresas exportadoras a desplazar ingresos hacia empresas vinculadas en el extranjero, privilegiadas desde el punto de vista fiscal. Ello podría ocurrir si las autoridades fiscales permitiesen a las "empresas exportadoras" sometidas a tributación más elevada infravalorar los precios en relación con los "compradores extranjeros" sometidos a tributación más baja. Desplazar artificialmente los ingresos de esa manera sólo daría por resultado una economía de impuestos si la empresa vinculada en el extranjero fuese sometida a un tipo impositivo más bajo o a ninguno.

informe del Grupo Especial, adoptado el 19 de marzo de 1999, párrafo 6.21 ("[...] todo el texto del Acuerdo Antidumping puede ser pertinente a una interpretación adecuada de cualquier disposición concreta del mismo.").

³⁵³ Una vez más, y por las razones expuestas en la primera comunicación de los Estados Unidos, el análisis adecuado del programa relativo a las EVE debe comenzar por las disposiciones más específicas del Acuerdo SMC, que son las de la nota de pie de página 59. Aun así, por las razones expuestas también en aquella ocasión, el análisis que comienza por las disposiciones generales, como propugna las Comunidades Europeas, no modifica la conclusión de que el programa relativo a las EVE no constituye una subvención.

³⁵⁴ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 42.

4.720 Las Comunidades Europeas conceden que "en esta frase [de la nota de pie de página 59 por lo que respecta al principio de la plena competencia] se presume que el comprador extranjero vinculado puede no ser gravado al mismo nivel que la empresa exportadora y esto puede llevar a una carga fiscal menor en total en cuanto a los ingresos que se obtengan de la transacción de exportación".³⁵⁵ De hecho, esta frase es pertinente y tiene sentido sólo si se permite a los Miembros de la OMC gravar los ingresos de fuente extranjera en menor medida que los ingresos de fuente interna, o eximir por completo de impuestos los ingresos de fuente extranjera. Si los Miembros de la OMC no gozan de libertad para hacer eso, no habría habido ninguna necesidad de que los redactores incluyesen esa disposición en el Acuerdo SMC. En esas condiciones, el párrafo e) prohibiría todo beneficio fiscal que se otorgase con respecto a los ingresos de entidades extranjeras participantes en transacciones de exportación.

4.721 Una última indicación de que la nota de pie de página 59 reduce el alcance del párrafo e) es su oración inicial, que dice así: "Los Miembros reconocen que el aplazamiento no constituye necesariamente una subvención a la exportación en los casos en que, por ejemplo, se perciben los intereses correspondientes." Esa oración deja en claro que, en determinadas circunstancias, un aplazamiento de los impuestos específicamente relativos a las exportaciones no constituiría una subvención prohibida. La oración cita como ejemplo los casos en que se perciben los intereses correspondientes, pero indica, con mayor generalidad, que puede haber otros casos en los que el aplazamiento no dé lugar a una subvención a la exportación.

4.722 En resumen, la nota de pie de página 59 contradice la alegación de las Comunidades Europeas de que, a tenor del párrafo e), toda exención, remisión o aplazamiento de impuestos, incluso cuando esté supeditada a los resultados de exportación, constituye un sacrificio de ingresos fiscales que "en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1.

La nota de pie de página 59 indica que los ingresos de fuente extranjera no necesitan ser gravados

4.723 Como queda demostrado en la sección precedente, la nota de pie de página 59 reduce el alcance del párrafo e). En el contexto de la presente diferencia, sin embargo, el aspecto más importante de la reducción del alcance del párrafo e) por la nota de pie de página 59 es la segunda oración. Como se explica *supra*, dicha oración es pertinente tan sólo si se permite que los Miembros de la OMC eximan de impuestos los ingresos de fuente extranjera o los graven con tipos inferiores a los aplicables a los ingresos de fuente interior.³⁵⁶

4.724 La segunda oración de la nota de pie de página 59 de pie de página, al igual que el resto de esa nota, forma parte del contexto para efectos de interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1. Esa segunda oración refuerza la conclusión resultante del examen de la Decisión del Consejo de 1981 en el sentido de que la desgravación fiscal de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no constituye sacrificio de ingresos "que en otro caso se percibirían".³⁵⁷

³⁵⁵ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 42.

³⁵⁶ Incluso el Japón, país tercero que intervino a favor de las Comunidades Europeas, está de acuerdo en que la finalidad del principio de la plena competencia en la nota de pie de página 59 es la de distribuir la asignación de "los beneficios entre las actividades internas y las actividades en el extranjero". Declaración del Japón con fecha 2 de febrero de 1999, párrafo 19. Claro está que el Japón, como cuestión aparte, discute que las normas administrativas de fijación de precios lleven a cabo debidamente esa asignación.

³⁵⁷ Naturalmente, y por las mismas razones ya expuestas con referencia al párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1, la Decisión del Consejo de 1981 inspira también la interpretación de la nota de pie de página 59, reforzando así la conclusión de que la segunda oración de dicha nota de pie de página 59 pone de manifiesto la

La nota de pie de página 59 responde al trato histórico en el GATT de la exención fiscal de los ingresos de fuente extranjera

4.725 Las conclusiones que se dejan expuestas con respecto a la nota de pie de página 59 vienen confirmadas por el examen de la historia del GATT antes del Acuerdo SMC. Lo más destacable es que las disciplinas del Acuerdo SMC en lo relativo a subvenciones a la exportación no son, como pretenden las Comunidades Europeas, un nuevo concepto que surgió por vez primera de la Ronda Uruguay. Proceden directamente, por el contrario, de una prohibición más estrecha que figura en el párrafo 4 del artículo XVI del GATT. Del mismo modo, la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación se produjo por primera vez con relación al párrafo 4 del artículo XVI del GATT, y el párrafo e) de la vigente Lista tiene por antecedente el párrafo c) de la Lista de 1960. Dado que el párrafo c) fue propuesto por un país, Francia, que eximía de impuestos los ingresos de fuente extranjera con el fin de otorgar una ventaja a las exportaciones de mercancías frente a las ventas de éstas en el mercado interno, no es probable que se aspirase a que la exención fiscal de esos ingresos fuese considerada como subvención a la exportación a tenor del párrafo c) y del párrafo 4 del artículo XVI. Aplicar a la vigente Lista ilustrativa la interpretación opuesta iría en contra del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC que, tal y como fue interpretado por el Órgano de Apelación, tiene por objeto "[garantizar] la continuidad y coherencia en una transición fluida a partir del sistema del GATT de 1947".³⁵⁸

La nota de pie de página 59 de pie de página es preceptiva por lo que respecta a la cuestión de si la exención fiscal de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero constituye una subvención

4.726 Hasta aquí, los Estados Unidos han venido ocupándose de la nota de pie de página 59 como parte del contexto del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1, sirviéndose del enfoque de las Comunidades Europeas que parte de lo general en lugar de lo específico. El enfoque acertado, sin embargo, es el de comenzar el análisis con la nota de pie de página 59, que es la disposición específica del Acuerdo SMC que se ocupa más directamente de una exención de impuestos sobre los ingresos. La exención de impuestos de las EVE no constituye una subvención a la exportación a tenor de la nota de pie de página 59. Por las razones que seguidamente se exponen, la nota de pie de página 59 es preceptiva para esta cuestión.

4.727 Si bien los Estados Unidos y la Unión Europea están de acuerdo en que la Lista ilustrativa es "ilustrativa", no lo están en cuanto a de qué modo es ilustrativa esa Lista. Las Comunidades Europeas parecen sostener que si un determinado tipo de contribución financiera se describe en un determinado párrafo de la Lista ilustrativa pero no puede ser considerado como subvención a la exportación con arreglo al criterio contenido en ese párrafo concreto, puede, sin embargo, juzgarse que esa contribución financiera es una subvención a la exportación en virtud de algún otro criterio.

4.728 A juicio de los Estados Unidos, no es eso lo que los redactores se propusieron al utilizar el término "ilustrativa" con respecto a la lista del Anexo I del Acuerdo SMC. Es una interpretación más razonable, en cambio, la de que los redactores utilizaron el término "ilustrativa" para indicar que no todos los tipos de contribución financiera quedaban abarcados por el Anexo I. Por ejemplo, y con excepción de los créditos a las exportaciones, que son objeto del párrafo k) y se refieren a la venta de mercancías, la Lista ilustrativa no se ocupa de los préstamos supeditados a las exportaciones, tales como los que los gobiernos otorgan únicamente a los exportadores para fines de ampliación de la

intención de los redactores de permitir que los Miembros se abstengan de gravar los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero.

³⁵⁸ Japón - Bebidas alcohólicas, página 17.

capacidad. De modo análogo, y con la excepción de las garantías de créditos relacionados con la exportación, que son objeto del párrafo j), la Lista no se ocupa de las garantías de préstamos a los productores supeditadas a los resultados de exportación. Tampoco se ocupa la Lista de la condonación de créditos estatales que puede estar supeditada a los resultados de exportación. Por último, la Lista no se ocupa de las aportaciones de capital social orientadas a la exportación, práctica que ha sido alegada recientemente en un procedimiento en curso en un grupo especial.

4.729 No obstante, cuando un determinado párrafo de la Lista ilustrativa se ocupa de un determinado tipo de contribución financiera, ese párrafo fija el criterio para determinar si la contribución financiera es o no una subvención. Piénsese, por ejemplo, en el párrafo j) de la Lista ilustrativa, que trata de los sistemas de garantía o seguro del crédito a la exportación. Considerando simplemente el criterio relativo a los tipos de primas, los tipos de primas dan lugar a una subvención a la exportación si son "insuficientes para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento de esos sistemas". Va implícita en el párrafo j), sin embargo, la noción de que los tipos de primas no dan lugar a subvenciones a la exportación si son "suficientes" para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento. Así pues, a primera vista, el párrafo j) da a los Miembros un criterio previsible que puede utilizarse en la implantación y administración de sistemas de garantía o seguro del crédito a la exportación.

4.730 Con el enfoque que da las Comunidades Europeas a la Lista ilustrativa desaparece, en cambio, toda previsibilidad. Debido a que, según ese enfoque de las Comunidades Europeas, el párrafo j) es meramente "ilustrativo", habrá muchas maneras de considerar un sistema de garantía o seguro del crédito a la exportación como subvención a la exportación, aun cuando los tipos de primas se ajusten al criterio del párrafo j). Si los tipos de primas fuesen insuficientes para cubrir *a corto plazo* los costos o pérdidas de funcionamiento, podría considerarse el sistema como subvención a la exportación. Si los tipos de primas fuesen insuficientes para cubrir a corto o a largo plazo los costos *que no sean de funcionamiento*, podría considerarse el sistema como subvención a la exportación. Si los tipos de primas fuesen inferiores a los que el exportador podría pagar por una cobertura comparable en el mercado, podría existir una subvención a la exportación en virtud del enfoque del "beneficio para el que la recibe". Así ocurriría, en particular, en las situaciones en que una determinada transacción de exportación llevase consigo un riesgo de excepcional gravedad en cuanto a falta de pago o a fluctuaciones cambiarias.

4.731 Es sumamente improbable que los redactores del Acuerdo SMC se tomaran todo el trabajo de insertar cuidadosamente en la Lista ilustrativa normas específicas y detalladas en cuanto a tipos particulares de contribuciones financieras, tales como las del párrafo j), con la intención de que se hiciese caso omiso de esas normas en favor de otros criterios más generales que figuran en otras partes del Acuerdo SMC. Una interpretación más verosímil de todo ello es la de que la redacción de la Lista ilustrativa responde a la intención de establecer normas detalladas para determinado tipo de contribuciones financieras, normas que amplían lo sentado en los principios generales que figuran en el artículo 1, y que no pueden darse de lado en favor de esos principios más generales.

4.732 Esa interpretación de la Lista ilustrativa viene abonada por la nota de pie de página 5 del Acuerdo SMC, en la que se especifica que las medidas mencionadas en la Lista ilustrativa como medidas que no constituyen subvenciones a la exportación "no estarán prohibidas en virtud [del párrafo 1 a) del artículo 3] ni de ninguna otra disposición del presente Acuerdo". La nota de pie de página 5 quedaría privada de sentido si, como pretenden las Comunidades Europeas, cupiese considerar una medida relativa a la exportación como subvención prohibida a la exportación, a pesar de que dicha medida *no* constituya una subvención a la exportación con arreglo a uno de los párrafos de la Lista ilustrativa. Dado que tal conclusión es improcedente en términos de derecho internacional

público³⁵⁹, la interpretación correcta de la Lista ilustrativa es la de que sus disposiciones son rectoras por lo que respecta a las medidas que en ella se contemplan.

La interpretación que dan las Comunidades Europeas a "que en otro caso se percibirían" atribuye mucha mayor importancia a la forma que al fondo

4.733 Como se demostró *supra*, al interpretar el párrafo 1 a) 1) ii) del Artículo 1 a la luz de la Decisión del Consejo de 1981 y de la nota de pie de página 59, se pone de manifiesto que la exención fiscal de los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no constituye condonación de ingresos públicos "que de otro modo se percibirían". Un defecto más del argumento de las Comunidades Europeas en contrario es, sin embargo, el de que da demasiada importancia a la forma, en detrimento del fondo.³⁶⁰

4.734 Las Comunidades Europeas no se centran en la naturaleza de la exención de impuestos, sino en la forma en que se otorga dicha exención. No afecta a que una medida sea con mayor o menor exactitud una subvención el que el Estado haga una contribución financiera 1) incluyendo un tipo de ingresos en un principio general impositivo y creando luego formalmente un subgrupo con esos ingresos; o 2) empezando por no someter a tributación los ingresos de un determinado tipo. Ambos métodos consiguen el mismo efecto, es decir, eximir de impuestos ciertos ingresos y, por lo tanto, sacrificar ingresos públicos.

4.735 Algunos sistemas territoriales europeos, por ejemplo, eximen de impuestos directos los ingresos de fuente extranjera utilizando el método 2), es decir, que esos sistemas no hacen llegar la obligación tributaria a los ingresos de fuente extranjera. Sin embargo, esos sistemas surten el mismo efecto general que el de las EVE, que utiliza el método 1), en cuanto que las transacciones de exportación están sometidas a una carga tributaria menor que las transacciones en el país.³⁶¹ Sin embargo, nada existe en el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 que indique que uno de esos métodos de exención de impuestos constituye una subvención y el otro no. La forma de la exención no debería tener importancia. Lo importante es la naturaleza de los ingresos que la exención protege contra la tributación.

³⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Japón - Bebidas alcohólicas*, página 13.

³⁶⁰ Los Estados Unidos hacen notar también que, si se acepta la teoría de las Comunidades Europeas, hay que desestimar parte de la reclamación de ésta contra el programa relativo a las EVE. Las Comunidades Europeas han impugnado: 1) la exención de la tributación vigente de los ingresos de las EVE; 2) la deducción por dividendos recibidos que se aplica a los dividendos de las EVE cuando son repatriados. Sin embargo, según se explicó en el párrafo 23 de la primera comunicación de los Estados Unidos, la norma que se sigue con arreglo al sistema de impuesto sobre la renta de los Estados Unidos consiste en aplazar la percepción del impuesto sobre los ingresos de las filiales en el extranjero de empresas estadounidenses hasta que las ganancias de la filial hayan sido transferidas a la empresa matriz estadounidense en forma de dividendos. Si bien los Estados Unidos pueden gravar los ingresos corrientes de una filial en el extranjero de una empresa estadounidense en virtud de disposiciones "antiaplazamiento" tales como las de la sección F del Código de Rentas Internas, esas disposiciones tienen carácter de excepción con respecto a la norma del aplazamiento. Véase *id.*, párrafo 24. Por consiguiente, incluso con arreglo a la teoría de las Comunidades Europeas, la exención de tributación actual de los ingresos de las EVE no constituiría condonación de ingresos fiscales "que de otro modo se percibirían".

³⁶¹ Las Comunidades Europeas llega a admitir esto, al manifestar que un país que no grave los ingresos de fuente extranjera de sus empresas "tendrá que imponer tributos a tipos más elevados para lograr el mismo nivel de ingresos públicos" (Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 14). Dicho de otro modo, que los ingresos de fuente interior tendrán que ser gravados con un tipo más elevado para compensar la pérdida de ingresos públicos sufrida como parte de la transacción de exportación.

4.736 La posición de las Comunidades Europeas, si se acepta y se hace llegar a su conclusión lógica, exigiría que los Miembros de la OMC gravasen todos los ingresos, sin tener en cuenta dónde se ganan y quién los gana; de no ser así, sus sistemas tributarios constituirían intrínsecamente subvenciones. Es contrario a la razón, sin embargo, *exigir* a los Miembros de la OMC que graven los ingresos que obtienen fuera de sus fronteras empresas situadas en el extranjero. Es de suponer que las Comunidades Europeas no sostendrán que el Japón, por ejemplo, otorga una subvención en la medida en que no grava los ingresos obtenidos por una filial brasileña que realiza actividades comerciales en Alemania. ¿Denominarían las Comunidades Europeas el que Tailandia no grave los ingresos de una empresa francesa que funcione en el Canadá una subvención? Si esas prácticas no son subvenciones, y por supuesto que no lo son, entonces los Estados Unidos igualmente no otorgan una subvención cuando eximen los ingresos que obtiene en el Brasil una EVE constituida en los Países Bajos.

El programa relativo a las EVE exige de impuestos, apropiadamente, los ingresos resultantes de procesos económicos en el extranjero en transacciones relativas a mercancías exportadas

Al contrario de lo que alegan las Comunidades Europeas, el concepto de "procesos económicos en el extranjero" no es complicado ni ambiguo y abarca las actividades de distribución

4.737 Las Comunidades Europeas intentan reducir la importancia de la Decisión del Consejo de 1981, indicando para ello que el concepto de "procesos económicos en el extranjero"³⁶² que se formula en dicha Decisión y se aplica a las transacciones de exportación es tan vago que hace imposible todo intento objetivo por parte de un Miembro de distinguir entre procesos abarcados por la definición -y que, por consiguiente, no tienen que ser gravados- y procesos no abarcados por la definición. Según las Comunidades Europeas, todo intento de clasificación sería "arbitrario" y llevaría a que los ingresos quedasen "exentos de impuestos en cualesquiera condiciones que [al Miembro] le plazcan".³⁶³

4.738 Por fortuna, la tarea de interpretar la Decisión del Consejo no es tan ímproba como la hacen parecer las Comunidades Europeas. Los diccionarios dan definiciones inequívocas de las palabras "económico" y "proceso". "Económico" se define como "relativo o referente a la producción, la distribución y el consumo de productos".³⁶⁴ "Proceso" se define como "sistema para hacer algo, producir algo o lograr un resultado específico".³⁶⁵ Se desprende con claridad de esas definiciones, y de la experiencia común, que la manufactura y la distribución son los dos procesos primordiales que llevan consigo la producción y la venta de las mercancías, con inclusión de las mercancías vendidas para su exportación.

4.739 En una transacción de exportación es frecuente que tengan lugar actividades de distribución fuera de los límites territoriales del país exportador. Una vez manufacturada la mercancía, debe hacerse llegar a los clientes, y las actividades de distribución se llevan a cabo con frecuencia cerca del

³⁶² Por supuesto, los Estados Unidos emplean la expresión "procesos económicos en el extranjero" como forma abreviada de "procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador", que es la expresión que efectivamente utilizó el Consejo.

³⁶³ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 62.

³⁶⁴ Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged, G. & C. Merriam (1961), página 720.

³⁶⁵ Id., página 1808.

mercado en que se encuentra el consumidor. Como parte del proceso de distribución, las empresas dedican tiempo y gastos considerables a la promoción de sus productos mediante publicidad, participación en ferias y exposiciones comerciales y demostraciones del producto a los posibles clientes. El proceso de distribución lleva consigo también la preparación y negociación de contratos de compraventa y demás documentación jurídica, la concertación de financiación, la elaboración y envío de facturas y recibos, y la entrega del producto al cliente.

4.740 No existe, muchas veces, una relación directa entre la cuantía de los costos de distribución ocasionados y el valor de una transacción de compraventa. En ocasiones puede que se haya hecho un pedido importante tras unas actividades de promoción relativamente escasas por parte de una empresa; en otros casos una amplia campaña de ventas puede dar lugar a unas ventas mínimas o a ninguna venta, y el pedido puede ir a parar a un competidor. Muchos de los costos de distribución corresponden a "gastos generales fijos" del vendedor, cualquiera que sea el valor de la transacción.

4.741 Esos costos de distribución, sobre todo los que lleva consigo la promoción de ventas, se sitúan, por regla general, en la localidad de domicilio comercial del cliente o posible cliente, o cerca de esa localidad. Por consiguiente, cuando se trata de ventas a consumidores del propio país, las actividades de producción tendrán lugar por lo general en el país. A la inversa, cuando se trate de exportaciones, muchas de esas actividades tendrán lugar por regla general fuera del país de manufactura, ya sea en el país del posible cliente o en un tercer país que resulte más cómodo que el país de manufactura para el posible cliente.

4.742 Actividades de distribución tales como las que se describen en el párrafo precedente son, evidentemente, procesos económicos sustanciales, necesarios para la venta y entrega de un producto manufacturado a un cliente, y para la consiguiente obtención de los ingresos resultantes de dicha venta y distribución. Dichas actividades, en la medida en que se lleven a cabo fuera del territorio del país de fabricación, son procesos económicos en el extranjero.

El carácter "extranjero" de un proceso económico depende de dónde se lleve a cabo

4.743 Las Comunidades Europeas no son capaces de admitir que, a efectos del principio formulado en la Decisión del Consejo, el carácter "extranjero" de un proceso económico viene determinado por el lugar en que se lleve a cabo. Si el proceso se lleva a cabo dentro del territorio de un Miembro es un proceso económico nacional. Si se lleva a cabo fuera del territorio del Miembro es un proceso económico en el extranjero. Si una persona natural lleva a cabo un proceso económico fuera del territorio del Miembro, ese proceso es "en el extranjero", cualquiera que sea la nacionalidad o ciudadanía de la persona en cuestión. Si una sociedad lleva a cabo un proceso económico fuera del territorio del Miembro, no hace al caso si la sociedad fue constituida en el extranjero o si su principal centro de actividad se encuentra en el extranjero. Si la sociedad que lleva a cabo el proceso económico en el extranjero es una filial de otra persona jurídica, tampoco hace al caso, para determinar dónde tiene el lugar el proceso económico, que el lugar en que haya sido constituida o en que tenga su centro de actividades dicha filial sea nacional o extranjero. Tampoco afecta al carácter "extranjero" de un proceso el que haya sido llevado a cabo por un empleado o agente.

4.744 Es sorprendente que las Comunidades Europeas cuestionen tan simple concepto, si se tiene en cuenta que fueron Francia, Bélgica y los Países Bajos quienes propusieron el elemento de "procesos económicos en el extranjero" de la Decisión del Consejo de 1981. Francia, por ejemplo, propuso que el informe del grupo de expertos acerca de sus prácticas fiscales fuese adoptado junto con un declaración "en el sentido de que las actividades económicas que tienen lugar después de la operación de exportación, y por consiguiente fuera del país de origen, no pueden ser objeto de imposición fiscal por dicho país ni pueden ser consideradas como actividad de exportación en términos del Acuerdo

General".³⁶⁶ Bélgica y los Países Bajos hicieron declaraciones análogas.³⁶⁷ El principio propuesto por esos tres Estados miembros de las Comunidades Europeas, y que ahora repudian las Comunidades Europeas, es central para resolver este asunto.

4.745 La posición de las Comunidades Europeas resultan todavía más sorprendentes a la vista de que las Comunidades Europeas respaldaron expresamente la propuesta formulada por Francia, Bélgica y los Países Bajos. Las Comunidades Europeas dejaron constancia de que "compart[ían] las opiniones expuestas por los tres Estados miembros respecto de la aprobación de los tres informes con reservas acerca del concepto de 'actividades de exportación'".³⁶⁸ Dado que tres Estados miembros de las Comunidades Europeas propusieron el concepto de "procesos económicos en el extranjero" y las Comunidades Europeas respaldaron expresamente esa propuesta, resulta poco sincero que las Comunidades Europeas vengan ahora a sostener ante el Grupo Especial que ese concepto carece de sentido y entraña posibilidades de abuso. Esto es un ejemplo más de cómo las Comunidades Europeas intentan escribir de otro modo la historia del GATT.

Las normas de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE no constituyen una subvención ni una subvención a la exportación

Introducción

4.746 Por lo que respecta a su alegación de que las normas de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE son constitutivas de una subvención a la exportación, las Comunidades Europeas interpretan erróneamente el significado del principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59 en su aplicación al presente asunto. Las Comunidades Europeas invocan algunas definiciones del principio de la plena competencia en la legislación estadounidense y en la OCDE, pero las referidas definiciones no fueron incorporadas al Acuerdo SMC. Por consiguiente, las Comunidades Europeas no han facilitado al Grupo Especial análisis alguno, en el fondo, de cómo interpretar el significado del principio de la plena competencia para los fines del presente asunto, ni han suministrado prueba alguna de que, cualquiera que sea el criterio aplicable, los Estados Unidos no se hayan ajustado a él. En resumen, el argumento de las Comunidades Europeas por lo que respecta a las normas administrativas de fijación de los precios puede reducirse a que las Comunidades Europeas sostienen que las normas de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE no son compatibles con unas normas que, simplemente, no se aplican en la OMC.

4.747 Los Estados Unidos, por el contrario, han presentado una interpretación del principio de la plena competencia que dota de sentido a sus términos y es compatible con su contexto y finalidad. Los Estados Unidos han explicado que, cuando se trata de una exención fiscal de los ingresos de fuente extranjera, el principio de la plena competencia se encamina a impedir que se desplacen indebidamente ingresos de fuente interior sujetos a tributación más elevada hacia una entidad extranjera vinculada sujeta a tributación más baja o nula. Los Estados Unidos han explicado también que las "prácticas administrativas o de otra clase" están expresamente permitidas con arreglo a los términos utilizados en la nota de pie de página 59, y que dichas prácticas no infringen el párrafo 1 a) del artículo 3, a no ser que den por resultado una "importante economía" de impuestos directos con respecto a los ingresos de fuente interior. Dado que las Comunidades Europeas no han conseguido

³⁶⁶ Documento N° C/114 del GATT (8 de diciembre de 1980) (las cursivas son nuestras).

³⁶⁷ Documento N° C/115 del GATT (8 de diciembre de 1980) (Bélgica); documento N° C/116 del GATT (8 de diciembre de 1980) (Países Bajos); y documento N° C/M/145 del GATT (14 de enero de 1981), páginas 1 a 4.

³⁶⁸ Documento N° C/M/145 del GATT (14 de enero de 1981), página 4.

probar que las normas de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE den por resultado ninguna economía de impuestos con respecto a los ingresos de fuente interior, y ya no digamos una economía "importante", sus alegaciones deben ser desechadas.

La interpretación de las Comunidades Europeas de lo que constituye el principio de la plena competencia es errónea

4.748 Las Comunidades Europeas han argumentado que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE constituyen subvenciones prohibidas a la exportación porque infringen el principio de la plena competencia.³⁶⁹ Las Comunidades Europeas sostuvieron que eso era así porque "las normas de fijación administrativa de los precios del programa relativo a las EVE suponen una desviación importante de los principios aplicados por los países desarrollados para hacer frente a los problemas de la fijación de precios de transferencia entre empresas vinculadas, tal como se recogen en las Directrices de la OCDE".³⁷⁰ Las Comunidades Europeas alegaron que las Directrices de la OCDE son pertinentes en cuanto a la presente diferencia porque "se ha creado un consenso internacional acerca de cómo hacer frente a esas cuestiones, que se expone en las Directrices sobre fijación de precios de transferencia de la OCDE".³⁷¹ Las Comunidades Europeas alegaron también que las normas de fijación administrativa de los precios que se aplican a las EVE obtienen resultados diferentes de los que se obtendrían a tenor del artículo 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos.³⁷² Las Comunidades Europeas sostienen que esa alegada desviación del artículo 482 prueba que las normas de fijación administrativa de los precios aplicadas a las EVE infringen el apartado 1 a) del artículo 3.³⁷³

4.749 Una vez más, las Comunidades Europeas han interpretado mal la disposición jurídica rectora que se aplica a sus alegaciones. Ni las Directrices de la OCDE ni el artículo 482 facilitan una definición del principio de la plena competencia a efectos de la nota de pie de página 59. Puede que las Directrices de la OCDE y el artículo 482 representen dos de los principales avances alcanzados por lo que respecta a la fijación de precios en condiciones de plena competencia, pero no han sido incorporados al Acuerdo SMC.

4.750 En muchos aspectos es difícil comprender la posición de las Comunidades Europeas por lo que respecta al artículo 482 y a las Directrices de la OCDE. Está claro que la legislación interna de un solo Miembro de la OMC, como es el caso por lo que se refiere al artículo 482, no puede utilizarse como punto de referencia para determinar las normas de la OMC en cuanto a fijación de los precios en condiciones de plena competencia.

4.751 Las Directrices de la OCDE son igualmente inoportunas por lo que hace a la presente diferencia.³⁷⁴ En ninguna parte dispone el Acuerdo SMC que puedan suplir la normas de otra organización la definición del principio de la plena competencia por lo que toca a la nota de pie de

³⁶⁹ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 158.

³⁷⁰ *Id.*, párrafo 68.

³⁷¹ *Id.*, párrafo 67.

³⁷² *Id.*, párrafo 75.

³⁷³ *Id.*, párrafo 78.

³⁷⁴ A este respecto, los Estados Unidos reiteran que las Comunidades Europeas no han explicado cómo podrían considerarse incorporadas al Acuerdo SMC unas Directrices de la OCDE que nacieron *después* de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

página 59. Por muy merecedoras de sumo aprecio que sean las Directrices de la OCDE, no se pueden incorporar al Acuerdo SMC cuando no hay ninguna indicación de que esa fuese la intención de quienes lo redactaron.³⁷⁵ Sólo una pequeña minoría de Miembros de la OMC ha acordado adherirse oficialmente a las Directrices. El hecho de que quede reflejado en las Directrices "un consenso internacional" de los países desarrollados no es un fundamento en virtud del cual puedan alterarse los derechos y las obligaciones de los Miembros de la OMC. Es indudable que a la mayor parte de los Miembros de la OMC les sorprendería descubrir que, al adherirse a la OMC, se comprometieron a cumplir y ejecutar las Directrices de la OCDE.

4.752 Los Estados Unidos han argumentado que la falta de normas específicas en materia de fijación de precios de transferencia en el Acuerdo sobre la OMC es la razón principal de que la nota de pie de página 59 indique que las partes "normalmente tratarán" de resolver sus diferencias relativas a la fijación de precios de transferencia en los apropiados foros fiscales. En particular, los Estados Unidos han argüido que este asunto debería ser examinado, al menos en primera instancia, por la OCDE, puesto que ese organismo cuenta con un conjunto de normas específicas y consolidadas -normas que la OMC no tiene- por lo que respecta a las cuestiones que plantean las Comunidades Europeas. Habiendo presentado sus reclamaciones al foro equivocado, las Comunidades Europeas tratan ahora de aplicar unas normas que se salen del alcance de la OMC.

4.753 La diferencia fundamental entre el enfoque del artículo 482 y las Directrices de la OCDE, por una parte, y el de la nota de pie de página 59 por la otra, reside en el nivel a que se aplica el análisis del principio de la plena competencia. El artículo 482 y las Directrices de la OCDE se centran en el nivel correspondiente a las transacciones específicas entre partes vinculadas de contribuyentes concretos y se preguntan si esas transacciones específicas obtienen resultados en condiciones de plena competencia. En cambio, la nota de pie de página 59 se centra en los resultados en conjunto de "las prácticas administrativas o de otra clase", y se pregunta si esas prácticas causan una distorsión sistemática en cuanto a la distribución entre la renta de origen interno y la renta de origen extranjero de tal manera que "den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación".

4.754 Al adoptar una perspectiva de conjunto, el Congreso de los Estados Unidos pudo asegurarse de que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE, en conjunto, no "diesen por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". Al mismo tiempo, el Congreso pudo hacer disponibles métodos que proporcionan una considerable facilidad administrativa tanto a los contribuyentes como a las autoridades fiscales. Debido a que las normas de fijación administrativa de los precios están encaminadas a producir resultados que se atengan al principio de la plena competencia en conjunto, pueden librar tanto a los contribuyentes como a las autoridades fiscales de tener que ahondar en las complejidades en cuanto a datos reales que acompañan a un análisis de fijación de precios de transacción centrado en unos contribuyentes concretos y unas transacciones concretas.

4.755 Al forjar las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE de modo que cumpliesen la norma de la nota de pie de página 59, el Congreso pudo legislar métodos que ofrecen validez y estabilidad en conjunto, por más que puedan darse discrepancias en algún caso. Las exigencias del comercio de exportación hacen que sea precisa una actuación de ventas y una labor de distribución cercanas al objetivo que se fija, un mercado extranjero, por ejemplo. Si bien puede variar en determinados casos la envergadura de esos procesos económicos en el extranjero, las normas de fijación administrativa de los precios fueron pensadas para limitar moderadamente la exención fiscal

³⁷⁵ El hecho de que la segunda parte del párrafo k) del Anexo I incorpore por referencia el Acuerdo relativo a las directrices para los créditos a la exportación concedidos con apoyo oficial, de la OCDE, indica que quienes redactaron el Acuerdo SMC sabían cómo incorporar normas de la OCDE cuando así lo deseaban.

aplicable a las EVE al orden de la cuantía en conjunto de esas actividades económicas en el extranjero que ocurra en las transacciones de exportación. Como se explica *infra*, los datos empíricos apoyan la conclusión de que las normas de fijación administrativa de los precios crean resultados en conjunto que están de conformidad con el principio de la plena competencia que se establece en la nota de pie de página 59.

4.756 Aun así, incumbe a las Comunidades Europeas en su calidad de parte reclamante en este asunto facilitar una definición de lo que pueda suponer el principio de la plena competencia y explicar por qué las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE son por alguna razón incompatibles con esa definición. Puesto que las Comunidades Europeas no lo han hecho, ello significa que las Comunidades Europeas ni siquiera han conseguido hacer una alegación *prima facie* de que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE incumplen las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes del Acuerdo SMC.

Una medida no es incompatible con el principio de la plena competencia tan sólo porque esté encaminada a facilitar el procedimiento administrativo

4.757 Las Comunidades Europeas han sostenido que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE infringen el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, en parte al menos, porque están encaminadas a facilitar el procedimiento administrativo. Las Comunidades Europeas han sostenido que las Directrices de la OCDE están reñidas con algunos tipos de fórmulas, pero, al mismo tiempo, las Comunidades Europeas han reconocido que las Directrices permiten el uso de otras fórmulas determinadas.³⁷⁶ Sin embargo, las Comunidades Europeas no han encontrado ningún fundamento en el texto del Acuerdo SMC que apoye su aseveración de que el Acuerdo SMC -y la nota de pie de página 59 en particular- excluye el uso de métodos que promuevan la facilidad y eficacia administrativa.

4.758 El Acuerdo SMC no estipula qué método habrán de utilizar los Miembros para llevar a cabo sus análisis de la fijación de precios de transferencia. Trata más bien de los resultados. La nota de pie de página 59 deja en claro que se satisface el principio de la plena competencia cuando, a efectos fiscales, los "precios" cargados "a efectos fiscales" entre entidades vinculadas son los mismos que serían cargados entre empresas independientes. En esa disposición no consta para nada cómo habrán de ser determinados esos "precios". Así pues, siempre que los resultados finales sean los debidos, no se infringe el principio.

4.759 Es más, el texto de la nota de pie de página 59 contempla que los Miembros pueden hacer uso de "prácticas administrativas o de otra clase" al calcular los precios de transferencia. Dichas prácticas son admisibles, según la nota, siempre que no den por resultado una "importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". Lo que deja claro ese modo de expresarse es que la facilidad administrativa que proporcionan esas prácticas tiene mayor peso que la posibilidad de que los exportadores puedan obtener una economía de impuestos insignificante gracias a ellas.

4.760 Las Comunidades Europeas han concedido que no existe un método reconocido para aplicar a la fijación de precios de transferencia. Las Comunidades Europeas han afirmado que "las Directrices [de la OCDE] reconocen que puede ser apropiado que haya otros métodos de deducir unos precios que se atengan al principio de plena competencia [...]".³⁷⁷ Además, las Comunidades Europeas han declarado con respecto al artículo 482 que "dispone que se pueda utilizar una gama completa de

³⁷⁶ *Id.*, párrafo 72.

³⁷⁷ *Id.*, párrafo 71.

técnicas fundándose en el entendimiento más reciente del principio de la plena competencia tal como se propone en las Directrices de la OCDE".³⁷⁸

4.761 Dado que las Comunidades Europeas conceden que pueden utilizarse varios métodos distintos en la fijación de precios de transferencia, los Estados Unidos alegan, con los debidos respetos, que las Comunidades Europeas tendrán que facilitar algún otro fundamento que no sea el de referirse a las Directrices de la OCDE para demostrar que los métodos en que se basan las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE infringen el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59. Las Comunidades Europeas no serán capaces de hacerlo, sin embargo, porque la nota de pie de página 59 no prescribe el uso de un método determinado. A tenor de la nota de pie de página 59, lo que cuenta es obtener resultados que se atengan al principio de la plena competencia, no cómo se obtienen esos resultados.

El análisis estricto del precio de compra que proponen las Comunidades Europeas es erróneo

4.762 Al alegar que las normas de fijación administrativa de los precios de las EVE infringen el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59, parece ser que las Comunidades Europeas han adoptado un método de análisis de la fijación de precios de transferencia de las EVE que se funda en la presunción de que todas las EVE compran mercancías de sus empresas matrices y después las revenden. Con ello, las Comunidades Europeas tratan de establecer unos precios de transferencia precisos como los que podrían utilizarse a efectos de evaluación aduanera cuando se vende un producto en una transacción transfronteriza. Lo malo es que este análisis es profundamente defectuoso por varias razones, siendo la más importante la de que la mayor parte de las transacciones de las EVE no encajan en esa suposición de las Comunidades Europeas.

4.763 Muchas EVE no usan nunca el llamado modelo de "compraventa" en las transacciones que efectúan. Dicho de otro modo, no se adjudican un derecho a los productos antes de revenderlos a los clientes. Una gran parte de las transacciones de las EVE usan un modelo de "comisión", en virtud del cual la EVE actúa en calidad de agente de distribución del productor vinculado y recibe como compensación una comisión, en lugar de obtener beneficios de la reventa de esos productos. Las funciones de distribución y venta de que se hace cargo la EVE a efectos fiscales no difieren entre sí como si fueran dos paradigmas, y los cálculos en cuanto a la fijación de precios de transferencia son los mismos en ambos casos. No obstante, una EVE "con comisión" no compra productos a un proveedor y, por consiguiente, no existe en efecto ningún precio de transferencia en cuanto a los productos en esas condiciones.

4.764 Es más, muchas de las transacciones de las EVE no tienen nada que ver con compras, sino con arrendamientos o con la provisión de servicios. En esas transacciones, ni la EVE ni el proveedor vinculado pueden referirse a un precio de compra equivalente al precio de venta para un producto. Los bienes arrendados siguen siendo propiedad del productor, y la función de la EVE como agente de distribución es la de facilitar la transacción de arrendamiento. Cuando se trata de servicios, puede no haber bienes tangibles en absoluto, pero la EVE deberá aun así llevar a cabo sus funciones de intermediario.

4.765 La cuestión central por lo que respecta a la fijación de precios de transferencia del programa relativo a las EVE (que se hace tan sólo a efectos fiscales) no es el precio de los productos en un momento determinado, sino el valor en conjunto de las funciones de una EVE en el ejercicio fiscal. Como ya han indicado anteriormente los Estados Unidos, el régimen EVE imputa a las EVE, a efectos fiscales, todas las funciones de distribución y venta en el extranjero en relación con una

³⁷⁸ *Id.*, párrafo 73.

transacción EVE. Si la EVE no lleva a cabo todas esas funciones por sí misma, está obligada por ley a pagar por ellas. Es este conjunto de funciones de las que se hace cargo la EVE lo que forma la base para imputar ingresos a la EVE. Como se demuestra *infra*, las normas de fijación administrativa de los precios relativas a las EVE distribuyen debidamente los ingresos a las EVE fundándose para ello en las funciones en el extranjero que les son imputables.

Una medida fiscal es compatible con el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59 si obtiene resultados que se aproximan a una gama de valores que están de conformidad con el principio de la plena competencia

4.766 Las Comunidades Europeas han concedido que la fijación de precios según el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59 comprende una "gama" de valores y sólo una "aproximación" a los precios que las empresas independientes cargarían. En particular, las Comunidades Europeas han alegado que el principio de la plena competencia exige que "los precios cargados entre empresas vinculadas se ajusten de tal manera que sean los mismos precios que serían cargados entre empresas independientes".³⁷⁹ Según las Comunidades Europeas, esos ajustes sólo precisan "dar por resultado una aproximación suficientemente cercana a las condiciones de plena competencia en una [...] amplia diversidad de casos a lo largo del tiempo"³⁸⁰. De hecho, las Comunidades Europeas conceden incluso que se satisface el principio de la plena competencia siempre que los resultados de una medida determinada queden comprendidos dentro de una reconocida "gama de tolerancia".³⁸¹

4.767 Los Estados Unidos no están en desacuerdo con ninguna de las referidas posiciones adoptadas por las Comunidades Europeas. De hecho, los Estados Unidos demostrarán a continuación que las normas de fijación administrativa de los precios relativas a las EVE se aproximan a unos resultados que responden al principio de la plena competencia en una "amplia diversidad de casos a lo largo del tiempo".

Las Comunidades Europeas no han demostrado que las normas de fijación administrativa de los precios relativas a las EVE eximan los ingresos de fuente interior y que lo hagan en una medida "importante"

4.768 Las Comunidades Europeas no han proporcionado ningún análisis sustantivo de cómo determinar si los resultados obtenidos con las normas de fijación administrativa de los precios relativas a las EVE están o no de conformidad con el principio de la plena competencia. Más en concreto aún, las Comunidades Europeas no han informado al Grupo Especial de cómo determinaría cuáles serían los puntos extremos de la gama reconocida de valores conformes con el principio de la plena competencia por lo que respecta a una determinada transacción o conjunto de transacciones. Lo menos que cabría esperar, cuando un Miembro de la OMC acusa a otro Miembro de otorgar una subvención a la exportación al permitir, según se alega, que sus exportadores se desvíen del principio de la plena competencia a efectos fiscales, es que recaiga sobre el Miembro reclamante la carga de determinar, primero, cuál es la gama de precios conforme al principio de la plena competencia que sería aplicable a esa diferencia y de indicar después hasta qué punto los resultados obtenidos con la medida que se cuestiona no quedan comprendidos en esa gama.

³⁷⁹ *Id.*, párrafo 69.

³⁸⁰ *Id.*, párrafo 80.

³⁸¹ *Id.*, párrafo 86.

4.769 Aunque las Comunidades Europeas no han facilitado al Grupo Especial ni siquiera un marco analítico básico con el que poder llegar a la conclusión de que las normas de fijación administrativa de los precios relativas a las EVE infringen el Acuerdo SMC, los Estados Unidos han formulado el criterio apropiado para aplicar en esta diferencia. Los Estados Unidos se permiten proponer, con los debidos respetos, que, por lo que se refiere a las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE, el análisis de la conformidad con el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59 supone dos etapas. El Grupo Especial deberá averiguar primero si las normas de fijación administrativa de los precios eximen de tributación los ingresos de fuente extranjera, a diferencia de los de fuente interior. Si así fuere, el análisis puede parar ya ahí, porque los Estados Unidos no tienen ninguna obligación de gravar ingresos de fuente extranjera y el eximir esos ingresos de tributación no puede considerarse subvención, y menos aún una subvención prohibida a la exportación.

4.770 Aun así, en la medida en que el Grupo Especial llegue a la conclusión de que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE eximen ingresos de fuente interior de tributación, deberá determinar si es "importante" la economía fiscal en ingresos de fuente interior obtenidos en transacciones de exportación. Es esta una exigencia que se deriva directamente del modo en que se expresa la nota de pie de página 59, que declara que "todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio [de la plena competencia] y que den por resultado una importante economía de impuestos directos".

4.771 Este análisis en dos etapas es necesario en la presente diferencia porque el programa relativo a las EVE fue pensado con miras a imitar los aspectos fundamentales de los sistemas fiscales territoriales europeos que no gravan los ingresos de fuente extranjera. En la medida en que los ingresos de fuente extranjera no precisan estar sujetos a impuestos a tenor de las normas de la OMC, todo ahorro fiscal en relación con ingresos de fuente extranjera no hace al caso. En este marco, el principio de la plena competencia protege contra la posibilidad de que los Miembros de la OMC otorguen una subvención al permitir que se desplacen ingresos de fuente interior sometidos a tributación más elevada a una entidad vinculada de tal manera que se traten como ingresos de fuente extranjera, sometidos a tributación menos elevada. Siempre y cuando los ingresos de fuente interior no estén exentos de tributación de esta manera, las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE no están otorgando subvención o una subvención a la exportación.

4.772 Las Comunidades Europeas no han presentado al Grupo Especial ninguna prueba de que las normas de fijación administrativa de los precios relativas a las EVE eximan de tributación ingresos de fuente interior o de que den por resultado una "importante economía" de impuestos en ingresos de fuente interior. A falta de esa prueba, la posición de las Comunidades Europeas deberá ser rechazada.

Los datos de que se dispone indican que, en conjunto, el programa relativo a las EVE asigna debidamente los ingresos según sean de fuente extranjera o de fuente interior

4.773 Como ya se indicó anteriormente, el Congreso de los Estados Unidos adoptó un nuevo conjunto de disposiciones fiscales que estaban encaminadas a ajustarse a los principios articulados en la Decisión del Consejo de 1981 y a aprovechar la flexibilidad que ofrecía. Al así hacerlo, el Congreso indicó de un modo muy explícito cuál era su objetivo. Citó concretamente el principio jurídico rector de la Decisión del Consejo, haciendo notar que "en virtud de las normas del GATT, un país no necesita gravar los ingresos procedentes de procesos económicos que tienen lugar fuera de su territorio".³⁸² El Congreso igualmente declaró su objetivo de que "determinados ingresos imputables a actividades económicas realizadas fuera de los Estados Unidos quedaran exentas de la tributación

³⁸² Prueba 6 de las CE, página 1042.

estadounidense".³⁸³ La finalidad que se buscaba sin ambages al eximir esos ingresos era la de "ofrecer a los exportadores de los Estados Unidos un trato comparable al que los exportadores habitualmente obtienen en virtud de sistemas fiscales territoriales".³⁸⁴

4.774 El instrumento que el Congreso escogió para lograr ese fin fue el programa relativo a las EVE, y las normas jurídicas que dispuso el Congreso respondieron a dos consideraciones. La primera fue la de hacer efectivo el beneficio que había autorizado la Decisión del Consejo: esto es, suprimir o reducir los impuestos de los Estados Unidos en cuanto a los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero. La segunda fue la de asegurarse de que, en todo caso, el costo en ingresos fiscales que suponía para la Administración de los Estados Unidos la exención fiscal parcial de las EVE no fuese mayor que el costo en ingresos fiscales que suponían las disposiciones relativas a las sociedades estadounidenses de ventas al extranjero (DISC) a las que reemplazaba. Teniendo en cuenta esos objetivos, el Congreso elaboró y promulgó las disposiciones legislativas que han estado vigentes en los Estados Unidos desde 1986.

4.775 El Congreso escogió tres enfoques diferentes para aproximar, por medio del programa relativo a las EVE, la cuantía de los ingresos imputables a actividades o procesos económicos en el extranjero. Los dos que han sido cuestionados en este caso son el método de la renta imponible conjunta, que asigna el 23 por ciento de la participación total en los beneficios a las EVE, y el método de las entradas brutas, que asigna a las EVE un margen de beneficio del 1,83 por ciento de las entradas brutas totales. Cabe subrayar que estos métodos no estaban forzosamente encaminados a distribuir ingresos fundándose en las actividades que la propia EVE realizaba; estaban sobre todo encaminados a aproximar la cuantía de los ingresos justamente imputable a actividades económicas en el extranjero que se realizaban en relación con la transacción en la que la EVE participaba.

4.776 Para implantar ese objetivo en el marco del sistema fiscal existente de los Estados Unidos, el Congreso exigió no sólo que la EVE fuese una empresa en el extranjero y desempeñase un número concreto de actividades económicas fuera de los Estados Unidos, sino también que la EVE fuese responsable desde el punto de vista jurídico y financiero de fundamentalmente todas las funciones distribuidoras de la transacción. Comprenden estas funciones la comercialización, las ventas, la entrega y otras semejantes. Así pues, la EVE o bien habrá de desempeñar esas funciones por sí misma haciendo uso de sus propios recursos o bien habrá de firmar un contrato con otra empresa para que las desempeñe. En ese caso, la EVE tendrá que pagar por el desempeño de esas funciones.

4.777 El Congreso se propuso de este modo imputar a las EVE una cuantía de ingresos que se aproximase a los ingresos derivados de actividades económicas en el extranjero. Para asegurarse de que con esas disposiciones no se asignaban a las EVE más beneficios que los justificados en virtud de las actividades económicas en el extranjero, y para asegurarse también de que el costo en cuanto a ingresos fiscales del programa relativo a las EVE no era mayor que el anterior de las sociedades estadounidenses de ventas al extranjero (DISC), el Congreso eximió del pago de impuestos sólo una parte de los ingresos asignados a las EVE en virtud de las normas de fijación de precios de transferencia aplicables a las EVE.

4.778 La cuestión principal con respecto a la normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE que el Grupo Especial habrá de abordar es la de si en efecto logran la finalidad que se propuso el Congreso o si, como alegan las Comunidades Europeas, dan por resultado un beneficio fiscal mayor que el que se proponía el Congreso y el que permiten las normas del Acuerdo SMC. Planteada de otra manera, la cuestión se centra en si el programa relativo a las EVE

³⁸³ *Id.*

³⁸⁴ *Id.*

sistemáticamente imputa ingresos excesivos a las EVE y reduce con ello, por consiguiente, los impuestos estadounidenses sobre los ingresos procedentes de procesos económicos *internos*. Si las Comunidades Europeas quieren encontrar apoyo para esta suposición, tendrá que demostrar que los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero en virtud de las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE no se aproximan de hecho y en conjunto a la cuantía total de las actividades económicas en el extranjero, sino que, en lugar de ello, el programa 1) asigna sistemáticamente más ingresos a las EVE de lo que estaría justificado a tenor del principio de la plena competencia; y 2) el ahorro fiscal en conjunto procedente de esa asignación desacertada da por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación.

4.779 Las Comunidades Europeas no han ofrecido ninguna prueba de hecho que apoye la suposición de que las normas aplicables a las EVE asignen sistemáticamente más ingresos a las EVE de lo que el nivel de actividad económica en el extranjero justificaría. La carga de demostrar tal cosa recae en las Comunidades Europeas, y los Estados Unidos no están obligados a probar lo contrario en este procedimiento. Aun así, los Estados Unidos hacen notar que, en la medida en que se dispone de pruebas empíricas en este asunto, dichas pruebas suelen demostrar que el nivel total de actividades económicas en el extranjero emprendidas en relación con las transacciones de las EVE es igual o superior a la cuantía relacionada con la actividad en el extranjero que se requeriría para justificar los ingresos asignados a las EVE y la exención fiscal correspondiente.

4.780 A fin de probar esta proposición, los Estados Unidos estudiaron diversos análisis empíricos. En primer lugar, basándose en los datos a disposición del público, los Estados Unidos examinaron los datos relativos a los ingresos en los que se mostraban los niveles de beneficio obtenidos por distribuidores independientes y fabricantes-proveedores no vinculados. Utilizando esos datos, se estudió después en esos análisis la cuantía en conjunto del beneficio y se determinó cuál era la proporción de los beneficios totales obtenida por los distribuidores y la proporción de los beneficios obtenida por los fabricantes-proveedores. A continuación se compararon esas cifras con la proporción relativa de los beneficios imputables a las EVE a tenor de las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a la EVE y la proporción relativa de los beneficios correspondientes a los fabricantes-proveedores. Puesto que los datos básicos se referían a distribuidores y fabricantes-proveedores, esos datos mostraban, por definición, una distribución de beneficios "en condiciones de plena competencia" entre los distribuidores y los fabricantes-proveedores.

4.781 Se emprendieron cinco de esos análisis. En tres de ellos se sometió a prueba el método de la renta imponible conjunta del 23 por ciento, que es el más usado por las EVE, y en dos de ellos la norma del 1,83 por ciento de las entradas brutas. En los cinco análisis pudo observarse que la proporción de beneficio que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE asignan a las EVE -que están a cargo de funciones de distribución- corresponde a la proporción relativa de los beneficios en conjunto obtenida por distribuidores independientes cuando tratan con fabricantes-proveedores no vinculados. Aunque esos análisis examinan una distribución análoga de los ingresos y no las propias EVE, proporcionan unos datos empíricos pertinentes e informativos que sirven de apoyo para pensar que son razonables las asignaciones de ingresos que se consiguen con las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE.

4.782 Esos cinco estudios, de los que se trata con mayor pormenor en la Prueba 20 de los EE.UU., y que formaron parte de la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 17 formulada por las Comunidades Europeas, se fundan en dos fuentes distintas de datos. La primera es la publicación del Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos, que facilita información acerca de los ingresos en conjunto obtenidos por el sector industrial. La segunda la forman datos reunidos y extraídos de documentos empresariales presentados a la comisión de vigilancia y control del mercado de valores de los Estados Unidos. En uno y otro caso, formaron parte del total datos procedentes de miles de empresas, con lo que quedan bien reflejados los sectores de distribución y producción sometidos a la tributación y reglamentación estadounidense.

4.783 Los estudios que se centraron en el método de la renta imponible conjunta analizaron la proporción relativa del beneficio de los distribuidores y productores, usando para ello dos enfoques ligeramente distintos con miras a confirmar que los resultados no cambiarían significativamente según el método de análisis que se emplease. La gama abarcada en condiciones de plena competencia variaba un poco entre los tres enfoques analíticos; todos muestran, sin embargo, que la proporción de beneficio del 23 por ciento asignada a las EVE a tenor del método de la renta imponible conjunta es una medición moderada del rendimiento obtenido por el distribuidor. Los estudios que analizaron el método de las entradas brutas observaron el margen de beneficio total de los distribuidores en las ventas efectuadas. En los dos estudios se pudo observar que el 1,83 por ciento del beneficio obtenido en entradas brutas que se permite a tenor de las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE no rebasaba la gama abarcada en condiciones de plena competencia que quedaba reflejada en los datos empíricos.

4.784 El tipo de análisis empleado en esos cinco ejemplos es el mismo tipo de análisis que se emplea para probar la admisibilidad de una cifra de fijación de precios de transferencia a efectos fiscales estadounidenses. Esos datos empíricos hacen pensar que el beneficio que se proporciona a las EVE en virtud de las normas de fijación administrativa de los precios corresponde al beneficio obtenido por distribuidores independientes cuando tratan con fabricantes-proveedores no vinculados. Es más, los datos empíricos sugieren que el método de la renta imponible conjunta da resultados más bien moderados en cuanto a la cuantía de ingresos asignados a las EVE.

4.785 El segundo conjunto de datos empíricos que estudiaron los Estados Unidos viene dado por datos encaminados a mostrar el nivel total de actividades en el extranjero que emprenden los principales usuarios estadounidenses del programa relativo a las EVE en relación con transacciones en las que participan las EVE. Para reunir esta información se enviaron cuestionarios a 27 de las mayores empresas exportadoras de los Estados Unidos que utilizan el programa relativo a las EVE. Esas 27 empresas representan una selección característica de las mayores empresas de los sectores industriales con un volumen más elevado de exportaciones en régimen de EVE. La encuesta pedía que se señalase qué porcentaje de los gastos totales realizados por cada una de las empresas encuestadas y sus EVE se había realizado fuera del territorio de los Estados Unidos.

4.786 Dieciséis de las 27 empresas encuestadas respondieron al cuestionario, que se describe con detalle en la Prueba 21 de los EE.UU. y se proporcionó en respuesta a la pregunta 22 de las Comunidades Europeas. Los resultados de la encuesta mostraron lo siguiente: a) el nivel total de actividades en el extranjero efectuadas en relación con transacciones en las que participaban las EVE correspondió al nivel máximo del beneficio fiscal al que tienen derecho las EVE, que es aproximadamente del 15 al 16 por ciento de los ingresos totales de una transacción EVE, o lo sobrepasó; y b) por lo que respecta a más de las dos terceras partes de todas las empresas que enviaron el cuestionario, el porcentaje de las actividades económicas que realizaron fuera de los Estados Unidos fue superior al porcentaje de unos ingresos de EVE que reuniesen las condiciones necesarias para percibir una exención fiscal. Por lo que respecta a esas dos terceras partes, el beneficio fiscal permitido a tenor de las normas EVE fue, por consiguiente, menor que el que se podría obtener si todas las actividades económicas en el extranjero estuvieran exentas de los impuestos estadounidenses.

4.787 Así pues, en la medida en que se dispone de datos económicos empíricos, éstos contradicen ese alegato que las Comunidades Europeas tendrían que probar para cumplir la carga de la prueba que le corresponde en este caso. Es más, aunque los datos de que se dispone sólo proporcionan puntos de referencia aproximados, llevan a pensar en general que para la mayor parte de los usuarios del programa relativo a las EVE, la exención plena de los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero daría por resultado unos beneficios fiscales mayores que los que permite en la actualidad el programa relativo a las EVE. Dicho de otro modo, los datos confirman que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE constituyen, tal como fue la intención

del Congreso, unas "prácticas administrativas o de otra clase" que están de conformidad con el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59.

Aun si se juzgase que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE producen una asignación desacertada de algunos ingresos de fuente interior a las EVE, tal asignación desacertada no infringe el Acuerdo SMC, puesto que toda economía de impuestos resultante de ello no es "importante"

4.788 Por último, aun si se pensase que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE producen una asignación desacertada de algunos ingresos de fuente interior a las EVE, esas normas no infringirían el Acuerdo SMC. Ello se debe a que la nota de pie de página 59 exige que esas asignaciones desacertadas den por resultado "una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". Como se demostró anteriormente, los datos más recientes de que se dispone por lo que se refiere al programa relativo a las EVE indican que la exención total de impuestos supone sólo el 0,93 por ciento *ad valorem*, cuantía considerada *de minimis* a tenor del Acuerdo SMC.³⁸⁵ Es más, como ya quedó indicado, esa cifra exagera toda posible subvención que pueda resultar de las propias normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE.³⁸⁶

4.789 Aunque las Comunidades Europeas conceden de mala gana que el término "importante" que figura en la nota de pie de página 59 está "encaminado a evitar que los Miembros invoquen casos por separado de poca importancia"³⁸⁷, nunca hace nada por indicar cómo una economía fiscal de menos del 0,93 por ciento puede considerarse "importante".³⁸⁸ Las Comunidades Europeas ni siquiera proponen una definición de lo que pueda entenderse por "importante".

4.790 En vez de ello, las Comunidades Europeas parecen argüir que, puesto que la cifra de menos del 0,93 por ciento es un promedio, algunas empresas pueden obtener más economía fiscal que otras a consecuencia de asignaciones desacertadas de ingresos.³⁸⁹ Las Comunidades Europeas, sin embargo, no ofrecen nada en qué apoyarse en cuanto a la alegación de que la norma de la nota de pie de página 59 estaba encaminada a aplicarse fundándose en empresas por separado. Por el contrario, el texto de la nota de pie de página 59 parece contemplar un enfoque de conjunto³⁹⁰, y es improbable que al redactarse el Acuerdo se quisiese fijar una norma que sólo pudiese ser evaluada fundándose en datos acerca de contribuyentes por separado, datos que en muchos países se hallan protegidos contra toda divulgación. Es más, vale la pena señalar que en los asuntos *Legislación fiscal*, el grupo de expertos fundó sus conclusiones por lo que respecta a los sistemas fiscales europeos en el hecho de

³⁸⁵ Véase la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 137 a 147 y la Prueba 5 de las CE.

³⁸⁶ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 146.

³⁸⁷ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 69.

³⁸⁸ Reiterando lo dicho, toda subvención imputable a una distribución desacertada de ingresos por medio de las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE supondría menos del 0,93 por ciento *ad valorem*. Los Estados Unidos no disponen de los datos precisos para hacer un cálculo exacto, pero, en todo caso, la carga recae en las Comunidades Europeas, como parte reclamante en este asunto, en cuanto a facilitar datos que demuestren que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE dan por resultado una economía fiscal importante.

³⁸⁹ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 72.

³⁹⁰ Véase la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 134.

que "la diferencia de regímenes fiscales entre países diversos tenía por resultado que se tributara en conjunto por las exportaciones menos que por las ventas en el mercado interno [...]".³⁹¹

Otros asuntos

Las EVE son empresas en el extranjero a efectos del Acuerdo SMC

4.791 Si bien las Comunidades Europeas no parecen cuestionar el hecho de que las EVE son empresas en el extranjero a efectos de la legislación estadounidense, alega -centrándose en las Islas Vírgenes (EE.UU.)- que las EVE situadas en territorios o posesiones de los Estados Unidos no son empresas "en el extranjero" a efectos del Acuerdo SMC. Aunque las Comunidades Europeas no cuestionan el hecho de que los territorios con derecho al programa relativo a las EVE están fuera del territorio aduanero estadounidense, las Comunidades Europeas sostienen, sin citar ninguna autoridad, que "eso no es la prueba adecuada".³⁹²

4.792 Ya para empezar, los Estados Unidos señalan que no hay nada en la ley de las EVE en el sentido de exigir que estén establecidas en territorios estadounidenses. Aunque desde el punto de vista histórico la mayor parte de las EVE han escogido situarse en territorios estadounidenses, cabe suponer que esa elección se funda en diversas consideraciones de carácter comercial, entre otras el régimen fiscal vigente en el país anfitrión. Fundándose en pruebas anecdóticas de las actividades de las EVE desde 1992, esto es, el período que abarca el informe más reciente del Departamento del Tesoro, los Estados Unidos tienen entendido que hay cada vez más EVE constituidas en Barbados, Jamaica y Bermudas. Si el Grupo Especial decidiese aceptar la aseveración de las Comunidades Europeas de que las EVE situadas en territorios estadounidenses fuera del territorio aduanero de los Estados Unidos no están lo bastante "en el extranjero", ello simplemente aceleraría la tendencia hacia esos países.

4.793 Es más, la "prueba" que citan las Comunidades Europeas es inexacta e induce a error. Las Comunidades Europeas citan el hecho de que las Islas Vírgenes (EE.UU.) eligen un miembro para la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, pero no señala que ese miembro no tiene derecho a voto.³⁹³ La referencia que hacen las Comunidades Europeas a la Ley de Créditos Presupuestarios Navales en el párrafo 78 de su comunicación oral hace caso omiso del hecho de que, como se indicó en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 2 de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos tienen autoridad limitada sobre los sistemas fiscales de los territorios en general, y esos territorios gozan de libertad para reducir la cuota tributaria de las EVE, aunque no se les exige que lo hagan.³⁹⁴ Donde más se ve el nivel superficial de comprensión de las Comunidades Europeas, sin embargo, es en su afirmación de que las Islas Salomón, un país independiente y Miembro de la OMC, son territorio de los Estados Unidos.³⁹⁵

³⁹¹ IBDD 23S/141, párrafo 50 (Francia) (las cursivas son nuestras). El grupo de expertos utilizó lo mismos términos para describir los efectos de las prácticas fiscales de Bélgica y los Países Bajos.

³⁹² Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 80.

³⁹³ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 76.

³⁹⁴ Véase el documento adjunto A, respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 2 de las Comunidades Europeas.

³⁹⁵ Véase el documento adjunto A, respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 de las Comunidades Europeas.

4.794 Con todo, el problema fundamental que plantea esa afirmación de las Comunidades Europeas es la de que el término "territorio" se usa generalmente en el GATT en el sentido de "territorio aduanero". Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo XXIV del GATT se refiere a que las disposiciones del Acuerdo General se aplicarán a los territorios aduaneros, y en el párrafo 2 del artículo XXIV se define lo que habrá de entenderse por "territorio aduanero". De modo análogo, el apartado b) del párrafo 2 del artículo I del GATT permite, como excepción a la obligación de trato NMF estipulada en el párrafo 1 del Artículo I, que "preferencias vigentes exclusivamente entre dos o más territorios que el 1º de julio de 1939 estaban unidos por una soberanía común o por relaciones de protección o dependencia, y que están especificados en los Anexos B, C y D, a reserva de las condiciones que en ellos se establecen". El Anexo D, que se aplica a los Estados Unidos, enumera, entre otros, "Estados Unidos de América (territorio aduanero)" y "Territorios dependientes de los Estados Unidos de América". Así pues, como cuestión de derecho del GATT y de la OMC, y también de derecho estadounidense, las EVE situadas en posesiones de los Estados Unidos fuera de territorio aduanero estadounidense constituyen empresas en el extranjero a efectos del Acuerdo SMC.

4.795 La argumentación de las Comunidades Europeas en contra de ello resulta aún más incomprensible por el hecho de que está reñida con la posición adoptada por los demandados europeos en los asuntos *Legislación fiscal*. Francia, por ejemplo, alegó que "en el sentido del GATT, es evidente que la exportación está constituida por la venta al extranjero de un producto o de un servicio nacional, *siendo el criterio que cabe aplicar el del paso por la frontera aduanera del país exportador*".³⁹⁶

4.796 En lugar de ofrecer un argumento de carácter jurídico, las Comunidades Europeas ofrecen un argumento de carácter político; esto es, que los Miembros de la OMC no están obligados a tener territorios aduaneros, y que si se les permite tenerlos, habrá enormes posibilidades de abuso.³⁹⁷ El hecho es, sin embargo, que los Miembros tienen territorios aduaneros y los han tenido desde el comienzo del sistema del GATT, y que el abuso mencionado por las Comunidades Europeas no parece haber ocurrido.

4.797 Más aún, la postura adoptada por las Comunidades Europeas en cuanto a los territorios de los Estados Unidos muestra una profunda ignorancia (intencionada o no) acerca de los territorios y posesiones de algunos Estados miembros de las Comunidades Europeas. Por ejemplo, en una decisión reciente, el Tribunal de Justicia Europeo sostuvo que una persona que trajese un buque de las Antillas Neerlandesas a los Países Bajos estaba sujeta al IVA impuesto por las autoridades neerlandesas, puesto que la entrada en los Países Bajos de bienes procedentes de las Antillas Neerlandesas tenía carácter de entrada en las Comunidades Europeas.³⁹⁸ La opinión del Tribunal de Justicia Europeo sirve muy bien para señalar, de un modo pertinente a esta diferencia, la tensión entre la condición de las Antillas Neerlandesas como parte del Reino de los Países Bajos y su condición como posesión separada desde el punto de vista geográfico y jurídico.

Las Comunidades Europeas no han satisfecho la carga de la prueba que le corresponde

4.798 En su calidad de parte reclamante en esta diferencia, corresponde a las Comunidades Europeas la carga de presentar al Grupo Especial inicialmente suficientes hechos y argumentos de carácter jurídico para suscitar una presunción de que los Estados Unidos han incumplido sus obligaciones en virtud del Acuerdo SMC y del Acuerdo sobre la Agricultura. Las Comunidades

³⁹⁶ Documento Nº C/97 del GATT (15 de marzo de 1977) (las cursivas son nuestras).

³⁹⁷ Comunicación oral de las Comunidades Europeas, párrafo 81.

³⁹⁸ Véase la Prueba 22 de los EE.UU.

Europeas no han satisfecho la carga que le corresponde en ninguna de sus reclamaciones. Para mayor conveniencia del Grupo Especial, los Estados Unidos ofrecen a continuación un breve resumen de los motivos de que esto sea así.

Las Comunidades Europeas no han probado que la exención fiscal aplicable a las EVE constituya una subvención a tenor del artículo 1

4.799 Para hacer valer su reclamación de que la exención fiscal con respecto a las EVE constituye una subvención prohibida, las Comunidades Europeas tendrían que probar, en primer lugar, que el programa relativo a las EVE constituye una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. Las Comunidades Europeas, sin embargo, no han conseguido demostrar que el programa relativo a las EVE suponga que los Estados Unidos sacrifiquen ingresos fiscales que "en otro caso se percibirían". Las Comunidades Europeas no han conseguido presentar un argumento jurídico que demuestre por qué los ingresos que se eximen mediante el programa relativo a las EVE "en otro caso se percibirían". Como ya se indicó *supra*, los Estados Unidos, al igual que todos los demás Miembros de la OMC, no tienen ninguna obligación de gravar esos ingresos "de fuente extranjera". Este principio se deriva de lo que fue práctica anterior del GATT y de la nota de pie de página 59, dos fundamentos que forman parte del contexto del artículo 1. No cabe, pues, sostener que la exención de ingresos de fuente extranjera en virtud del programa relativo a las EVE constituye unos ingresos fiscales que "se percibirían" a efectos del artículo 1, y el que no estén sometidos a impuestos no constituye una subvención. Las puras afirmaciones de las Comunidades Europeas en sentido contrario no bastan para proporcionar fundamento jurídico a sus reclamaciones.

Las Comunidades Europeas no han conseguido probar que la exención fiscal del programa relativo a las EVE infringe el párrafo 1 a) del artículo 3

4.800 Lo mismo que las Comunidades Europeas han interpretado mal el artículo 1, también han interpretado mal el párrafo 1 a) del artículo 3 al hacer caso omiso de la disposición jurídica primordial por lo que respecta a esta diferencia, que es la nota de pie de página 59. La nota de pie de página 59 reduce el alcance del párrafo e) del Anexo I, al disponer que el eximir de impuestos directos los ingresos de fuente extranjera no constituye una subvención a la exportación. La nota de pie de página 5 del Acuerdo SMC dispone que, si una medida se menciona en el Anexo I como medida que no constituye subvención a la exportación, esa medida goza de inmunidad contra todas las prohibiciones estipuladas en el Acuerdo SMC. Dado que el programa relativo a las EVE está encaminado a eximir ingresos de fuente extranjera en transacciones de exportación, y que esos ingresos no tienen que estar sometidos a impuestos en virtud de la nota de pie de página 59, el programa relativo a las EVE goza de inmunidad contra la prohibición expresada en el párrafo 1 a) del artículo 3.

4.801 A consecuencia de no haber aplicado el debido criterio jurídico a su reclamación, las Comunidades Europeas no han presentado al Grupo Especial pruebas en el sentido de que el programa relativo a las EVE proporcione una exención fiscal a ingresos de exportación que no sean ingresos de fuente extranjera. En este marco, es importante recordar que las Comunidades Europeas han afirmado que la única prueba en la que necesita basarse en este asunto es la propia ley de las EVE.³⁹⁹ Dado que la ley de las EVE no demuestra que el programa relativo a las EVE exima nada que no sean ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero, el que las Comunidades Europeas no hayan conseguido presentar ninguna otra prueba en apoyo de su reclamación debería tener consecuencias funestas en cuanto a su reclamación en virtud del párrafo 1 a) del artículo 3.

³⁹⁹ Respuesta de las Comunidades Europeas a las objeciones preliminares de los Estados Unidos (25 de enero de 1999), párrafo 13.

Las Comunidades Europeas no han conseguido probar que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE infringen el párrafo 1 a) del artículo 3

4.802 Las Comunidades Europeas no han conseguido presentar una argumentación *prima facie* con respecto a su alegación de que las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE infringen el párrafo 1 a) del artículo 3, puesto que ha interpretado mal el criterio jurídico aplicable y no ha presentado ante el Grupo Especial pruebas que demuestren que esas normas infringen el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59 mediante la mala asignación sistemática de ingresos de fuente interior a las EVE. Las Comunidades Europeas ni siquiera han determinado, con miras a presentarlo ante el Grupo Especial, lo que contempla el principio de la plena competencia de la nota de pie de página 59. En vez de ello, se limitan a alegar que, sea cual fuere la norma pertinente, las normas de fijación administrativa de los precios aplicables a las EVE no están de conformidad con ella.

4.803 Las Comunidades Europeas no han sabido reconocer cuál es la cuestión básica en su reclamación en cuanto a las normas de fijación administrativa de los precios, que es la de si las normas de fijación de los precios aplicables a las EVE hacen la distribución debida entre los ingresos de fuente extranjera y los de fuente interior en las transacciones de exportación que abarcan. Acerca de esta cuestión de primordial importancia, las Comunidades Europeas no han facilitado prueba alguna. Como los Estados Unidos han señalado ya, las Comunidades Europeas no han presentado ninguna prueba de que las normas aplicables al programa relativo a las EVE hayan dado por resultado que obtuviesen una exención fiscal los ingresos de fuente interior en vez de obtenerla los ingresos de fuente extranjera. Las Comunidades Europeas no han demostrado que la exención fiscal total otorgada por el programa relativo a las EVE comprenda ningún ingreso derivado de actividades económicas que se realicen dentro de los Estados Unidos. Es más, las Comunidades Europeas todavía no han aportado prueba alguna que demuestre que, sea cual fuere la medida en que pueda decirse que las normas de fijación administrativa de los precios permiten la exención de impuestos directos en cuanto a los ingresos de fuente interior, la economía de impuestos resultante en cuanto a los ingresos de fuente interior sea "importante", determinación que resulta precisa, a tenor de la nota de pie de página 59, para que una de las "prácticas administrativas o de otra clase" relacionada con la fijación de precios de transferencia pueda ser considerada una subvención a la exportación prohibida. Las Comunidades Europeas ni siquiera han propuesto un criterio en cuanto a lo que pueda entenderse por "importante".

4.804 A menos que las Comunidades Europeas presente ante el Grupo Especial, y hasta que así lo hagan, pruebas que demuestren que con arreglo a las normas de fijación administrativa de los precios no se hace la distribución entre los ingresos de fuente extranjera y los de fuente interior conforme al principio de la plena competencia y ello dé por resultado una importante economía de impuestos, la reclamación de las Comunidades Europeas por lo que respecta a las normas de fijación administrativa de los precios deberá ser rechazada.

Los sistemas fiscales territoriales proporcionan un trato fiscal más favorable a las actividades de distribución en el extranjero que a las actividades de distribución en el interior

4.805 La exención fiscal que se otorga en virtud de las normas aplicables al programa relativo a las EVE imita la exención que se otorga en virtud de los sistemas fiscales territoriales.⁴⁰⁰ En ese marco y en el curso de la primera reunión, el Grupo Especial solicitó información adicional acerca de los sistemas fiscales territoriales. Esta sección responde a esa petición del Grupo Especial.

⁴⁰⁰ Véase, por ejemplo, la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 84.

El concepto de sistema fiscal "territorial" es impreciso, y muchos sistemas de impuesto sobre la renta europeos incorporan algún tipo de sistema híbrido

4.806 Debe reconocerse, ya desde un principio, que, si bien los sistemas que a grandes rasgos se denominan "territoriales" son frecuentes a escala internacional⁴⁰¹, es difícil encontrar un sistema concreto de impuesto sobre la renta que sea estrictamente "territorial", en el sentido de que deje exentos todos los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero. Es difícil también encontrar dos de esos sistemas que eximan exactamente la misma cuantía o el mismo tipo de ingresos obtenidos en el extranjero, o que den efecto exactamente en la misma forma a la exención de dichos ingresos. Son tantas las variaciones entre los sistemas jurídicos relativos a la exención de los ingresos obtenidos en el extranjero, que es difícil captar de forma resumida todas esas variaciones. Del mismo modo que no existe un modelo único de sistema de impuesto sobre la renta a escala internacional, no existe tampoco un modelo único de sistema fiscal territorial. Por lo tanto, no pueden estar en lo cierto las Comunidades Europeas al afirmar, en la primera reunión del Grupo Especial, que los Estados Unidos pueden "elegir a su gusto" elementos de diversos sistemas territoriales para incluirlos en su propio sistema de exención parcial. Con tal de que el sistema elegido alcance el objetivo fijado de dejar exentos tan sólo los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero, la forma y el alcance del sistema no son cuestión que dé lugar a desaprobación a tenor del Acuerdo SMC.

4.807 Por lo que respecta a los sistemas fiscales europeos, y en especial a los llamados sistemas fiscales "territoriales", éstos abarcan una amplia gama. Por ejemplo, algunos sistemas fiscales otorgan una exención, total o parcial, tanto a los ingresos de las sucursales en el extranjero (en algunos casos en virtud de legislación nacional y en otros en virtud de tratados sobre impuesto sobre la renta)⁴⁰², como a los ingresos obtenidos en el extranjero por filiales, a reserva de determinadas excepciones. La exención de los ingresos de las sucursales en el extranjero se lleva a cabo permitiendo el aplazamiento en cuanto a los ingresos corrientes no distribuidos de la sucursal (incluidos los ingresos obtenidos en jurisdicciones de baja tributación) y, en definitiva, eximiendo las ganancias cuando éstas se distribuyen, mediante la llamada exención por participación.⁴⁰³

⁴⁰¹ Entre los países de fuera de Europa, se juzgaría que tienen sistemas "territoriales" los siguientes: Argelia, Benin, Bolivia, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Congo (Brazzaville), Costa Rica, Côte d'Ivoire, El Salvador, Eritrea, Etiopía, Gabón, Guatemala, Kuwait, Líbano, Malawi, Malí, Marruecos, Mauritania, Namibia, Nicaragua, Níger, Panamá, el Paraguay, la República Centroafricana, Senegal, Togo, Túnez, el Uruguay, Venezuela, Zambia, y Zimbabwe. Muchos otros países, en el mundo entero, como, por ejemplo, el Pakistán y las Islas Salomón, otorgan pleno aplazamiento en cuanto a los ingresos de las sucursales y filiales en el extranjero y, por lo tanto, esos ingresos no tributan hasta que sean repatriados a la matriz nacional. Cuando fueron examinados, para fines de adopción, los asuntos *Legislación fiscal*, el representante de Francia hizo notar "que aplican el sistema de la territorialidad unos 80 países [...]". (Documento N° C/M/145 del GATT (14 de enero de 1981), página 2 (el subrayado es nuestro)). En el comentario al artículo 23, relativo a los métodos de eliminación de la doble imposición, del modelo de convención sobre impuestos de la OCDE, se trata de diversos métodos, entre ellos diferentes tipos de sistemas de exención. Véase la Prueba 23 de los EE.UU.

⁴⁰² Entre los países de la Europa Occidental que otorgan algún tipo de exención a determinados ingresos de las sucursales en el extranjero, ya sea mediante disposiciones legislativas nacionales o en virtud de tratados sobre el impuesto sobre la renta, figuran Alemania, Bélgica y Francia.

⁴⁰³ La legislación sobre el impuesto sobre la renta de muchos países de la Europa Occidental, entre ellos Bélgica, España, Francia y los Países Bajos, estipula una exención por participación. Además, en virtud de la directiva de la Unión Europea sobre empresas matrices y filiales, todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas tienen que establecer una exención fiscal para la mayor parte de los dividendos pagados por una filial en un Estado miembro de las Comunidades Europeas a su entidad matriz en otro Estado miembro de las Comunidades Europeas.

La exención fiscal a que pueden acogerse los ingresos de las sucursales y filiales en el extranjero con arreglo a los sistemas fiscales territoriales da lugar a una tributación de los ingresos procedentes de actividades de distribución en el extranjero más baja que la de los ingresos procedentes de actividades de distribución nacionales

4.808 Son varias las versiones de un sistema fiscal territorial con las que se logra una reducción del impuesto que grava los ingresos obtenidos en actividades de distribución en el extranjero en comparación con los que gravan las actividades de distribución nacionales. El sistema de los Países Bajos es uno de los tres sistemas territoriales cuyo trato favorable de los ingresos de fuente extranjera fue sometido a minucioso examen por un grupo de expertos del GATT en los asuntos *Legislación fiscal* de 1976. Basándose en cómo entienden los Estados Unidos el derecho fiscal de los Países Bajos, que no ha sufrido cambios de fondo desde aquellos asuntos, los rasgos fundamentales del trato que otorgan los Países Bajos a la tributación de los ingresos de fuente extranjera son los que a continuación se indican. Las empresas residentes en los Países Bajos están sujetas a imposición sobre sus ingresos procedentes del mundo entero. El tipo aplicable es actualmente el 35 por ciento. En el caso de los ingresos obtenidos en el extranjero por una empresa de los Países Bajos, la empresa tiene derecho a una bonificación que tiene por efecto excluir de impuestos de los Países Bajos los ingresos de fuente extranjera. Cuando se trata de dividendos de una filial en el extranjero, el privilegio por participación constituye una exención de impuestos de esos ingresos. Esas disposiciones surten el efecto de otorgar una exención de impuestos a la mayor parte de los ingresos obtenidos en el extranjero, y en particular a los ingresos por ventas de exportación imputables a una entidad extranjera.

4.809 El ejemplo siguiente, en el que se compara el trato otorgado en materia de impuesto sobre la renta a los ingresos obtenidos de una venta en el propio país con el otorgado a los obtenidos de una venta efectuada a través de una sucursal en el extranjero o de una filial en el extranjero, pone de manifiesto los efectos del sistema de los Países Bajos en la tributación de las exportaciones:

- a) Venta en el propio país. Una empresa de los Países Bajos que tuviese en un ejercicio fiscal unos beneficios de 200 dólares EE.UU. resultantes de una venta efectuada en el territorio neerlandés pagaría impuestos al tipo ordinario del impuesto de sociedades, que es el 35 por ciento, y, por lo tanto pagaría un impuesto de los Países Bajos de 70 dólares EE.UU.
- b) Venta a través de una sucursal en el extranjero. Aunque las empresas neerlandesas están sujetas a los impuestos de los Países Bajos por lo que respecta a sus ingresos de todas las procedencias, la legislación de los Países Bajos prevé una bonificación proporcional que, en la práctica, resulta en una exención de los ingresos de fuente extranjera recibidos por intermedio de un establecimiento permanente en el extranjero. Dicha bonificación se aplica si los ingresos están sujetos a tributación (a cualquier tipo que sea) en el país extranjero en que se originan. No se exige que se haya pagado efectivamente ese impuesto extranjero. Por lo tanto, queda satisfecho el requisito incluso si los ingresos están exentos de tributación en virtud de un tratado sobre impuestos o de una moratoria fiscal

La bonificación equivale a la cuantía que guarde la misma proporción respecto del impuesto de los Países Bajos pagadero sobre el total imponible de los ingresos de fuente extranjera que la que guardan los ingresos de fuente extranjera con respecto al total imponible de los ingresos. En el caso de que se trata (es decir, el de una empresa neerlandesa con 100 dólares EE.UU. de ingresos en el interior y una sucursal en el extranjero de esa empresa con 100 dólares EE.UU. de ingresos por la venta), el total del impuesto de los Países Bajos sería de 70 dólares EE.UU., y el crédito se cifraría en 35 dólares EE.UU., calculados como sigue:

Ingresos del extranjero (100 \$EE.UU.) Impuesto de los Países Bajos sobre
X

Total de ingresos (200 \$EE.UU.) total de ingresos = 35 \$EE.UU. de crédito

Ese crédito de 35 dólares EE.UU. equivale al impuesto de los Países Bajos que se hubiera percibido sobre los ingresos del extranjero si se hubiesen obtenido en el interior y, por consiguiente, constituye una exención total de impuestos de esos ingresos. En ese ejemplo, el impuesto de los Países Bajos que se pagaría efectivamente sería de 35 dólares EE.UU., en comparación con el de 70 dólares EE.UU. que se pagaría si la venta se hubiese efectuado absolutamente en el interior.

- c) Venta a una filial en el extranjero. Dado que los beneficios de una filial en el extranjero no se consolidan con los de su casa matriz en los Países Bajos, no están gravados directamente con impuestos de los Países Bajos los beneficios de la filial. No se trata, además, de un simple aplazamiento de los impuestos de los Países Bajos hasta que sean repatriados los beneficios a la matriz en ese país en forma de dividendos. Por el contrario, en la mayoría de los casos existe una exención fiscal de esas ganancias, ya que los dividendos gozan de plena exención de impuestos, con lo cual resulta que hay una remisión de los impuestos sobre los beneficios de la filial procedentes de exportaciones neerlandesas. Con arreglo al derecho de los Países Bajos, las empresas neerlandesas están exentas de impuestos de los Países Bajos por lo que respecta a todos los "beneficios" relacionados con una participación en el capital social que dé derecho a ello (exención por participación), con inclusión de los dividendos en efectivo, los dividendos en especie, las acciones con prima, los repartos de beneficios "ocultos" y las ganancias de capital realizadas por enajenación de acciones, siempre que se hayan cumplido determinadas condiciones, entre ellas la prescripción de un mínimo de tenencia de acciones, prescripción teórica en gran parte en términos de "con sujeción a impuestos", y las prescripciones que excluyen la simple inversión en valores. La exención por participación es aplicable a los dividendos de las empresas nacionales y también a los de las empresas extranjeras. La diferencia de trato entre las empresas nacionales y las extranjeras reside en que las filiales en el país están sujetas a impuestos de los Países Bajos sobre sus beneficios, mientras que las filiales en el extranjero no tributan en los Países Bajos. Suponiendo que unas mercancías hayan sido manufacturadas en los Países Bajos por una empresa neerlandesa con unos costes de 300 dólares EE.UU., que hayan sido vendidos por 400 dólares EE.UU. a una filial en el extranjero que reúna las condiciones citadas, que la filial en el extranjero haya vendido las mercancías a un comprador no vinculado en un país tercero por 600 dólares EE.UU. y la venta le haya ocasionado unos gastos de 100 dólares EE.UU., y que se hayan hecho llegar a la empresa matriz en los Países Bajos, libres de retención de impuestos, 98 dólares EE.UU. (los 100 dólares EE.UU. de beneficios menos, digamos, un 2 por ciento de impuestos del país extranjero), la imposición fiscal de los Países Bajos sobre la transacción en conjunto se cifraría en 35 dólares EE.UU. (el 35 por ciento de los 100 dólares EE.UU. de beneficios de manufactura), y los beneficios totales de la transacción en conjunto, una vez pagada la tributación neerlandesa, quedarían reducidos por los 2 dólares EE.UU. de impuestos percibidos por el país extranjero, dejando una cuantía neta en efectivo de 163 dólares EE.UU. Los impuestos pagados en total, en los Países Bajos y en el extranjero, se cifrarían en 37 dólares EE.UU. Si la venta hubiera tenido lugar por completo en el interior (caso a) *supra*), los impuestos pagados hubieran sido, en total, 70 dólares EE.UU. (el 35 por ciento de los 100 dólares EE.UU. de beneficios de manufactura, y el 35 por ciento de 100 dólares EE.UU. de beneficios de distribución).

4.810 El carácter de fomento de la exportación que tienen los sistemas fiscales territoriales de los Países Bajos, Bélgica y Francia quedó establecido en los asuntos *Legislación fiscal*. El grupo de expertos de los asuntos *Legislación fiscal* hizo notar que el método de exención utilizado por los Países Bajos equivalía a hacer una reducción, no del impuesto extranjero, sino del impuesto neerlandés sobre los ingresos procedentes del extranjero.⁴⁰⁴ El grupo de expertos dedicó su atención también a la desgravación fiscal de las distribuciones de ganancias de las filiales en el extranjero, sin darse cuenta, al parecer, de que, si bien los dividendos de las filiales en el extranjero pueden gozar de desgravación fiscal si se obtienen por conducto de un establecimiento permanente en otro país, los dividendos pueden ser objeto de desgravación tanto si se obtienen por conducto de un establecimiento permanente como si no, con tal de que los beneficios subyacentes sean "imponibles" en el otro país. En respuesta al grupo de expertos, los Países Bajos no disputaron el carácter muy limitado del requisito de la imponibilidad, y admitieron que éste implicaba algunos riesgos con respecto a determinados paraísos fiscales.⁴⁰⁵ Lo defendieron, no obstante, fundándose en que "no se debían evitar esos riesgos a costa de los países en desarrollo".⁴⁰⁶

4.811 De todos modos, el grupo de expertos llegó a la conclusión de que, en los casos en que la diferencia de regímenes fiscales entre países diversos tenía por resultado que se tributara en conjunto por las exportaciones menos que por las ventas en el mercado interno, había una exoneración parcial de los impuestos directos, y que esa práctica estaba prohibida por la Lista ilustrativa de 1960. El grupo de expertos concluyó que ese trato diferencial de la tributación en conjunto por las exportaciones era consecuencia de que los Países Bajos no gravasen los beneficios obtenidos con las ventas de exportación por las sucursales o filiales extranjeras cuando éstos eran imponibles en el extranjero, se ejerciesen o no esos derechos impositivos.⁴⁰⁷ Se sostuvo también que otros dos sistemas de impuesto sobre la renta europeos, el belga⁴⁰⁸ y el francés⁴⁰⁹, cada uno con distintas variaciones del principio de la territorialidad, quedaban comprendidos en la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación de 1960. Aunque la Decisión del Consejo de 1981 revocó de hecho las conclusiones del grupo de expertos, siguen siendo ciertas las conclusiones fácticas del grupo de expertos por lo que se refiere al efecto de los sistemas territoriales en cuestión sobre las exportaciones.

4.812 Existen, además, otros países, que no fueron parte en esa anterior diferencia, en los que aparecen las mismas cuestiones, ya que sus respectivos sistemas favorecen de hecho a las exportaciones mediante una combinación de disposiciones en materia de impuesto sobre la renta

⁴⁰⁴ IBDD 23S/152, página 154.

⁴⁰⁵ *Id.*, página 158.

⁴⁰⁶ *Id.*

⁴⁰⁷ *Id.*, página 163.

⁴⁰⁸ Por regla general, las sucursales en el extranjero de una empresa belga no tributan por sus ingresos de fuente extranjera, con inclusión de los ingresos por exportaciones. Si Bélgica concluyó un tratado con el país en el que está situada la sucursal, en el tratado en cuestión se estipula, por lo general, que los beneficios de la sucursal extranjera están totalmente exentos de impuestos belgas. Si los ingresos se obtienen en un país con el que no existe tratado, queda exento de impuestos el 75 por ciento de los ingresos de la sucursal extranjera. Las filiales en el extranjero de una empresa belga no tributan por la mayor parte de sus ingresos de fuente extranjera, con inclusión de los ingresos por exportaciones, por el efecto combinado de una exención fiscal de los ingresos sin repartir y una exención por participación del 95 por ciento en el reparto de ganancias.

⁴⁰⁹ Por regla general, están exentos en Francia los ingresos extranjeros directamente imputables a operaciones llevadas a cabo en el exterior. Las filiales en el extranjero de una empresa francesa no tributan, en general, por sus ingresos no repartidos. La mayor parte de los ingresos de las filiales en el extranjero pueden gozar de una exención por participación.

obtenida en el extranjero. Reviste especial interés el sistema de impuesto sobre la renta de España, en virtud del cual las empresas residentes y los establecimientos permanentes en España están sujetos, por regla general, al impuesto sobre sociedades por lo que respecta a sus rentas obtenidas en el mundo entero.⁴¹⁰ Las personas jurídicas no residentes y que no tengan un establecimiento permanente están sujetas, por regla general, tan sólo a los impuestos que recaen sobre sus rentas de fuente española resultantes de pagos efectuados por personas o entidades residentes. Las sucursales de España de entidades no residentes, ya se dediquen a ventas o a la producción, son establecimientos permanentes en España y, por consiguiente, están sujetas a impuesto sobre la renta de las sociedades por el total de sus ingresos imponibles. Con arreglo a la legislación española, la compensación por doble imposición se concede, por lo general, aplicando un método de descuento fiscal.

4.813 No cabe considerar el sistema fiscal español simplemente como un sistema fiscal de alcance universal que utiliza la bonificación fiscal con respecto al extranjero para mitigar la doble imposición. La exención por participación a la que es posible acogerse en virtud del Real Decreto-Ley 8/1996 del 7 de junio de 1996 (artículo 30 *bis* de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) establece una exención que se logra mediante la concesión de una deducción del 100 por ciento de la cuota íntegra de la renta que sería imponible para el impuesto sobre sociedades español derivada de dividendos pagados en concepto de beneficios de la entidad extranjera. Existen limitaciones, entre ellas la de que la sociedad no residente participada esté sujeta a impuestos "comparables" al impuesto español sobre la renta de las sociedades, sin posibilidad de exención, y que no resida en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, aunque no queda en claro cómo funcionan esas limitaciones en la práctica, puesto que la legislación española no define el concepto de impuesto comparable, y el contribuyente que interprete razonablemente la disposición no está sujeto a sanción. Los incrementos de patrimonio derivados de la transmisión de valores de sociedades no residentes son objeto también de deducción en la misma forma que los dividendos del extranjero. Si bien España no grava, por regla general, la renta no distribuida de las filiales en el extranjero, existe legislación sobre empresas bajo control extranjero, que daría lugar a imposición a nivel de la empresa matriz cuando la empresa bajo control extranjero sea residente en un paraíso fiscal (el Real Decreto 1080/1991 del 5 de julio de 1991, vigente a partir del 25 de julio de 1991, enumera 48 paraísos fiscales). En cuanto a las empresas bajo control extranjero en paraísos fiscales se aplica un sistema más estricto, ya que se establece la presunción (que puede ser refutada) de que:

- a) el impuesto sobre sociedades que efectivamente se paga por las rentas de todo tipo de la empresa bajo control extranjero es inferior al 26,25 por ciento⁴¹¹; y
- b) toda la renta devengada por la empresa bajo control extranjero es "pasiva"; y
- c) la renta anual obtenida por la empresa bajo control extranjero equivale al 15 por ciento del costo de adquisición de la participación subyacente.⁴¹²

4.814 Entre las disposiciones españolas sobre empresas bajo control extranjero existe una que favorece a los servicios relacionados con las exportaciones. En virtud de esa excepción específica del régimen aplicable a dichas empresas, se considera que la renta es "pasiva" y, por consiguiente, se le

⁴¹⁰ Véase *The Taxation of Companies in Spain*, revisado y actualizado por Stella Raventos Calvo, en *The Taxation of Companies in Europe, Guides to European Taxation: Volume II*, 1997 International Bureau of Fiscal Documentation, páginas 1 a 140 (en la Prueba 24 de los EE.UU. se facilita copia de las páginas correspondientes a las disposiciones concretas que se mencionan).

⁴¹¹ La tasa normal del impuesto sobre sociedades es del 35 por ciento.

⁴¹² Se ha de tener presente que esas presunciones no se aplican cuando la empresa bajo control extranjero consolida sus cuentas con las de una sociedad residente en España.

aplican las normas sobre esas empresas, si procede, entre otros conceptos, de servicios de crédito, financieros o de seguros (*que no sean servicios relacionados con la exportación*) [la cursiva es nuestra] prestados directa o indirectamente a partes vinculadas que sean personas individuales o sociedades residentes en España, si dichas partes vinculadas tienen derecho a deducir los gastos relacionados con ese tipo de renta (es decir, intereses financieros, primas de seguros y cargos por servicios).⁴¹³ Así pues, las disposiciones de la legislación española contrarias al aplazamiento conceden una exención específica a determinadas rentas, relacionadas con la exportación, de las filiales extranjeras, si proceden de transacciones entre partes vinculadas. Aunque las Comunidades Europeas tratan de aislar las disposiciones del programa relativo a las EVE como si fuesen "únicas" y de naturaleza diferente a la de sus propios sistemas de impuesto sobre la renta, lo cierto es que, en su trato de los ingresos de fuente extranjera procedentes de actividades de distribución, la exención parcial que se otorga en virtud de las disposiciones aplicables a las EVE no difiere en lo esencial de los diversos sistemas fiscales europeos que cabe presumir que las Comunidades Europeas defenderían como compatibles en todo con las obligaciones de los respectivos Estados miembros de las Comunidades Europeas en virtud del Acuerdo sobre la OMC.

La exención de parte de los ingresos de las EVE otorga el mismo trato fiscal que otorgan muchos de los sistemas fiscales europeos

4.815 El sistema fiscal de los Estados Unidos, por ser, en términos generales, de alcance universal, y no simplemente territorial, grava, por regla general, las actividades de las sucursales en el extranjero de las empresas estadounidenses y aplaza la tributación (a reserva de determinadas disposiciones para evitar la evasión) por lo que respecta a los ingresos no distribuidos de las empresas en el extranjero, que tributan cuando son repatriados. En comparación con el sistema fiscal estadounidense, los sistemas fiscales europeos otorgan un régimen fiscal más favorable a los ingresos de fuente extranjera resultantes de actividades de distribución, al imponer unas normas contra la evasión muy limitadas, que permiten un mayor aplazamiento en cuanto a las ganancias no distribuidas de las filiales en el extranjero, y estipular una exención por participación. En cuanto a los ingresos calificados como relativos a la exportación, los Estados Unidos decidieron adoptar un sistema que es territorial en parte. La diferencia entre el sistema de los Estados Unidos y muchos de los sistemas europeos, que no es más que una diferencia de forma, reside en que los Estados Unidos colocaron sus normas en un solo conjunto de disposiciones y se atuvieron a una completa transparencia en la aplicación de esas disposiciones. El simple hecho de que la exención parcial de las EVE en el sistema fiscal estadounidense resulte más transparente si se compara con algunos de los sistemas fiscales europeos no debería dar lugar a que las EVE reciban un trato diferente a tenor del Acuerdo SMC.

Las **Comunidades Europeas** refutan asimismo con los siguientes argumentos la respuesta de los Estados Unidos que figura en su declaración oral en la segunda reunión del Grupo Especial:

Pruebas 20 y 21 de los EE.UU.

4.816 Los Estados Unidos han presentado en sus Pruebas 20 y 21 cierta información fáctica nueva y detallada. De conformidad con los procedimientos de trabajo, esta información se debía haber presentado en la primera comunicación escrita. La pregunta de las Comunidades Europeas a la que responden estas respuestas se formuló claramente en la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas. La demora en la presentación de las respuestas ha impedido que las Comunidades Europeas las analizara y respondiera a ellas con el detalle con que podría haberlo hecho si se hubiesen presentado en el momento oportuno.

⁴¹³ Véase la Prueba 24 de los EE.UU. (Medidas antievasión).

4.817 Sin perjuicio de ello, resulta evidente a primera vista que la justificación *ex post facto* de las fórmulas aplicadas a las EVE no resulta convincente. Las razones de las Comunidades Europeas a este respecto tienen un carácter más jurídico que fáctico, pero resulta conveniente tratarlas aquí.

Prueba 20

4.818 La Prueba 20 intenta demostrar que las normas de fijación administrativa de precios generan para las EVE asignaciones de beneficios que son compatibles en términos generales con la fijación de precios de transferencia "en condiciones de plena competencia". En el documento se pretende llegar a la conclusión de que las normas relativas al 23 por ciento de los ingresos imposables combinados y al 1,83 por ciento de las entradas brutas se corresponden con la parte de beneficios que obtienen los mayoristas y distribuidores *independientes* en diferentes ramas de producción de los Estados Unidos.

4.819 Se pueden plantear varias objeciones iniciales al análisis contenido en la Prueba 20. Las Comunidades Europeas sólo mencionarán dos de ellas:

El documento no demuestra que las normas de fijación administrativa de precios generen asignaciones de beneficios para las EVE, compatibles con la fijación de precios de transferencia "en condiciones de plena competencia"

4.820 En primer lugar, una comparación entre las asignaciones de beneficios a las EVE y las asignaciones entre mayoristas y distribuidores independientes a nivel global no resulta significativa. Los mayoristas y distribuidores independientes son remunerados por su actividad, y cuanto mayor es ésta mayor es su participación en los beneficios globales. Sin embargo, con arreglo a las normas de fijación administrativa de precios no existe, en el caso de las EVE, esa correlación entre la actividad realizada y la asignación de beneficios. Dichas normas establecen una proporción fija de beneficios comunes *que se asignarán a las EVE incluso si la actividad de éstas ha sido prácticamente nula*.

4.821 En segundo lugar, no existe fundamento para suponer que las actividades de las EVE se corresponden con las de los mayoristas y distribuidores independientes *en la muestra*, y en el documento no se realiza ningún intento de analizar las diferencias. Los mayoristas y distribuidores llevan a cabo numerosas funciones que las EVE no realizan. En realidad, las actividades que dan derecho al trato aplicable a las EVE se enumeran exhaustivamente en el párrafo a) del artículo 924 del Código de Rentas Internas (IRC) y no incluyen todas las actividades que corrientemente llevan a cabo los mayoristas y distribuidores independientes. Las EVE que funcionan con comisión se asemejan más a los agentes de exportación que a los distribuidores.

4.822 Por consiguiente, el documento de ningún modo aclara si la asignación de beneficios *a las EVE* con arreglo a las normas de fijación administrativa de precios es similar a la que resultaría de aplicar a *las EVE* las normas de fijación de precios "en condiciones de plena competencia".

El análisis no tiene en cuenta el hecho de que las dos normas de fijación administrativa de precios actúan como límites inferiores y como "puerto seguro"

4.823 Las EVE pueden escoger la más ventajosa de las dos normas de fijación administrativa de precios, de modo que las asignaciones de beneficios derivadas de cada una de ellas funcionan como límites inferiores con respecto a los beneficios que se pueden asignar a la empresa de ventas en el extranjero. La Prueba 20 hace caso omiso de este límite inferior al analizar los beneficios relativos. Tampoco tiene en cuenta el hecho de que, con arreglo al artículo 482, el Servicio de Rentas Internas puede intervenir *ex post* cuando se han asignado beneficios excesivos a los distribuidores y mayoristas. No ocurre así en el caso de las EVE que utilizan las normas de fijación administrativa de precios.

Prueba 21

4.824 En la Prueba 21 se utiliza una encuesta sobre las EVE para tratar de determinar si la proporción de ingresos imponibles de estas empresas que queda exenta de impuestos corresponde al nivel de las funciones de las EVE realizadas fuera de los Estados Unidos.

4.825 La encuesta se envió a 27 empresas. Se trataba de las empresas de mayor magnitud en cada uno de los cinco sectores industriales a los que corresponde el mayor volumen de exportaciones de las EVE (sobre la base de datos correspondientes a 1992). La encuesta fue cumplimentada por 16 empresas, a las que correspondía aproximadamente el nueve por ciento del total de las exportaciones estadounidenses en 1994.

4.826 La Prueba 21 no respalda esta conclusión por diversas razones, de las que las Comunidades Europeas sólo mencionarán tres:

Representatividad y tamaño de la muestra

4.827 Existen más de 5.000 EVE. Aunque se dice que las empresas que respondieron a la encuesta representan el nueve por ciento de las exportaciones totales de los Estados Unidos, el tamaño de la muestra (16 empresas) es de todos modos demasiado pequeño para ser representativo.

¿Conocían las empresas que respondieron a la encuesta el propósito de la misma?

4.828 Las empresas encuestadas no se han identificado, pero dado el hecho de que grandes empresas exportadoras estadounidenses actúan como grupo de presión ante el Gobierno de los Estados Unidos para defender el programa relativo a las EVE, es probable que las empresas que respondieron a la encuesta conocieran el propósito de la misma. Por consiguiente, resulta dudoso que hayan cumplimentado la encuesta de manera objetiva. Si una de estas empresas no hubiera proporcionado respuestas exactas, esto sería muy difícil de determinar, ya que no se solicitó a dichas empresas que presentaran un desglose de gastos efectivos dentro de cada categoría.⁴¹⁴

4.829 Además, las empresas que respondieron a la encuesta estuvieron en condiciones de elegir el año correspondiente a los datos suministrados.⁴¹⁵ Esto habría permitido que las empresas tuvieran cierta flexibilidad para elegir el año que proporcionara los resultados "correctos".

El cuestionario enviado a las empresas no es claro

4.830 El cuestionario utilizado en la encuesta solicita datos sobre los "gastos en el extranjero (realizados por la EVE y el proveedor vinculado), incluidos en los ingresos imponibles combinados".

4.831 No resulta claro si estos gastos incluyen *todos* los gastos en el extranjero realizados por el proveedor vinculado (es decir, la empresa estadounidense) ni tampoco el significado exacto de la palabra "extranjero".

4.832 En la Prueba 21 se alega que se debía proteger el carácter confidencial de los datos, y es probable que el enfoque adoptado por las diferentes empresas fuera variable y no verificable.

⁴¹⁴ Véase el párrafo 8 de la Prueba 21 de los EE.UU.

⁴¹⁵ Véase el párrafo 7 de la Prueba 21 de los EE.UU.

Conclusión sobre las Pruebas 20 y 21 de los EE.UU.

4.833 Por lo tanto, y dejando de lado los considerables problemas que suponen los datos de estas pruebas, incluso si los cálculos fueran correctos las pruebas de los Estados Unidos no cumplen el objetivo perseguido. En primer lugar, en lo que respecta a la Prueba 20, las actividades de las EVE de ningún modo son comparables a las de los distribuidores independientes. El hecho de que los resultados de la encuesta relativa a los mayoristas y distribuidores nacionales independientes demuestren que sus beneficios se corresponden en alguna medida con las fórmulas utilizadas en las normas de fijación administrativa de precios del régimen de las EVE demuestra en realidad que estas normas atribuyen excesivamente beneficios a EVE que no realizan y ni siquiera están en condiciones de realizar una gama similar de actividades.

4.834 Es también importante observar que, de conformidad con el artículo 482, el Servicio de Rentas Internas conserva la posibilidad de corregir *ex post* las asignaciones erróneas. No sucede así en el caso de las normas de fijación administrativa de precios, que establecen una asignación fija de beneficios comunes a las EVE, con independencia de sus actividades efectivas. No existe ningún mecanismo de corrección *ex post* para el caso de que la actividad de la EVE haya sido prácticamente nula.

4.835 En cuanto a la Prueba 21 de los EE.UU., los resultados procedentes de respuestas de empresas que son las principales beneficiarias del programa relativo a las EVE difícilmente pueden resultar convincentes. No existe manera de verificar la exactitud de las respuestas presentadas.

4.836 Tanto la asignación de un cierto porcentaje de beneficios comunes a las EVE como la determinación de la proporción de beneficios de estas empresas exentos de impuestos resultan arbitrarias. Ambas están dictadas por dos objetivos contrapuestos:

- proporcionar un incentivo a la exportación, eximiendo del impuesto sobre la renta de los Estados Unidos a una determinada proporción de beneficios comunes
- limitar los costos del Tesoro en lo que respecta a la pérdida de ingresos fiscales.

4.837 Las Comunidades Europeas consideran que las Pruebas 20 y 21 no son pertinentes a los fines del presente caso y además no resultan fiables. No obstante, está dispuesta a contestar toda pregunta que el Grupo Especial desee formular sobre ellas.

Otros sistemas fiscales

4.838 Los Estados Unidos dedican un espacio considerable a examinar los sistemas fiscales de otros países. Las Comunidades Europeas observan que las únicas medidas fiscales que se examinan en este procedimiento son las de los Estados Unidos, y prefiere no entablar un debate sobre otros sistemas tributarios, lo que resultaría laborioso e inapropiado, exigiría mucho tiempo y excedería el mandato de este Grupo Especial. Si los Estados Unidos tienen problemas con los sistemas fiscales de otros países pueden ocuparse de ellos de la manera que resulte apropiada.

4.839 Las Comunidades Europeas sólo ofrecen un comentario sobre la cuestión de la territorialidad, que puede ayudar a aclarar la cuestión al Grupo Especial. Existe una diferencia fundamental entre un sistema fiscal que exime específicamente sólo los ingresos de exportación que normalmente gravaría, y un país que no grava en general los ingresos fuera de lo que define como su jurisdicción. En este último caso, toda reducción del impuesto a las transacciones que pueda resultar es simplemente la consecuencia de una diferencia entre los sistemas, es decir de una falta de armonización. La OMC no tiene el objetivo de armonizar los sistemas tributarios. La reducción de impuestos en el caso de un sistema territorial es tanto una consecuencia de los sistemas tributarios de otros países como del país

que se examina. Las subvenciones concedidas a las EVE a las que se refiere la reclamación de las Comunidades Europeas resultan íntegramente del funcionamiento del sistema tributario de los Estados Unidos.

4.840 Huelga decir que las Comunidades Europeas están dispuestas a responder a las preguntas que el Grupo Especial desee formular, en la medida en que ello sea posible.

Cuestiones jurídicas

El Entendimiento de 1981

Introducción

4.841 Pasando ahora a las cuestiones jurídicas, comenzaremos por el Entendimiento de 1981. No porque éste sea aplicable o pertinente (la posición de las Comunidades Europeas debe a esta altura haber quedado clara), sino porque es tan fundamental para la argumentación de los Estados Unidos. En realidad, esto es comprensible, dado el hecho de que el programa relativo a las EVE está supeditado a las exportaciones de modo tan evidente y queda abarcado claramente por el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En un intento de justificar el sistema aplicado a las EVE, los Estados Unidos han llegado a decir:

"la Decisión del Consejo de 1981 consagró ("sanctified" en la versión inglesa) el trato impositivo diferenciado de las actividades extranjeras y nacionales, incluso cuando dichas actividades entrañan transacciones de exportación".⁴¹⁶

4.842 Según el diccionario, "sanctify" significa en inglés "liberar de pecado", y esto adquiere sentido si se tiene en cuenta la interpretación que hacen los Estados Unidos de lo permitido por el Entendimiento de 1981. Además, resulta sorprendente que las actividades del Consejo del GATT se asimilen a las del Vaticano y similares.

El Entendimiento de 1981 no es aplicable ni pertinente con respecto a la presente diferencia

4.843 Las Comunidades Europeas han aclarado que no están en desacuerdo con el Entendimiento de 1981 **correctamente entendido**. En estas actuaciones, los Estados Unidos se niegan a entenderlo correctamente.

4.844 Las Comunidades Europeas han señalado dos cosas. En primer lugar, que el Entendimiento de 1981 no es aplicable al caso presente. En segundo lugar, que las Comunidades Europeas simplemente no dicen lo que los Estados Unidos tratan de hacerle decir. Las Comunidades Europeas ya han dado numerosas razones sobre estos dos puntos.⁴¹⁷ Hoy adoptarán otro enfoque, que demuestra la corrección de muchos de los argumentos de las Comunidades Europeas y disipa toda duda sobre este asunto.

4.845 A fin de ilustrar el verdadero significado del Entendimiento de 1981 y la intención real de las partes, las Comunidades Europeas recuerdan al Grupo Especial el marco en el que se adoptaron los Informes y el Entendimiento, así como el acta de la reunión del Consejo del GATT en el que se adoptó el Entendimiento.

⁴¹⁶ Véase el párrafo 26 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴¹⁷ Véanse los párrafos 45 a 56 de la declaración de las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial y los párrafos 52 a 71 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

4.846 Las Comunidades Europeas desean recordar en primer lugar que el procedimiento del GATT que se aplicó era el correspondiente a la solución de diferencias entre partes y no el procedimiento de formulación de normas. Cuando se establecieron los grupos de expertos sobre la *Legislación fiscal*, los Estados Unidos propusieron que los cuatro casos se remitieran a un grupo de trabajo cuyo mandato consistiría en "recomendar el tipo de normas internacionales que las partes contratantes podrían adoptar para sus prácticas fiscales en materia de ingresos procedentes de ventas al extranjero. Ello ofrecería a todas las partes contratantes interesadas la oportunidad de manifestar su punto de vista y de participar en la enunciación de esas normas, oportunidad que no proporciona la iniciación del procedimiento previsto en el párrafo 2 del artículo XXIII". Esta propuesta fue rechazada y se acordó establecer un grupo de expertos.⁴¹⁸

4.847 La adopción de un enfoque de solución de diferencias y no de formulación de normas en la adopción de la decisión también resulta clara del acta de la reunión del Consejo en la que se adoptaron los Informes y el Entendimiento. Las Comunidades Europeas citarán partes de la misma y se invita al Grupo Especial a examinar la Prueba 32 de las CE.

4.848 En la página 5, la cuestión fue introducida por el Presidente, quien recordó las numerosas veces en que esos informes habían estado en el orden del día de las reuniones del Consejo, y que las partes interesadas se habían reunido para tratar de formular un "entendimiento", que se había revisado y se presentaba ahora con la signatura C/W/376/Rev.1. El primer punto que se debe observar es que el Entendimiento es un texto redactado por los Estados Unidos y las Comunidades Europeas para hacer posible la adopción de los informes en los asuntos relativos a la *Legislación fiscal*.

4.849 El representante del Canadá expresó a continuación la renuencia "de algunos a que el Consejo adopte informes de grupos de expertos de esta manera, con un texto de un proyecto de entendimiento cuya intención y significado no se ven a simple vista". No obstante, añadió a continuación, para subrayar la cualidad redentora del Entendimiento, que la adopción "no menoscaba los derechos y obligaciones del párrafo 4 del artículo XVI". El representante de los Estados Unidos manifestó su expreso acuerdo con esta declaración, y también lo hizo el representante de las Comunidades Europeas.

4.850 Sólo después de tomar nota de estas declaraciones, el Consejo adoptó los Informes sobre el famoso Entendimiento.

4.851 Esto es lo que el Consejo del GATT acordó: Adoptar los informes, matizados por el Entendimiento, pero en la inteligencia expresa de que no añadían ni disminuían los derechos que incumbían a las partes en virtud del GATT.

4.852 La propia redacción del descargo de responsabilidad contenido en la declaración del Presidente (página 7) es aún más precisa. El Presidente dijo que "[...] la decisión no modifica las actuales reglas del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General en cuanto se refiere a la imposición fiscal de las mercancías importadas". Añadió que "esta decisión no afecta al Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII, ni resulta afectada por él" (se trata del Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio).

4.853 Los Estados Unidos alegaron en una nota de pie de página (35) a su segunda comunicación escrita que las declaraciones denotaban la convicción de las Partes Contratantes del GATT, de que el Entendimiento reflejaba el sentido que el párrafo 4 del artículo XVI siempre había tenido, y es por eso que expresaron que no afectaba al GATT ni al Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio. En opinión de las Comunidades Europeas, éste es otro modo de exponer el punto de vista de las Comunidades

⁴¹⁸ C/M/87, página 4.

Europeas. El Entendimiento no estaba destinado a modificar el significado del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 ni a ser vinculante en el futuro. Por consiguiente, no se trató de una decisión en el marco del artículo XXV del GATT de 1947 (que no se mencionó en absoluto en las deliberaciones) y no era una decisión incorporada al GATT de 1994 por el párrafo 1 b) iv) del texto introductorio del GATT de 1994 ni por el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

4.854 También cabe mencionar que, en todo caso, el Consejo del GATT no tenía facultades para interpretar el Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio. Y, por supuesto, si no modificó el Acuerdo de la Ronda de Tokio, no afectó a la Lista ilustrativa de la Ronda de Tokio y difícilmente puede considerarse que resulta pertinente para interpretar la Lista ilustrativa de la Ronda Uruguay.

4.855 Tras la adopción, se produjo un verdadero desfile de Partes Contratantes que solicitaron seguridades y expresaron sus reservas, lo que demuestra nuevamente la corrección de la postura de las Comunidades Europeas sobre ese Entendimiento.

4.856 El representante del Brasil sostuvo (página 8) que no apoyó el Entendimiento, pero no impidió el consenso porque "no quería obstaculizar la solución de un viejo grave problema del GATT". Observó (página 8) que "[...] en la práctica del GATT, las interpretaciones se formulan por otros conductos". Esta es otra confirmación, por si fuera necesaria, de que no se trataba de una decisión en el marco del párrafo 1 del artículo XXV del GATT de 1947 y nadie consideraba que lo fuera (los Estados Unidos se equivocan cuando pretenden esto en el párrafo 55 de su segunda comunicación escrita). El Brasil hizo una reserva general de sus derechos. Australia, la Argentina y Chile hicieron lo mismo.

4.857 Esto es suficientemente claro. Las Comunidades Europeas consideran que ya han dicho bastante acerca de la condición jurídica y la pertinencia del Entendimiento de 1981, pero también remite al Grupo Especial a los argumentos que figuran en su declaración en la primera reunión del Grupo Especial y en su segunda comunicación escrita, en el sentido de que el Entendimiento de 1981 no es parte del GATT de 1994 ni constituye una "orientación" ("guidance") pertinente a los fines del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

El significado del Entendimiento de 1981

4.858 Las Comunidades Europeas han dedicado algún tiempo a explicar su opinión sobre la condición jurídica y la pertinencia del Entendimiento de 1981 porque los Estados Unidos insisten en tratar de darle un improcedente carácter cuasiconstitucional. Sin embargo, las Comunidades Europeas han expresado que no están en desacuerdo con el Entendimiento de 1981 **si se lo entiende correctamente**, y estas razones figuran también en el acta del Consejo que el Grupo Especial tiene ante sí.

4.859 Si el Grupo Especial se sirve remitirse a la página 9 del acta verá que, después de todas las expresiones de reservas que acabamos de mencionar, los Estados Unidos trataron de tener la última palabra y señalaron su propia interpretación unilateral del Entendimiento. Su representante declaró que:

"en opinión de su Gobierno las normas aplicables a los casos relativos al párrafo 4 del artículo XVI requieren que el nivel de imposición fiscal aplicado a los productos exportados sea igual por lo menos al nivel que se aplicaría en caso de que el país interesado adoptase un sistema territorial de imposición fiscal".

4.860 ¿No es verdad que esto resulta familiar? Éste es precisamente el fundamento en el que los Estados Unidos basan su "principio jurídico rector". Según los Estados Unidos, el programa relativo a

las EVE está autorizado porque "emula el tipo de trato fiscal que recibe una filial de ventas en el extranjero de una empresa manufacturera en el marco de un régimen de ámbito territorial".⁴¹⁹

4.861 Las Comunidades Europeas y el Canadá (página 9) expresaron inmediatamente que no compartían esta declaración.

4.862 Por lo tanto, es verdaderamente insincero que los Estados Unidos sugieran que el Entendimiento de 1981 representa un acuerdo entre las Partes Contratantes del GATT sobre su "principio jurídico rector".

4.863 Las Comunidades Europeas ya han explicado abundantemente por qué la interpretación estadounidense del Entendimiento de 1981 es errónea.⁴²⁰ Se han centrado en el error en que incurren los Estados Unidos al considerar que una declaración de que los procesos económicos en el extranjero *no necesitan estar sometidos a tributación* significa que existe un *derecho a no gravar*⁴²¹ los ingresos de esas actividades en las condiciones que un país desee. Existen otros errores en los razonamientos de los Estados Unidos acerca del significado del Entendimiento de 1981. Estos errores impregnan su posterior razonamiento sobre el "principio jurídico rector", y a ellos se referirá las Comunidades Europeas a continuación.

Conclusión

4.864 Por lo tanto, incluso si el Entendimiento de 1981 fuera parte del GATT de 1994 o fuera una orientación ("guidance") pertinente con arreglo al párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, resulta claro, no sólo del texto sino también del debate antes mencionado, que el "principio jurídico rector" inventado por los Estados Unidos no forma parte del GATT de 1994 ni de la OMC.

4.865 Las Comunidades Europeas esperan que esto permitirá hacer caso omiso del Entendimiento de 1981.

Relación entre el artículo XVI del GATT y el Acuerdo SMC

4.866 Los Estados Unidos formulan diversas observaciones acerca de la relación entre el artículo XVI del GATT y el Acuerdo SMC, destinadas a reforzar su argumentación, en el sentido de que el Entendimiento de 1981 se debe considerar incluido en el Acuerdo SMC.

4.867 Es verdad que diversas disposiciones del Acuerdo SMC hacen referencia al artículo XVI del GATT, y que existe incluso (en el párrafo 1 del artículo 32) una referencia a las disposiciones del artículo XVI "según se interpretan en el presente Acuerdo".⁴²² Las Comunidades Europeas están además dispuestas a aceptar, al igual que el Órgano de Apelación, que "la relación entre el GATT

⁴¹⁹ Véanse los párrafos 55 y 84 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos y los párrafos 119 y 177 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴²⁰ Véanse los párrafos 65 a 70 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

⁴²¹ Véase, por ejemplo, el párrafo 153 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴²² Véase la posición de las Comunidades Europeas en el párrafo 147 de su segunda comunicación escrita.

de 1994 y los demás Acuerdos sobre el comercio de mercancías incluidos en el Anexo 1A es compleja y debe examinarse caso por caso".⁴²³

4.868 No obstante, nada de esto sirve para respaldar la argumentación de los Estados Unidos. Resulta claro que el Acuerdo SMC es más que una interpretación del artículo XVI del GATT. Se lo puede describir mejor como un desarrollo del artículo XVI y de otras disposiciones del GATT. Las Comunidades Europeas ya han observado que el título del Acuerdo SMC no indica que se trata de una interpretación del GATT, mientras que el título del Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio sí indicaba que se trataba de una interpretación.

4.869 El Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio constituyó un importante adelanto con respecto al párrafo 4 del artículo XVI del GATT. Las Comunidades Europeas pusieron de manifiesto en nuestra última reunión que el Presidente Jimmy Carter lo acogió con satisfacción porque permitiría a los Estados Unidos "limitar las prácticas de subvenciones extranjeras" y porque introducía una "lisa y llana prohibición de las subvenciones a la exportación" y "una definición de las subvenciones a la exportación que elimina el actual requisito de la dualidad de precios".⁴²⁴

4.870 El Acuerdo SMC de la Ronda Uruguay logró incluso mayores progresos en la lucha contra las subvenciones, ya que introdujo una clara definición de la subvención, que no existía anteriormente, y fortaleció la prohibición de las subvenciones a la exportación.

4.871 Es especialmente la nueva definición de la subvención lo que hace que el artículo XVI del GATT y el Entendimiento de 1981 sean redundantes para nuestros fines. Los Estados Unidos están tratando de introducir los términos vagos del Entendimiento de 1981 en la nítida redacción del artículo 1 del Acuerdo SMC, anulando así la aclaración que constituyó uno de los principales logros de este Acuerdo. Los Estados Unidos acusan a las Comunidades Europeas de realizar un "análisis revisionista" del Entendimiento de 1981 en su segunda comunicación escrita. Esto es erróneo e injusto porque del acta examinada precedentemente se desprende que la interpretación de las Comunidades Europeas no han variado. Los Estados Unidos practican de hecho una forma moderna de "luddismo", al negarse a aceptar los progresos logrados mediante el Acuerdo SMC de la Ronda Uruguay y tratando de mantener la comodidad de su interpretación anticuada y unilateral de la subvención sobre la base de un texto que ya no es aplicable. (El Sr. Ludd fue el promotor de una revuelta contra la introducción de las máquinas en la Inglaterra del siglo XIX -que sus hombres se dedicaban a destruir- y la consiguiente pérdida de puestos de trabajo. Por supuesto, la historia nos ha enseñado que el luddismo resulta atractivo para quienes se sienten amenazados, pero al final es contraproducente.)

4.872 Los Estados Unidos tratan de argumentar asimismo que, como el programa relativo a las EVE es compatible con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT a la luz del Entendimiento de 1981, también debe ser compatible con el Acuerdo SMC, ya que los Acuerdos se deben interpretar "no aisladamente de cada uno de los demás"⁴²⁵ o "de manera armoniosa".⁴²⁶

⁴²³ *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, página 17.

⁴²⁴ Véase la página 1935 del documento que figura en la Prueba 22 de las CE (declaración de las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial).

⁴²⁵ Párrafo 28 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴²⁶ Párrafo 151 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

4.873 Las Comunidades Europeas discrepan de esto por toda una serie de razones, en particular porque no acepta que el programa relativo a las EVE sea compatible con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1994, del mismo modo que nunca aceptó que fuera compatible con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947.

4.874 Las Comunidades Europeas no mencionaron el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1994 en su solicitud de establecimiento de un grupo especial porque ello era superfluo. El Acuerdo SMC es un desarrollo de, entre otras cosas, el párrafo 4 del artículo XVI y tiene disposiciones más detalladas y claras que las del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1994. Como las subvenciones concedidas a las EVE están incluidas claramente en el artículo 3 del Acuerdo SMC, no es necesario invocar el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1994.

4.875 El argumento de los Estados Unidos, en el sentido de que la compatibilidad con el artículo XVI debe suponer la compatibilidad con el Acuerdo SMC, haría que éste último fuera redundante, y este resultado sería contrario al principio de la interpretación efectiva de los tratados.⁴²⁷

4.876 El hecho de que el Acuerdo SMC debe prevalecer sobre el párrafo 4 del artículo XVI se ve también confirmado por la Nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, en la que ambos están incluidos. Como es bien sabido, esta Nota establece que, en caso de conflicto entre una disposición del GATT de 1994 y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A, tal como el Acuerdo SMC, prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición de éste último.

4.877 Los Estados Unidos se basan en diversas ocasiones en el asunto del *Coco desecado* para alegar que su interpretación del párrafo 4 del artículo XVI (y, por tanto, del Entendimiento de 1981) debe prevalecer sobre la argumentación de las Comunidades Europeas basada en el Acuerdo SMC. Sin embargo, en aquel asunto fue el Acuerdo SMC el que prevaleció sobre una argumentación basada únicamente en una disposición del GATT, o sea lo opuesto de lo que los Estados Unidos sostienen en el caso presente.

4.878 Los Estados Unidos también esgrimen un argumento basado en el asunto *Indonesia - Automóviles*⁴²⁸, en el que se consideró que el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC no hacía inaplicable a las subvenciones el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Para disipar cualquier duda, las Comunidades Europeas expresan que no consideran que el párrafo 4 del artículo XVI ya no sea aplicable a las subvenciones a la exportación. Simplemente considera que el Acuerdo SMC también se aplica. Aparentemente, son los Estados Unidos los que alegan que el párrafo 4 del artículo XVI del GATT (o, mejor dicho, su interpretación del Entendimiento de 1981) hace inaplicable el Acuerdo SMC a las subvenciones otorgadas a las EVE.

4.879 Para formular su argumentación, los Estados Unidos deben realizar un razonamiento circular. Por una parte, expresan que "en la medida de lo posible, el artículo XVI y el Acuerdo SMC deben ser interpretados de manera tal que se evite el conflicto. Y en el caso presente, ello quiere decir que el párrafo 1) a) 1) ii) del artículo 1 debe ser interpretado a la luz de la Decisión del Consejo de 1981."⁴²⁹ Por otra parte, los Estados Unidos tratan de desechar la Nota interpretativa antes mencionada porque

⁴²⁷ Véase, por ejemplo, Japón - Bebidas alcohólicas, página 14.

⁴²⁸ Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil, WT/DS55/R, informe del Grupo Especial adoptado el 23 de julio de 1998.

⁴²⁹ Párrafo 37 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

"no existe conflicto entre el artículo XVI, tal y como lo interpreta la Decisión del Consejo de 1981, y el párrafo 1) a) 1) ii) del artículo 1."⁴³⁰

4.880 Por las razones mencionadas, el Grupo Especial debe desestimar los intentos de los Estados Unidos de complicar y confundir este caso haciendo referencia a la nebulosa historia del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947, y debe limitar su análisis del presente caso a las disposiciones contenidas en su mandato, o sea las del Acuerdo SMC.

Si el sistema aplicado a las EVE da lugar a la "condonación de ingresos" que "en otro caso se percibirían"

Introducción

4.881 Esto nos lleva finalmente al punto de partida correcto de nuestro análisis, o sea el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, y en particular la expresión "cuando se condonen [...] ingresos [...] que en otro caso se percibirían".

4.882 Existe en este caso una diferencia fundamental entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos sobre el criterio para determinar cuándo los ingresos "en otro caso se percibirían".

4.883 El enfoque de las Comunidades Europeas ha consistido en demostrar que los Estados Unidos se apartan de las normas generalmente aplicables en su sistema, como se pone de manifiesto en el trato que concede a una serie de situaciones comparables. Como se ha explicado en la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas, éste es también el enfoque que adoptan los Estados Unidos con respecto a lo que denominan "subvenciones extranjeras", es decir, las subvenciones de países distintos de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas volverán sobre este asunto dentro de poco.

4.884 No obstante, el enfoque que los Estados Unidos tratan de adoptar en el caso *presente* consiste en que el concepto de "en otro caso se percibirían" se debe valorar sobre la base de cierto sistema impositivo teórico exigido o autorizado de algún modo por los Acuerdos de la OMC.

4.885 Esta es otra manifestación de su "principio jurídico rector" derivado del Entendimiento de 1981, que las Comunidades Europeas rechazan categóricamente.

4.886 Por lo tanto, los Estados Unidos alegan que tienen un "derecho de no aplicar impuestos" a los ingresos que designan como extranjeros. Esto es bastante curioso si se tiene en cuenta la declaración que figura en el párrafo 27 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, en la que se expresa:

"No existe norma alguna de derecho internacional que exija a las naciones adecuarse a un único régimen fiscal. Todo país puede elegir entre un sistema de ámbito mundial, un sistema de ámbito territorial o un sistema que incorpore elementos de uno y otro."

Y en el párrafo 28 se expresa:

"La OMC nunca estuvo orientada (y no está bien equipada para ello) a establecer normas fiscales internacionales [...]."

⁴³⁰ Párrafo 36 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

4.887 Estas declaraciones no se reiteran en la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, sin duda porque los Estados Unidos comprenden ahora que están sosteniendo lo contrario.

4.888 Las Comunidades Europeas están de acuerdo con las dos declaraciones de los Estados Unidos que se acaban de citar y que figuran en su primera comunicación escrita. Ni la OMC (ni el GATT anteriormente) conceden derechos para aplicar o no aplicar impuestos. Simplemente disponen que el sistema tributario no debe otorgar subvenciones específicas ni establecer discriminaciones.

4.889 De hecho, los Estados Unidos alegan que los ingresos "en otro caso no se percibirían" si un Miembro tiene el *derecho de no gravarlos*⁴³¹ (y no considera pertinente el hecho de si ese ingreso normalmente sería o no gravado en virtud de las normas generales de ese Miembro). Tal proposición no puede ser correcta. Nada en la OMC exige (u "obliga") en absoluto a un Miembro a aplicar impuestos a ningún ingreso. La lógica de los Estados Unidos llevaría a la conclusión de que podría eximir de impuestos a una determinada empresa o a un determinado sector industrial según lo deseara. En realidad, el párrafo 1) a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC y el párrafo e) nunca se aplicarían. Los países siempre tendrían el derecho de no aplicar impuestos.

4.890 A juicio de las Comunidades Europeas, la posición es clara. Una vez que un Miembro decide aplicar impuestos a determinadas categorías de ingresos, debe hacerlo de manera general y, si establece ciertas clases de exenciones, por ejemplo la exención concedida a determinadas empresas o la exención a ciertos ingresos supeditada a los resultados de exportación, está concediendo una subvención, y si ésta es específica quedará sujeta a las disciplinas del Acuerdo SMC.

La contribución de los Estados Unidos al Informe de 1996 de la OCDE sobre "Gastos impositivos - Experiencias recientes"

4.891 Como las Comunidades Europeas han señalado reiteradamente⁴³², los propios Estados Unidos reconocen en sus Informes del Tesoro que el sistema aplicado a las EVE ocasiona una pérdida de ingresos que calcula y estima en 2.000 millones de dólares EE.UU. en 1997.⁴³³

4.892 En su segunda comunicación escrita⁴³⁴, las Comunidades Europeas mencionaron al Grupo Especial un informe de la OCDE de 1996 sobre "*Gastos impositivos - Experiencias recientes*" (Prueba 25 de las CE).

4.893 En ese documento, los Estados Unidos definen los "gastos impositivos" como "las pérdidas de ingresos imputables a disposiciones de la legislación fiscal federal que autorizan una deducción, exención o exclusión **especial** con respecto a los ingresos brutos o que conceden un crédito especial, un tipo impositivo preferencial o un aplazamiento de obligaciones impositivas".⁴³⁵ Los Estados Unidos también denominan a estas medidas "excepciones especiales de la legislación fiscal que están

⁴³¹ Véase especialmente el párrafo 153 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴³² Véanse los párrafos 100, 138 y 139 de la primera comunicación escrita de las CE.

⁴³³ Véase *The Operation and Effect of the Foreign Sales Corporation Legislation*, Departamento del Tesoro, noviembre de 1997, en la Prueba 5 de las CE, páginas 12 a 17. Las estimaciones de incremento futuro figuran en el cuadro 5.1 (página 17).

⁴³⁴ Véanse los párrafos 84 a 90 y la Prueba 25 de las CE en la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

⁴³⁵ Véase el capítulo I, "Antecedentes", en la página 107 del documento.

al servicio de funciones programáticas [...] tales como la defensa nacional, la agricultura y la asistencia sanitaria".⁴³⁶

4.894 Las Comunidades Europeas están de acuerdo en que éste es el enfoque correcto para determinar si existe una condonación de ingresos "que en otro caso se percibirían".

4.895 En ese informe se indica que la "condonación de ingresos" (según la expresión utilizada en el informe) otorgada a las EVE en 1995 fue de 1.400 millones de dólares EE.UU.

La práctica de los Estados Unidos en casos de derechos compensatorios

4.896 Las Comunidades Europeas señalaron en su segunda comunicación escrita⁴³⁷ que los Estados Unidos utilizan el mismo enfoque para definir la condonación de ingresos en la práctica de los derechos compensatorios. La definición de subvención que figura en el artículo 1 del Acuerdo SMC se aplica a los procedimientos en materia de derechos compensatorios, así como a las subvenciones prohibidas, y los Estados Unidos están obligados a respetarla. Veamos lo que dicen sobre este particular las normas estadounidenses en materia de derechos compensatorios. (La Prueba 33 de las CE contiene las citas pertinentes de las normas de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios.)

4.897 En las normas de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios (§ 351.509) se establece lo siguiente:

"En el caso de un programa que conceda una exención o remisión total o parcial de un impuesto directo (por ejemplo, un impuesto sobre la renta), o una reducción de la base utilizada para calcular un impuesto directo, existe un beneficio en la medida en que el impuesto pagado por una empresa como consecuencia del programa sea inferior al impuesto que la empresa hubiera pagado si el programa no existiera."

4.898 Existe una curiosa observación adicional, que se añadió en noviembre de 1998 (*"in tempo suspecto"*) al final del comentario, y que dice lo siguiente:

"[...] en el caso de una medida fiscal extranjera que exima de la tributación (en todo o en parte) a ingresos imputables a procesos económicos (con inclusión de las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador, el Departamento no considerará que tal medida es una subvención a la exportación, siempre que la medida se ajuste a las demás normas pertinentes de la OMC."

4.899 Las últimas palabras son interesantes: "siempre que la medida se ajuste a las demás disposiciones pertinentes de la OMC". Al parecer, al menos en lo que se refiere a las subvenciones extranjeras, los Estados Unidos consideran que existen otras normas de la OMC que siguen siendo aplicables a las medidas abarcadas por el Entendimiento de 1981, con inclusión, presumiblemente, del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Las Comunidades Europeas consideran que el mismo principio se aplica a las subvenciones estadounidenses.

4.900 Desde luego, las Comunidades Europeas no consideran automáticamente que la práctica de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios sea una interpretación autorizada, pero

⁴³⁶ Véase el capítulo III en la página 108 del documento.

⁴³⁷ Párrafo 80 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

esta norma concreta de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios refleja una interpretación correcta del Acuerdo SMC.

Aplicación a las EVE del principio de la "condonación de ingresos" que "en otro caso se percibirían"

4.901 Las Comunidades Europeas han aplicado estos principios al caso presente cuando demostró, mediante la utilización de ejemplos, que las subvenciones concedidas a las EVE dan lugar a la condonación de ingresos en comparación con otras situaciones en las que se aplican las normas tributarias normales de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas hacen notar que los Estados Unidos no han afirmado que las comparaciones sean incorrectas de modo alguno, excepto un punto al que las Comunidades Europeas se referirán directamente. Los Estados Unidos simplemente insisten en que tienen derecho a eximir a los "procesos económicos en el extranjero" en las condiciones que deseen.

4.902 La única ocasión en que los Estados Unidos formulan observaciones sobre los ejemplos ofrecidos por las Comunidades Europeas que demuestran la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían aparece en la nota 56 de su segunda comunicación escrita; en ella argumentan que si se aceptara la teoría de las Comunidades Europeas, se debería desestimar una parte de su reclamación contra el programa relativo a las EVE porque:

"en el sistema estadounidense de impuestos sobre la renta, la norma consiste en aplazar la tributación de los ingresos procedentes de filiales extranjeras de empresas estadounidenses hasta el momento en que los ingresos de la filial se transfieren a la empresa matriz estadounidense en forma de dividendos. Aunque los Estados Unidos pueden gravar los ingresos corrientes de una filial extranjera de una empresa estadounidense con arreglo a disposiciones "antiaplazamiento", como la subparte F del Código de Rentas Internas, estas disposiciones constituyen excepciones a la norma del aplazamiento. [...] Por consiguiente, incluso con arreglo a la teoría de las Comunidades Europeas, la exención de los ingresos de las EVE con respecto a la tributación corriente no constituiría una condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían".

4.903 Esto equivale a decir que la reclamación de las Comunidades Europeas versa sobre una excepción de una excepción. Las Comunidades Europeas no aceptan que las normas de la subparte F constituyan una "excepción" en el sentido en que este término se utiliza aquí (el de una exención); esas normas forman parte del sistema estadounidense de recaudación del impuesto sobre la renta, y no dan lugar a la condonación de ingresos. Es el programa relativo a las EVE lo que constituye una exención, ya que exime ingresos de este régimen de tributación y, por tanto, se condonan ingresos que en otro caso se percibirían.

4.904 Las Comunidades Europeas están dispuestas a examinar estos ejemplos más detenidamente (y cualquier otro ejemplo de que dispone) si el Grupo Especial considera que no se han realizado las comparaciones apropiadas.

Conclusión

4.905 Este examen del significado de la expresión "cuando se condonen [...] ingresos [...] que en otro caso se percibirían" ha llevado algún tiempo, pero es importante porque constituye la base de todo análisis correcto del programa relativo a las EVE. Se condonan ingresos que de otro modo se percibirían cuando esos ingresos serían normalmente gravados con arreglo a las normas tributarias generales o corrientes de ese Miembro. Una vez que este criterio se acepta, resulta claro que tanto las exenciones fiscales otorgadas a las EVE como las normas especiales de fijación administrativa de

precios dan lugar a la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían. Los Estados Unidos no han alegado que no existe una condonación de ingresos en comparación con la aplicación de sus normas corrientes, sino meramente que la norma pertinente es su "principio jurídico rector".

El debate entre el fondo y la forma

4.906 Los Estados Unidos a menudo han respondido al enfoque correcto y metódico de las Comunidades Europeas sobre la interpretación del Acuerdo SMC y su aplicación al caso presente, acusando a las Comunidades Europeas de dar prioridad a la forma sobre el fondo.⁴³⁸

4.907 Se trata de una notable acusación, formulada en defensa del programa relativo a las EVE, que funciona precisamente tratando de ocultar el fondo de la subvención a la exportación tras la forma de complejas disposiciones fiscales.

4.908 Las Comunidades Europeas desean aclarar que su reclamación versa sobre el fondo y no sobre la forma de las subvenciones otorgadas a las EVE. Además, solicitan al Grupo Especial que su condena verse sobre el fondo y no sobre la forma.

4.909 Las Comunidades Europeas pueden rechazar fácilmente la acusación de los Estados Unidos, en el sentido de que su enfoque, llevado a su conclusión lógica, "calificaría de subvención el que Tailandia no grave los ingresos de una empresa francesa que funcione en el Canadá".⁴³⁹ Como las Comunidades Europeas han explicado precedentemente, existe condonación de ingresos que en otro caso se percibirían cuando un país adopta una exención o derogación específica con respecto a sus normas impositivas de aplicación general.

4.910 Por supuesto, a los fines de un análisis correcto es menester comenzar por examinar las normas detalladas y, por ende, la forma del programa relativo a las EVE.⁴⁴⁰ Sin embargo, las Comunidades Europeas esperan haber aclarado que las exenciones, excepciones y normas especiales dan lugar a una *exención sustantiva* cuando demostró, como se acaba de recordar, de qué manera las transacciones de las EVE son gravadas con menos impuestos que las transacciones equivalentes, sean exportaciones, importaciones o transacciones internas.

4.911 Apliquemos el enfoque que da preferencia al fondo sobre la forma y veamos cuál es realmente el fondo de las alegaciones de los Estados Unidos.

4.912 Al responder a la pregunta 13 de las Comunidades Europeas:

"¿Es verdad que, con respecto a la misma transacción, una EVE que lleva a cabo por sí misma todas las actividades exigidas por el párrafo c) artículo 925 puede recibir el mismo importe de ventaja fiscal que una EVE que subcontrate todas sus actividades a su empresa matriz?"

⁴³⁸ Véanse, por ejemplo, los párrafos 81 a 84 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴³⁹ Párrafo 84 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴⁴⁰ Las Comunidades Europeas expuso la naturaleza de las exenciones en el párrafo 65 de su comunicación escrita y el párrafo 9 de su declaración en la primera reunión del Grupo Especial.

Los Estados Unidos respondieron:

"sea que la EVE lleve a cabo las actividades económicas en el extranjero por sí misma o las subcontrate a otra parte, por ejemplo a su empresa matriz, eso no tiene consecuencias en virtud del principio jurídico rector."

4.913 En su respuesta a la pregunta 8 de las Comunidades Europeas⁴⁴¹, los Estados Unidos afirmaron:

"Su propósito [el del programa relativo a las EVE] consiste en proporcionar un mecanismo adecuado para aislar y recaudar los ingresos imputables a esos procesos."

4.914 Posteriormente, explicaron que, debido a la naturaleza del sistema fiscal de los Estados Unidos,

"Este objetivo se cumple mediante la exigencia de que las EVE sean jurídica y financieramente responsables de esas actividades, **pero permitiendo que la empresa matriz de los Estados Unidos lleve a cabo muchas de las actividades en su nombre.**"

4.915 Los Estados Unidos están diciendo efectivamente que:

- los procesos económicos en el extranjero son **siempre "extranjeros"** aunque sean llevados a cabo por partes nacionales; es por esto que las empresas matrices de las EVE están autorizadas a llevarlas a cabo efectivamente en nombre de las EVE;
- la única razón por la que esos procesos no pueden ser llevados a cabo **directamente** por los productores estadounidenses es que tal exención explícita **habría estado en contradicción con los principios del sistema tributario estadounidense basado en la residencia**. Por lo tanto, era necesario que se constituyera una empresa **extranjera** -la EVE- para establecer un mecanismo destinado a reunir todas las actividades relacionadas con las transacciones de la empresa matriz estadounidense y la EVE que **ocurren fuera** de los Estados Unidos.⁴⁴²

4.916 En otras palabras, la posición de los Estados Unidos consiste en que no es necesario, desde el punto de vista de la OMC, que exista un vehículo especial en el extranjero, y las EVE podrían en principio establecerse en el territorio continental de los Estados Unidos y el Congreso de los Estados Unidos podría eximir de impuestos toda proporción de sus ingresos que considerase "extranjeros". En realidad, ¿por qué no podría el Congreso de los Estados Unidos (u otro Miembro de la OMC que no tuviera el tipo de contradicción que los Estados Unidos aparentemente tendrían con su sistema fiscal) conceder la exención fiscal a una parte de los beneficios de exportación, directamente a los exportadores? Después de todo, si el fondo debe prevalecer sobre la forma, ¿por qué un Miembro debería obligar a los exportadores a tener filiales en el extranjero? (Esto explica sin duda por qué, después de la Decisión del Consejo de 1981, los Estados Unidos formularon una declaración, en abril de 1982, en el sentido de que el régimen de las sociedades DISC no constituía una subvención.)

4.917 Esto es una consecuencia lógica del enfoque de los Estados Unidos: una exención fiscal directa para una parte de los beneficios de los exportadores, porque esa parte puede considerarse

⁴⁴¹ Párrafo 27 de las respuestas de los Estados Unidos.

⁴⁴² Párrafo 27 de las respuestas de los Estados Unidos.

"extranjera". Si los argumentos relativos al sistema fiscal estadounidense no resultan convincentes, otra explicación de la necesidad de establecer las EVE en paraísos fiscales para las EVE es, por supuesto, que así la subvención resulta menos visible.

4.918 Las Comunidades Europeas recuerdan asimismo a este respecto que su pregunta número 8 estaba destinada a determinar con exactitud la cuantía de los ingresos que podían quedar eximidos por el programa relativo a las EVE. En la última frase de su pregunta, las Comunidades Europeas preguntaron:

"¿Se podría concebir un sistema, compatible con la OMC, que permitiera que una filial en el extranjero que tuviera la responsabilidad jurídica y financiera de todos los aspectos de la fabricación, venta y entrega de un producto, quedara exenta del impuesto sobre la renta en lo que respecta a los beneficios de esas actividades (que se considerarían como un proceso económico en el extranjero)?"

Los Estados Unidos respondieron:

"Un "sistema" como el concebido por las Comunidades Europeas en la última frase de su pregunta podría muy bien ser compatible con los principios aplicables de la OMC, si la exención abarcara ingresos derivados de procesos económicos realizados fuera del territorio de la jurisdicción fiscal pertinente. No obstante, dicha estructura no es el único "sistema" que se ajustaría a los principios aplicables de la OMC."

4.919 No existe una mejor demostración de que la interpretación que hacen los Estados Unidos de la nota de pie de página 59 es errónea.

Supeditación a las exportaciones

4.920 Los Estados Unidos no cuestionaron la supeditación a las exportaciones de las subvenciones concedidas a las EVE en su primera comunicación escrita ni en su declaración en la primera reunión del Grupo Especial. Existe cierta consideración indirecta de esta cuestión en la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, a la que se referirán a continuación las Comunidades Europeas.

4.921 Esto ocurre cuando los Estados Unidos tratan de responder al argumento de las Comunidades Europeas, de que el Entendimiento de 1981 se refiere a los procesos económicos *en general*, con inclusión de los relacionados con las actividades de exportación, al decir que *no necesitan* estar sometidos a impuestos por el país exportador. (Y que *no dice* que una Parte Contratante del GATT puede *eximir específicamente* a transacciones relativas a mercancías exportadas incluso cuando otros procesos económicos, que pueden considerarse exteriores a los límites territoriales del país exportador, *están* sometidos a impuestos.⁴⁴³)

4.922 Los Estados Unidos presentan erróneamente el argumento de las Comunidades Europeas, como si fuese un enfoque de "todo o nada":

⁴⁴³ El argumento de las Comunidades Europeas figura en el párrafo 54 de su declaración en la primera reunión del Grupo Especial.

"El Miembro debe, o bien eximir de impuestos a todos los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero o bien gravar la totalidad de los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero."⁴⁴⁴

4.923 Desde luego, y dicho sea de paso, no fue ése el argumento de las Comunidades Europeas, que confía en que el Grupo Especial, en este caso como en todos los demás, hará referencia a los argumentos que las Comunidades Europeas realmente han presentado y no a las erróneas representaciones que de ellos hacen los Estados Unidos. Sin embargo, lo que interesa en este momento no es la representación errónea, sino la respuesta formulada por los Estados Unidos, ya que ésta es el único argumento que esgrimen en lo que respecta a la supeditación a las exportaciones.

4.924 Los Estados Unidos alegan lo siguiente:

'En primer lugar, la Decisión declara que "de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador". En segundo lugar, la Decisión declara que los referidos procesos "no deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General".

Por lo que respecta a la primera afirmación, si los países no tienen obligación alguna de gravar los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero, deben gozar de la libertad de desgravar la totalidad de dichos ingresos o tan sólo a parte de ellos. Sencillamente, nada hay en los términos utilizados en la Decisión que imponga una conclusión en sentido contrario.

En cuanto a la segunda afirmación, si los procesos económicos en el extranjero no constituyen actividades de exportación para los efectos del párrafo 4 del artículo XVI, no cabe juzgar que el eximir de imposición fiscal a esos ingresos sea una supeditación a las exportaciones, como sostienen las Comunidades Europeas. Esto es así, tanto si se eximen todos los ingresos de fuente extranjera como si se eximen solamente los ingresos de fuente extranjera relativos a transacciones de exportación.⁴⁴⁵

4.925 La primera afirmación es un liso y llano *non sequitur*. Simplemente, del hecho de que los países no tienen la obligación de gravar los ingresos derivados de los procesos económicos en el extranjero no se sigue que tienen libertad para eximir de impuestos a una parte de ellos en las condiciones que deseen.

4.926 La segunda afirmación es un caso ingenioso de argumento falso. Se puede considerar que los "procesos económicos en el extranjero" (en el sentido correcto del Entendimiento de 1981) no son actividades de exportación a los fines del párrafo 4 del artículo XVI, pero de ello no se sigue que la exención de impuestos a los ingresos obtenidos en "procesos económicos en el extranjero" no pueda ser considerada como supeditada a las exportaciones. La proposición A está supeditada a B, lo que significa que A depende de B o está condicionada por ésta. Para nuestros fines, A es una subvención y B significa resultados de exportación. En este caso, la subvención es la exención impositiva para determinados ingresos que, según los Estados Unidos, derivan de procesos económicos en el extranjero. La condición para obtener la subvención es la exportación de "bienes de exportación" estadounidenses, según se definen en el párrafo a) del artículo 927 del IRC. Incluso si ocurriera que las subvenciones concedidas a las EVE en el caso presente (A) derivan de una exención fiscal otorgada a procesos económicos en el extranjero que no son en sí mismos "actividades de

⁴⁴⁴ Véase el párrafo 44 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴⁴⁵ Véanse los párrafos 46 a 48 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

exportación", no es por ello menos claro que esta ventaja está supeditada a algo que es obviamente una actividad de exportación: la exportación de "bienes de exportación" estadounidenses, según se definen en el párrafo a) del artículo 927 del IRC. La exportación de "bienes de exportación" es, a juicio de las Comunidades Europeas, un "resultado de exportación" (B en la definición de supeditación que se acaba de dar).

4.927 Desde luego, este razonamiento que las Comunidades Europeas acaban de presentar está destinado a demostrar el falso razonamiento de los Estados Unidos y acepta con este fin las proposiciones de los Estados Unidos. Incluso sobre la base de estas proposiciones, sigue habiendo supeditación a las exportaciones. Debe quedar claro que las Comunidades Europeas siguen manteniendo su posición, de que muchas de las actividades económicas que se atribuyen a las EVE no son en absoluto "procesos económicos en el extranjero".

4.928 La única otra ocasión en que los Estados Unidos hacen referencia a la supeditación a las exportaciones es cuando dicen que:

"En resumen, la nota de pie de página 59 de pie de página contradice la alegación de las Comunidades Europeas de que, a tenor del párrafo e), toda exención, remisión o aplazamiento de impuestos, incluso cuando esté supeditada a los resultados de exportación, constituye un sacrificio de ingresos fiscales que "en otro caso se percibirían", en el sentido del párrafo 1) a) 1) ii) del artículo 1."

4.929 Los Estados Unidos expresan aquí que la nota de pie de página 59 autoriza las subvenciones otorgadas a las EVE *aunque estén supeditadas a las exportaciones*. Esto no es así, y a ello nos referiremos a continuación.

La nota de pie de página 59 al punto e) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC

Introducción

4.930 Los Estados Unidos se basan en gran medida en la nota de pie de página 59 al punto e) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC, que a su juicio contiene o "entraña" un "principio jurídico rector", en el sentido de que un Miembro tiene el derecho de no gravar los procesos económicos en el extranjero y puede supeditar la no tributación de esos procesos económicos en el extranjero a cualquier condición que desee, con inclusión de los resultados de exportación. Por ello, las Comunidades Europeas dedicarán cierto tiempo a analizar los diversos elementos de la nota de pie de página 59 a fin de despejar toda duda de que ésta apoye la argumentación de los Estados Unidos.

La naturaleza de la Lista ilustrativa

4.931 Para poner las cosas en contexto es necesario en primer lugar recordar la posición de las Comunidades Europeas sobre la naturaleza de la Lista ilustrativa.

4.932 Las Comunidades Europeas siempre han insistido en que la Lista ilustrativa es *ilustrativa*, es decir, que contiene un cierto número de subvenciones que se *consideran incluidas* en la prohibición de las subvenciones a la exportación del párrafo 1 a) del artículo 3. La nota de pie de página 5 excluye de las prohibiciones del Acuerdo SMC toda subvención mencionada en la Lista como medida *que no constituye* una subvención a la exportación. Sin embargo, esta nota no significa que la Lista ilustrativa del Anexo I se pueda aplicar *a contrario sensu*, de modo que una medida no incluida en los términos de uno de los párrafos del Anexo I no sea una subvención a la exportación (o incluso no sea una subvención) y quede al margen de las disciplinas del Acuerdo, incluida la prohibición general del párrafo 1 a) del artículo 3. Para beneficiarse de la nota 5, es necesario que haya en el Anexo I una clara afirmación de que una medida *no constituye* una subvención a la exportación. Existe un claro

ejemplo de tal exención en la segunda frase del párrafo k), en la que se eximen determinadas prácticas de créditos a la exportación que se ajustan al Entendimiento de la OCDE.

4.933 Si fuera de otro modo, la Lista ilustrativa sería una lista exhaustiva, y se podría alegar que toda clase de medidas quedan al margen de la prohibición. Por ejemplo, el párrafo a) prohíbe:

"El otorgamiento por los gobiernos de subvenciones directas a una empresa o rama de producción haciéndolas depender de sus resultados de exportación."

4.934 ¡Un enfoque *a contrario sensu* de la Lista ilustrativa significaría que las subvenciones *indirectas* a una empresa o rama de producción supeditadas a los resultados de exportación quedarían al margen del párrafo a) y, por tanto, de la prohibición del artículo 3!

4.935 Los Estados Unidos hacen lo posible por dar a la nota de pie de página 59 un carácter exhaustivo de las disciplinas aplicables a las EVE, y desearían que esta nota justificara el programa relativo a las EVE porque de ese modo no necesitarían preocuparse por la clara incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 3. Los Estados Unidos alegan lo siguiente:⁴⁴⁶

El término "ilustrativa" significa simplemente que no todos los tipos de contribuciones financieras están incluidas en el Anexo I;

Cuando un determinado párrafo de la Lista ilustrativa se refiere a un tipo particular de contribución financiera, ese párrafo establece el criterio para determinar si la contribución financiera es o no una subvención;

4.936 La interpretación de los Estados Unidos hace que la palabra "ilustrativa" carezca de significado y pierda toda identidad. El párrafo 1 a) del artículo 3 ya contiene una prohibición general, además de las palabras "con inclusión de" antes de la referencia a la Lista. Por consiguiente, no es necesaria la palabra "ilustrativa" para dejar en claro que las medidas de un tipo no descrito en la Lista pueden estar abarcadas por el párrafo 1 a) del artículo 3. La interpretación de los Estados Unidos reduce la palabra "ilustrativa" a la inutilidad y sería contraria al principio de la interpretación efectiva de los tratados.⁴⁴⁷

4.937 Los Estados Unidos alegan asimismo:

El enfoque de las Comunidades Europeas sobre la Lista ilustrativa reduciría la previsibilidad. Incluso si se cumplieran las condiciones del párrafo, una medida podría seguir siendo una subvención a la exportación prohibida;⁴⁴⁸

4.938 Por supuesto, el enfoque de los Estados Unidos aumenta la previsibilidad. Cuanto más reducida es una prohibición, más previsible resulta. Cuanto más exhaustiva sea una lista, mayor será su previsibilidad. Aparte de la nota de pie de página 5 (sobre la que volveremos enseguida), las Comunidades Europeas consideran que no existe ninguna indicación de que la referencia a la Lista ilustrativa esté destinada en general a aumentar la previsibilidad con respecto a lo que no queda incluido en el párrafo 1 del artículo 3, sino sólo a dejar en claro que las medidas enumeradas sí quedan incluidas. Por el contrario, los términos generales de la prohibición del párrafo 1 del artículo 3 y las palabras "con inclusión de" indican el propósito de establecer un principio general, y no normas detalladas.

⁴⁴⁶ Párrafos 76 y 77 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴⁴⁷ Véase, por ejemplo, Japón - Bebidas alcohólicas, página 14.

⁴⁴⁸ Véase el párrafo 78 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

4.939 Posteriormente, los Estados Unidos aluden a los supuestos antecedentes de redacción y alegan que:

"es sumamente improbable que los redactores del Acuerdo SMC se tomaran todo el trabajo de insertar cuidadosamente en la Lista ilustrativa normas específicas y detalladas en cuanto a tipos particulares de contribuciones financieras [...] con la intención de que se hiciese caso omiso de esas normas a favor de otros criterios más generales que figuran en otras partes del Acuerdo SMC";⁴⁴⁹

4.940 Las Comunidades Europeas discrepan de las opiniones de los Estados Unidos sobre la intención de los redactores del Acuerdo SMC. Como los propios Estados Unidos han señalado (en el contexto de un argumento diferente), la Lista ilustrativa que figura en el Anexo I fue tomada, con muy pocas modificaciones, de acuerdos anteriores, figuró originalmente en el informe del Grupo de Trabajo de 1960 y fue aprobada en una Declaración. El Grupo de Trabajo formuló la siguiente declaración:

"Convino el Grupo de Trabajo en que no deberá considerarse que esta lista es completa ni que limita de ningún modo la generalidad de las disposiciones del apartado 4 del artículo XVI."⁴⁵⁰

4.941 Esto parece suficientemente claro. Al incluir en el Acuerdo SMC de la OMC el texto de esta lista redactado en la Ronda de Tokio sin introducir prácticamente ningún cambio, los Miembros de la OMC seguramente tuvieron la misma intención de no "limitar de ningún modo la generalidad" del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, y esto se reflejó en la redacción que utilizaron.

4.942 Por último, los Estados Unidos alegan que la nota 5 perdería su significado si una medida relacionada con las exportaciones pudiera ser considerada como una subvención a la exportación prohibida a pesar de que la medida *no* constituya una subvención a la exportación con arreglo a uno de los párrafos de la Lista ilustrativa.⁴⁵¹

4.943 La nota 5 no pierde su significado en virtud del enfoque de las Comunidades Europeas. Se aparta del párrafo 1 del artículo 3, pero sólo cuando el Anexo I establece que una medida *no* constituye una subvención a la exportación. Las Comunidades Europeas han proporcionado un ejemplo claro y esto debería bastar. Los grupos especiales no deben interpretar las disposiciones que no es necesario que interpreten.⁴⁵²

4.944 Por último, las Comunidades Europeas deben añadir a este respecto que, por ser una excepción a una prohibición general, la nota de pie de página 5 se debe interpretar restrictivamente, y la carga de probar que una medida se beneficia de esa excepción incumbiría en este caso a los Estados Unidos.

⁴⁴⁹ Véase el párrafo 79 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴⁵⁰ IBDD 9S/201, inmediatamente después de la lista.

⁴⁵¹ Véase el párrafo 80 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴⁵² Véase el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* (WT/DS33/AB/R, de 25 de abril de 1997) "[...] no consideramos que el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del ESD consista en alentar a los grupos especiales o al Órgano de Apelación a "legislar" mediante la aclaración de las disposiciones vigentes del *Acuerdo sobre la OMC*, fuera del contexto de la solución de una determinada diferencia".

El párrafo e)

4.945 La posición de las Comunidades Europeas es que las subvenciones otorgadas a las EVE son contrarias al párrafo 1 a) del artículo 3, sin ninguna necesidad de hacer referencia a la Lista ilustrativa. Sin embargo, las Comunidades Europeas no temen en absoluto a la Lista ilustrativa ni a su nota de pie de página 59, ya que éstas simplemente confirman la conclusión.

4.946 Quizás sea útil examinar nuevamente el párrafo e). Después de oír toda la argumentación de los Estados Unidos se corre el riesgo de olvidar con qué claridad esta disposición prohíbe las subvenciones concedidas a las EVE. Incluye dentro de la prohibición:

"La exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales."

4.947 Vale la pena demorarse un instante en el párrafo e) porque una nota de pie de página sólo tiene la finalidad de *explicar* una disposición y no de *contradecirla*, como los Estados Unidos tratan de hacer. Las Comunidades Europeas examinaron cada uno de los elementos del párrafo e) en su primera comunicación escrita⁴⁵³ y, al no existir ninguna respuesta de los Estados Unidos, presume que se ha aceptado que esos elementos se aplican a primera vista al programa relativo a las EVE.

Las frases primera y última de la nota de pie de página 59 al párrafo e)

4.948 Para la argumentación de los Estados Unidos, es importante establecer que la nota de pie de página 59 no explica el párrafo e), sino que reduce explícitamente⁴⁵⁴ su alcance. Por esta razón, los Estados Unidos mencionan las frases última y primera (en ese orden) de la nota de pie de página 59. La última frase establece lo siguiente:

"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."

4.949 Esta última frase de la nota de pie de página 59 puede orientar la interpretación del párrafo e) de un modo más estricto que cualquiera otra interpretación que podría prevalecer en su ausencia.

4.950 Los Estados Unidos mencionan también la primera frase de la nota de pie de página 59, que establece lo siguiente:

"Los Miembros reconocen que el aplazamiento no constituye necesariamente una subvención a la exportación en los casos en que, por ejemplo, se perciben los intereses correspondientes."

4.951 También en este caso se podría aducir que se reduce el alcance del párrafo e). (No que se lo contradice, sino que se lo reduce.)

4.952 Sin embargo, los Estados Unidos no se basan en ninguna de estas dos frases para defender el programa relativo a las EVE, y no podrían hacerlo por diversas razones. Por ejemplo, ese sistema no está destinado a evitar la doble imposición, y en él no existe ningún aplazamiento de impuestos ni percepción de intereses.

⁴⁵³ Párrafos 157 a 162 de la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

⁴⁵⁴ Párrafo 66 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

4.953 El hecho de que las frases primera y última de la nota de pie de página 59 puedan reducir el alcance del párrafo e) (cuestión que el Grupo Especial *no* necesita decidir) no demuestra que las otras frases también lo hacen. Las Comunidades Europeas demostrarán a continuación que las frases en las que se basan los Estados Unidos no reducen el alcance del párrafo e).

La segunda frase de la nota de pie de página 59 al párrafo e)

4.954 Los Estados Unidos se basan en las frases segunda y tercera de la nota de pie de página 59 (y en la cuarta frase en lo que respecta a su objeción preliminar).

4.955 La segunda frase establece lo siguiente:

"Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia."

4.956 A juicio de las Comunidades Europeas, la segunda frase de la nota de pie de página 59 simplemente confirma la posición de las Comunidades Europeas basada en las demás disposiciones del Acuerdo SMC, en el sentido de que la exención, supeditada a las exportaciones, que el programa relativo a las EVE contiene con respecto a sus normas sobre fijación de precios en condiciones de plena competencia puede y debe ser considerada como una subvención a la exportación.

4.957 Los Estados Unidos alegan que esta frase refuerza el "carácter de matización que tiene la nota de pie de página 59". Las Comunidades Europeas consideran que la explicación que los Estados Unidos ofrecen de su significado no refleja ninguna "restricción" del alcance del párrafo e), sino todo lo contrario.

4.958 Los Estados Unidos consideran que los términos utilizados en la segunda frase:

"protegen contra la posibilidad de que los Miembros de la OMC otorguen un beneficio fiscal que no sería admisible con respecto a los ingresos de fuente interna al autorizar a sus empresas exportadoras a desplazar ingresos hacia empresas vinculadas en el extranjero, privilegiadas desde el punto de vista fiscal. Ello podría ocurrir si las autoridades fiscales permitiesen a las "empresas exportadoras" sometidas a tributación más elevada subvalorar los precios en relación con los "compradores extranjeros" sometidos a tributación más baja. Desplazar artificialmente los ingresos sólo dará por resultado una economía de impuestos si la empresa vinculada en el extranjero fuese sometida a un tipo impositivo más bajo o a ninguno."⁴⁵⁵

4.959 Por una vez, las Comunidades Europeas no están en desacuerdo. En realidad, esto describe exactamente el funcionamiento de las normas de fijación administrativa de precios del programa relativo a las EVE.

4.960 Los Estados Unidos tratan de alcanzar su "principio jurídico rector" deseado con el siguiente razonamiento:

"De hecho, esta frase es pertinente y tiene sentido sólo si se permite a los Miembros de la OMC gravar los *ingresos de fuente extranjera* en menor medida que los ingresos de fuente interna, o eximir por completo de impuestos los ingresos de fuente

⁴⁵⁵ Párrafo 67 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

extranjera. Si los Miembros de la OMC no gozan de libertad para hacer eso, no habría habido ninguna necesidad de que los redactores incluyesen esa disposición en el Acuerdo SMC. En esas condiciones, el párrafo e) prohibiría todo beneficio fiscal que se otorgase con respecto a los *ingresos de entidades extranjeras* participantes en *transacciones de exportación*.⁴⁵⁶

4.961 Se trata de otro ejemplo de falso razonamiento.

4.962 Este razonamiento confunde conceptos muy diferentes. Los *ingresos de fuente extranjera* y los *ingresos de transacciones de exportación* son conceptos diferentes y no se pueden utilizar indistintamente, como hacen los Estados Unidos aquí y en muchas otras partes de su comunicación. Puede suceder que los ingresos de transacciones de exportación sean en muchos casos ingresos de fuente extranjera. Sin embargo, en otros casos se tratará de ingresos de fuentes nacionales. También puede suceder que los ingresos de fuente extranjera de una entidad procedan de actividades de exportación. No obstante, existen muchas otras fuentes de ingresos de fuente extranjera (por ejemplo, la actividad manufacturera en el extranjero). Simplemente, estos dos conceptos no tienen el mismo contenido.

4.963 El hecho de que los ingresos de fuente extranjera puedan ser tratados de modo diferente que los ingresos de fuente nacional no lleva a la conclusión de que los ingresos de actividades de exportación se puedan declarar en todos los casos como ingresos de fuente extranjera y exentos de tributación. Esto es efectivamente lo que los Estados Unidos hacen al asimilar los ingresos de transacciones de exportación a los ingresos de fuente extranjera. Si esto fuera así, se abriría ampliamente la posibilidad de que se concedieran subvenciones a la exportación basadas en la tributación, como las Comunidades Europeas demostraron con su pregunta 8, examinada hace un momento.

4.964 La verdadera explicación de la segunda frase de la nota de pie de página 59 es que existe una multiplicidad de jurisdicciones fiscales en todo el mundo, y algunos tipos impositivos son inferiores a otros. En realidad, esta es la principal razón por la que existen las normas de fijación de precios de transferencia, y los Estados Unidos, en particular, poseen un conjunto bien desarrollado de tales normas. Es también por ello que se consideró necesario introducir esta frase. No se trata de una declaración en el sentido de que los Miembros tienen libertad para no gravar los ingresos de fuente extranjera. Resulta obvio que los Miembros de la OMC pueden hacer esto, así como tienen libertad para no gravar ningún ingreso en absoluto, siempre que no concedan exenciones que den lugar a subvenciones a la exportación.

4.965 La verdad es que la segunda frase de la nota de pie de página 59 *amplía* la prohibición del párrafo e) al dejar en claro que la autorización de normas de fijación de precios en condiciones de plena competencia puede ser considerada como una subvención a la exportación.

4.966 Los Estados Unidos reconocen francamente que las normas especiales de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE no distribuirán correctamente los beneficios entre las personas participantes (esto es, la EVE y su proveedor vinculado), pero alega que éste no es su propósito y que no se refieren al tipo de normas establecidas en el artículo 482 del IRC ni en las Directrices de la OCDE, sino a la distribución de ingresos entre funciones económicas. Según los Estados Unidos, la EVE y su proveedor vinculado no se deben considerar realmente como

⁴⁵⁶ Párrafo 68 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

separados⁴⁵⁷, y la asignación a la EVE de todos los ingresos imputables a las funciones de distribución es sólo un dispositivo conveniente para aprovechar un supuesto derecho dimanante de la OMC.

4.967 No obstante, se desprende claramente del texto de la segunda frase de la nota de pie de página 59 que ésta se refiere a la necesidad de que los precios de las mercancías en transacciones de exportación entre empresas de exportación y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control sean *los precios que serían cargados entre personas independientes que actuasen en condiciones de plena competencia*. En ninguna parte se hace referencia a la distribución de ingresos entre "*procesos económicos*". Se hace referencia a la distribución de ingresos entre personas.

4.968 Por lo tanto, la razón de que en la nota de pie de página 59 se adopte la norma relativa a las "condiciones de plena competencia" es aproximar en la medida de lo posible las condiciones que hubieran prevalecido en el caso de no existir la relación privilegiada entre comprador y vendedor. Ahora bien, como se ha examinado anteriormente, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial no considere a la EVE y a su proveedor vinculado como entidades separadas. De hecho, lo único que hace la legislación relativa a las EVE es crear una distribución ficticia de ingresos (sobre la base de fórmulas determinadas previamente) con independencia de los procesos realmente llevados a cabo por una EVE. Por consiguiente, es incompatible con la segunda frase de la nota de pie de página 59 y, por ende, se trata de una subvención a la exportación prohibida en virtud del párrafo e) y del párrafo 1 a) del artículo 3.

La tercera frase de la nota de pie de página 59 y los argumentos sobre la norma de minimis

4.969 Pasamos ahora a la tercera frase de la nota de pie de página 59. Los Estados Unidos no expresan que esta frase reduzca el alcance del párrafo e), pero tratan de convertirla en un obstáculo en forma de carga de la prueba para las Comunidades Europeas, exigiendo que éstas prueben que las subvenciones concedidas a las EVE dan lugar a una economía de impuestos "importante".

4.970 Las Comunidades Europeas ya han expuesto extensamente su opinión sobre la tercera frase de la nota de pie de página 59 en su segunda comunicación escrita, y lo harán brevemente a continuación. La tercera frase se refiere únicamente al derecho de señalar a la atención tales prácticas, y la palabra "importante" está simplemente destinada a evitar que los Miembros invoquen casos particulares de menor importancia.

4.971 La prohibición de las subvenciones a la exportación es absoluta. No existe ninguna norma *de minimis*.

4.972 En todo caso, las subvenciones otorgadas a las EVE son importantes, ya que alcanzan una cuantía de 2.000 millones de dólares EE.UU. cada año, y los efectos pertinentes del sistema de las EVE para las empresas es que economizan entre el 15 y el 30 por ciento del impuesto correspondiente a las transacciones de exportación.⁴⁵⁸

Conclusión

4.973 Las Comunidades Europeas han demostrado anteriormente que los Estados Unidos están completamente errados cuando alegan que la nota de pie de página 59 reduce los términos del párrafo e) de un modo que resulte pertinente a los efectos del programa relativo a las EVE. Por el contrario, simplemente se confirma que las Comunidades Europeas tienen razón cuando caracterizan

⁴⁵⁷ Párrafo 109 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁴⁵⁸ Véanse los párrafos 36 y 138 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

las normas especiales de fijación administrativa de precios para las EVE como una subvención a la exportación prohibida.

4.974 Las Comunidades Europeas desean añadir que, cuando la tercera frase de la nota de pie de página 59 hace referencia a las prácticas administrativas o de otra clase no se refiere a la legislación sino a las subvenciones *de facto*, especialmente por medio de prácticas administrativas. No establece una excepción para medidas legislativas que no se ajusten a las disciplinas. El añadido de la palabra "administrativas" para describir las normas especiales de fijación de precios es un dispositivo superficial que trata de aprovechar el Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio.

Los **Estados Unidos** responden asimismo en su declaración oral en la segunda reunión del Grupo Especial del modo siguiente:

4.975 En particular, deseamos aprovechar esta oportunidad para resumir para el Grupo Especial las numerosas deficiencias de la argumentación de las Comunidades Europeas, que hacen imposible una decisión favorable a las Comunidades Europeas. La deficiente argumentación de las Comunidades Europeas abarca tanto cuestiones de procedimiento como de fondo. Lo que quizá es más inquietante es el intento de las Comunidades Europeas de utilizar una teoría excesivamente simplista del asunto. En efecto, las Comunidades Europeas no han hecho más que señalar lo que todos pueden ver fácilmente, es decir, que el programa relativo a las EVE es una exención fiscal relacionada con las exportaciones. Según las Comunidades Europeas, todas estas medidas son necesariamente subvenciones a la exportación prohibidas, con independencia de cualquier excepción o limitación contenida en el Acuerdo SMC o en el Acuerdo sobre la Agricultura. Al solicitar al Grupo Especial que declare que una medida es una subvención simplemente porque se trata de una medida específica, las Comunidades Europeas están solicitando al Grupo Especial que no tenga en cuenta el texto ni la estructura de estos Acuerdos. Además, las Comunidades Europeas solicitan al Grupo Especial que haga caso omiso de los peculiares antecedentes que dieron lugar a la creación de las EVE.

4.976 Sin perjuicio de las numerosas afirmaciones formuladas y de las cuestiones planteadas hasta ahora en esta diferencia, este Grupo Especial tiene ante sí tres cuestiones principales:

- 1) la cuestión preliminar de si es oportuno que en este caso se adopte una decisión sobre el fondo, o si, en cambio, se lo debe desestimar o aplazar;
- 2) si el Acuerdo SMC y el Acuerdo sobre la Agricultura incorporan el principio fundamental de que los países tienen libertad para no gravar los ingresos devengados por procesos económicos situados fuera de sus territorios sin quebrantar las disciplinas de la OMC en materia de subvenciones o son de otro modo compatibles con este principio; y
- 3) en caso afirmativo, si la OMC prohíbe la utilización de normas de conveniencia administrativa para asignar los ingresos imputables a los procesos económicos en el extranjero, y si las Comunidades Europeas han cumplido la carga de probar que las normas de fijación administrativa de precios relativas a las EVE contravienen el principio de las condiciones de plena competencia que figura en la nota de pie de página 59 y dan por resultado una "importante" economía de impuestos sobre los ingresos procedentes de actividades llevadas a cabo en el territorio de los Estados Unidos.

¿Desestimación o aplazamiento?

4.977 En lo tocante a la primera cuestión, el único argumento que los Estados Unidos formularán aquí es que el caso presente entraña complejas disposiciones fiscales que, a su vez, se vinculan a consideraciones estructurales que sirven de base al sistema fiscal estadounidense. Toda decisión que se adopte en este caso probablemente tendrá repercusiones de amplio alcance no sólo en el sistema fiscal de los Estados Unidos, sino también en los sistemas fiscales de la mayor parte, sino de todos, los Miembros de la OMC. Estas características del caso presente hacen que el cumplimiento de los requisitos de procedimiento y de prueba sea aún más importante de lo que, por lo demás, podría ser un caso corriente de la OMC.

4.978 La importancia de definir y articular claramente las cuestiones, y de presentar pruebas bien documentadas y pertinentes, se ve subrayada además por la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC. Esa disposición peculiar advierte concretamente a los Miembros que las diferencias relativas a cuestiones fiscales técnicas sobre fijación de precios de transferencia se deben abordar en primer lugar por vía bilateral o en un foro multilateral especializado en el tratamiento de tales cuestiones. No sólo se debe aplicar en este caso dicho requisito, sino que su existencia subraya asimismo la importancia de que las cuestiones fácticas y jurídicas se articulen cuidadosamente y se desarrollen con propiedad, y también de que sean respaldadas por pruebas pertinentes y convincentes.

4.979 Sin embargo, las Comunidades Europeas prefirieron eludir este camino. En cambio han tratado de incorporar las normas de uno de los foros que se ocupan de cuestiones fiscales -la OCDE- a este procedimiento. Paradójicamente, la carta citada por las Comunidades Europeas con la aparente intención de demostrar por qué conviene tener en cuenta en este caso las Directrices de la OCDE (una carta de 1979 remitida por la Asesoría General del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales) en realidad contradice esta afirmación. Véase la Prueba 28 de las CE. Esta carta, que fue enviada mientras estaban en curso las negociaciones de la Ronda de Tokio, precisa las dificultades relacionadas con la elaboración de normas destinadas a abordar las prácticas entre partes no independientes que podrían equivaler a subvenciones a la exportación. En esa carta se observa la necesidad de contar con normas detalladas en esta esfera y se sugiere la modificación de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación para incluir una nota interpretativa en la que se indicaría que las Directrices de la OCDE se podrían utilizar para interpretar el párrafo e). Desde luego, tal nota jamás se incorporó a la Lista ilustrativa. A diferencia del artículo 3 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio o incluso el párrafo k) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, el párrafo e) y la nota de pie de página 59 *no* incorporan normas internacionales externas mediante referencia, sino que exigen que los Miembros recurran a mecanismos internacionales para tratar las cuestiones relacionadas con la fijación de precios de transferencia, antes de recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC.

4.980 Pese a ello, las Comunidades Europeas han tratado de basarse en las Directrices de la OCDE porque ha sido totalmente incapaz de definir el principio de las condiciones de plena competencia a los fines del Acuerdo SMC sin recurrir a normas extrínsecas. Lamentablemente, en lugar de seguir el eficiente procedimiento establecido por los redactores del Acuerdo SMC, y de plantear sus reclamaciones en un foro dedicado a la solución de estas cuestiones, las Comunidades Europeas han tratado de utilizar un atajo que en nada favorece a la OMC y que en escasa medida aporta al Grupo Especial una base sólida para resolver la presente diferencia.

4.981 Por estas razones, y por las expuestas en las anteriores comunicaciones de los Estados Unidos, la primera cuestión que este Grupo Especial debe resolver es si este caso reúne las condiciones que permitan la adopción de una decisión fundamentada sobre el fondo del asunto o si, como preconizan los Estados Unidos, se debe seguir la orientación explícita contenida en la nota de pie de página 59 precisamente para este tipo de casos.

La cuestión de la exención fiscal

4.982 Si el Grupo Especial decidiera no desestimar o aplazar este caso en su totalidad, la primera cuestión, y la más importante, que debe abordar es la relativa a la exención fiscal. Más concretamente, la cuestión de dilucidar si las normas de la OMC en materia de subvenciones dan libertad a los Miembros para gravar o no gravar los ingresos generados por actividades económicas, con inclusión de las transacciones relativas a bienes exportados, que tienen lugar fuera de sus territorios. (Para facilitar la referencia, a lo largo de la presente declaración denominamos a esos ingresos "ingresos de fuente extranjera".) Si el Grupo Especial aborda de algún modo el fondo de este asunto, debe resolver esta cuestión fundamental.

4.983 Por consiguiente, los Estados Unidos estiman que la primera prioridad entre las cuestiones sustantivas que tiene ante sí este Grupo Especial es dilucidar si sigue teniendo validez el principio en que desde 1981 se han basado los Estados Unidos y otros Miembros de la OMC. La solución de esta cuestión afecta necesariamente al análisis y la solución de las demás cuestiones planteadas en esta diferencia.

El artículo 1 del Acuerdo SMC incorpora el principio de que no es necesario que se graven los ingresos de fuente extranjera

4.984 Por supuesto, las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial debe comenzar su análisis por las disposiciones generales del artículo 1. A juicio de los Estados Unidos, cuando se comienza por el artículo 1 el resultado es el mismo que cuando se comienza por el punto e) de la Lista ilustrativa y la nota de pie de página 59, o sea que la exención fiscal de los ingresos de fuente extranjera no es en sí misma una subvención ni una subvención a la exportación. Como los Estados Unidos demostraron en su segunda comunicación, cuando el párrafo 1) a) 1) ii) del artículo 1 se interpreta a la luz de la Decisión del Consejo de 1981 y la nota de pie de página 59, resulta claro que tal exención no constituye una condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían".

4.985 En lo que respecta a la condición jurídica de la Decisión del Consejo, las Comunidades Europeas han preferido enturbiar las aguas en esta cuestión, por lo que nos permitiremos formular nuevamente ante el Grupo Especial la postura de los Estados Unidos. La postura principal de los Estados Unidos consiste en que la Decisión del Consejo de 1981 es una "decisión" en el sentido del párrafo 1 b) iv) del texto introductorio del GATT de 1994. Como tal, la Decisión del Consejo, que interpreta el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1994, forma parte del GATT de 1994. A su vez, el párrafo 4 del artículo XVI del GATT constituye una parte del contexto del artículo 1 del Acuerdo SMC, como se desprende del texto del propio Acuerdo SMC y de la jurisprudencia del Órgano de Apelación.

4.986 Las Comunidades Europeas cuestionan que la Decisión del Consejo de 1981 sea una decisión en el sentido del párrafo 1 b) iv) y remite al Grupo Especial a los párrafos 45 a 52 de la declaración oral de las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial. No obstante, en cuanto se refiere al párrafo 1 b) iv), esa parte de la declaración oral simplemente reitera la ya bien conocida declaración del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, en el sentido de que los informes de grupos especiales adoptados no constituyen *en sí mismos* "decisiones" a los fines del párrafo 1 b) iv).

4.987 Los Estados Unidos han respondido a este argumento, pero insisten en repetir que no afirman que son los informes de los Grupos de Trabajo en los asuntos relativos a la *Legislación fiscal* lo que constituyen "decisiones" con arreglo al párrafo 1 b) iv). Si fuera así, el programa relativo a las EVE concedería subvenciones a la exportación porque dichos informes llegaron a la conclusión de que la exención fiscal de ingresos de fuente extranjera constituía una subvención a la exportación, y eso es lo que hace el régimen de las EVE. En cambio, es la *Decisión del Consejo*, que revocó el informe del

Grupo de Trabajo y adoptó un principio diferente del utilizado por ese Grupo, la que queda abarcada por el párrafo 1 b) iv) y, por ende, se ha convertido en parte del GATT de 1994.

4.988 Las Comunidades Europeas alegan asimismo que, incluso si la Decisión del Consejo quedara abarcada por el párrafo 1 b) iv), no guardaría relación con el caso presente. Según las Comunidades Europeas: "Una decisión adoptada en relación con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 no puede, por tanto, ayudar a interpretar el Acuerdo SMC". En este punto, las Comunidades Europeas están simplemente equivocadas. El texto del Acuerdo SMC y la jurisprudencia del Órgano de Apelación respaldan la proposición de que el artículo XVI del GATT constituye una parte del contexto del Acuerdo SMC y, como tal, debe ser tenido en cuenta para interpretar el Acuerdo SMC. Además, como lo reconoció el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Indonesia - Automóviles*, los principios establecidos del derecho internacional público exigen que un grupo especial, en la medida de lo posible, interprete el GATT de 1994 y otro Acuerdo Multilateral de un modo tal que evite, en lugar de crear, un conflicto entre ambos. En este caso, las Comunidades Europeas solicitan al Grupo Especial que cree un conflicto entre el artículo XVI del GATT y el Acuerdo SMC, haciendo caso omiso de la Decisión del Consejo, y pese al hecho de que es posible, y en verdad deseable, establecer una interpretación armoniosa de ambos acuerdos.

4.989 Pasando de la condición jurídica de la Decisión del Consejo a su contenido, las Comunidades Europeas siguen sosteniendo que lo que el Consejo quería decir es que sólo los países exportadores *con sistemas fiscales territoriales* pueden no gravar los ingresos de fuente extranjera sin quebrantar las normas del GATT sobre subvenciones. Por supuesto, la Decisión del Consejo no contiene tal limitación, y las Comunidades Europeas aún no han explicado exactamente de qué modo el texto de la Decisión del Consejo apoya su interpretación.

4.990 Las Comunidades Europeas tratan de enturbiar las aguas aún más sugiriendo que los argumentos de los Estados Unidos son de algún modo incompatibles con la postura de los Estados Unidos de que ni la OMC ni el Acuerdo SMC exigen a los Miembros que adopten un determinado sistema fiscal. Por el contrario, la postura de los Estados Unidos en este caso es completamente coherente. Reiteramos que la opinión de los Estados Unidos es que ni la OMC, ni anteriormente el GATT, exigen el mantenimiento de un sistema fiscal determinado. A la luz de esto, es imposible llegar a la conclusión de que el Consejo del GATT en 1981 o los negociadores de la Ronda Uruguay en el decenio de 1990 contemplaron la posibilidad de normas con arreglo a las cuales sólo algunos países, con un determinado tipo de sistema fiscal, podrían eximir de impuestos a los ingresos de fuente extranjera y, de este modo, favorecer a las exportaciones con respecto a las ventas internas.

4.991 Las Comunidades Europeas también han tratado de reducir el significado de la Decisión del Consejo, afirmando que el concepto de "procesos económicos en el extranjero" es demasiado vago para constituir un criterio eficaz. Como demostraron los Estados Unidos en su segunda comunicación, este concepto no es difícil de comprender: el carácter "extranjero" de un proceso económico está determinado principalmente por el lugar en que el proceso se lleva a cabo. Además, como fueron Estados miembros de las Comunidades Europeas, respaldados por la propia Comunidad Europea, los que propusieron el concepto en 1981, este argumento de las Comunidades Europeas carece de toda credibilidad.

4.992 Las Comunidades Europeas alegan también que la interpretación que hacen los Estados Unidos del párrafo 1) a) 1) ii) del artículo 1 es incompatible con la interpretación adoptada por los Estados Unidos con respecto a su propia legislación en materia de derechos compensatorios. Las Comunidades Europeas citan una única determinación en materia de derechos compensatorios, de 1991, pero no adjuntan la determinación como prueba ni explica lo que presuntamente dice esa determinación.

4.993 Ahora bien, la reglamentación del Departamento de Comercio de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios demuestra que no existe ninguna falta de coherencia en la postura de los Estados Unidos. En la Prueba 25 de los EE.UU. figuran las páginas pertinentes del aviso de determinación definitiva del Departamento de Comercio, en el que se incluye la reglamentación sustantiva del Departamento en materia de derechos compensatorios. La reglamentación del Departamento de Comercio sobre medidas fiscales directas figura en el artículo 351.509 (página 65.411) y esta reglamentación se explica en el preámbulo del reglamento. En el preámbulo (página 65.376) el Departamento de Comercio establece que no considerará que una medida fiscal extranjera que cumpla los requisitos de la Decisión del Consejo sea una subvención a la exportación.

4.994 Otro nuevo argumento de las Comunidades Europeas se refiere a la lista de gastos impositivos publicada por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. Al señalar que la lista de gastos impositivos es una fuente autorizada para determinar que los ingresos exentos de las EVE son "ingresos condonados", las Comunidades Europeas reflejan su ignorancia del propósito de esa lista, así como su incapacidad para elaborar un criterio aplicable con carácter general a los fines del Acuerdo SMC.

4.995 Con arreglo a la legislación y la práctica de los Estados Unidos, la expresión "gastos impositivos" tiene una definición de algún modo arbitraria. En la Ley del Presupuesto del Congreso de 1974 (Public Law 93-344), los gastos impositivos se definen como "las pérdidas de ingresos imputables a disposiciones de la legislación fiscal federal que autorizan una exclusión, exención o deducción especial con respecto a los ingresos brutos o que conceden un crédito especial, un tipo impositivo preferencial o un aplazamiento de obligaciones". La Ley también exige que se incluya en el presupuesto del Gobierno de los Estados Unidos una lista de gastos impositivos.

4.996 Sin embargo, la Ley no determina la legislación fiscal de referencia con la que se puedan comparar las disposiciones especiales o los tipos impositivos preferenciales. Por lo tanto, la determinación de los gastos impositivos reales es una cuestión de apreciación, y no existe ninguna referencia teóricamente correcta para medir esos gastos. Por ejemplo, el Comité Conjunto sobre Tributación del Congreso y el Poder Ejecutivo utilizan puntos de referencia diferentes y, por lo tanto, en algunos casos no están de acuerdo sobre si una determinada disposición de la legislación fiscal constituye o no un gasto impositivo. El Comité Conjunto utiliza como referencia una estructura fiscal "normal". La estructura fiscal normal es un impuesto global sobre la renta en la que los ingresos se definen como la suma del consumo, los impuestos y las variaciones en el patrimonio neto en un período determinado. Desde 1983, el Poder Ejecutivo ha utilizado como punto de comparación la "legislación de referencia". Esta legislación de referencia es un conjunto de normas legales relativas al impuesto sobre la renta, aplicables con carácter general para calcular los ingresos imponibles.

4.997 Ahora bien, existen varias diferencias entre ambos puntos de referencia. Por ejemplo, con arreglo a la referencia de impuestos normales del Congreso se generan gastos impositivos porque no todos los ingresos de las sociedades se gravan con el tipo máximo del impuesto sobre la renta de las sociedades, porque los beneficios de capital se pueden gravar con un tipo inferior al aplicado a los ingresos ordinarios, porque los bienes de capital puestos en servicio antes del 1º de enero de 1997 pueden beneficiarse de normas de amortización aceleradas y porque el impuesto estadounidense sobre los ingresos de sociedades controladas se puede aplazar generalmente hasta que los ingresos se hayan repatriado a los Estados Unidos. Sin embargo, ninguna de estas disposiciones es un gasto impositivo con arreglo a la legislación de referencia del Poder Ejecutivo. Por consiguiente, no existe una lista nacional uniforme de gastos impositivos.

4.998 Además, ni el concepto del Congreso ni el del Tesoro están destinados a especificar medidas que representen una "condonación de ingresos" en el sentido del Acuerdo SMC. La lista del Tesoro incluye algunos rubros de carácter general, como deducciones impositivas para donaciones benéficas

y créditos para atención infantil. La amplitud de la lista de gastos fiscales demuestra que no puede ser considerada como una lista de subvenciones comerciales.

4.999 En verdad, si los Estados Unidos establecieran un sistema completo de exenciones que abarcara todos los ingresos de fuente extranjera, el costo de esas exenciones figuraría probablemente en la lista de gastos impositivos del Congreso y/o del Tesoro. Sin embargo, sobre la base de los argumentos presentados por las Comunidades Europeas en este caso, dicho rubro probablemente no provocaría una reclamación de las Comunidades Europeas por constituir una "condonación de ingresos".

4.1000 Además, las exenciones y créditos relativos a ingresos de fuente extranjera aparecen en las listas de gastos impositivos de algunos Estados miembros de las Comunidades Europeas. Por ejemplo, en el documento de la OCDE titulado "Gastos impositivos: Experiencias recientes" (OCDE 1996), del que las Comunidades Europeas sólo han presentado unas pocas páginas como prueba, Bélgica reconoce que la exención de ingresos de fuente extranjera podría constituir un gasto impositivo. Véase la Prueba 26, página 34.

4.1001 Un examen del documento de la OCDE en su totalidad fortalece el argumento de que las listas de gastos impositivos no constituyen una base fiable para determinar los "ingresos condonados" con arreglo al Acuerdo SMC. Un aspecto fundamental que se señala también en el informe de la OCDE es que "las prácticas de los países en la presentación de las cuentas de gastos impositivos presentan variaciones considerables". Prueba 26 de los EE.UU., página 9. Otro aspecto fundamental que figura en el informe es que, incluso teniendo en cuenta las diversas definiciones de los países sobre lo que constituye un "gasto impositivo", "es difícil clasificar las disposiciones legales fiscales como parte de la norma o como una excepción". Prueba 26 de los EE.UU., página 10.

4.1002 Ahora bien, lo que resulta más decisivo es el hecho de que el Acuerdo SMC, cuando se lo interpreta a la luz de la Decisión del Consejo, dispone que los países pueden gravar los ingresos de fuente extranjera, pero no están obligados a hacerlo. Teniendo en cuenta esto, el hecho de que un país decida identificar las consecuencias del ejercicio de esta elección, autorizada en el marco de la OMC, bajo la forma de un "gasto impositivo" no transforma esta elección en una subvención prohibida.

4.1003 En síntesis, las Comunidades Europeas sencillamente se equivocan cuando sostiene que la Decisión del Consejo de 1981 no resulta pertinente en este caso, y que el artículo 1 del Acuerdo SMC no incorpora el principio de que los Miembros gozan de libertad para no gravar los ingresos de fuente extranjera sin quebrantar las normas de la OMC en materia de subvenciones. Simplemente no es correcto el sostener ahora que la premisa central de la Decisión del Consejo fue dejada sin efecto por el Acuerdo SMC sin que exista ninguna declaración en el texto que indique que los redactores tuvieran este propósito.

El párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC también incorpora el principio de que no es necesario gravar los ingresos de fuente extranjera

4.1004 Hasta ahora nos hemos referido al artículo 1 del Acuerdo SMC y al hecho de que la exención fiscal otorgada a las EVE no constituye una condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían". Sin embargo, los Estados Unidos siguen creyendo que el modo apropiado de enfocar esta cuestión es comenzar por las disposiciones del Acuerdo SMC que se refieren más concretamente a una medida relativa al impuesto sobre la renta semejante al régimen de las EVE, o sea, el párrafo 1 a) del artículo 3, el punto e) de la Lista ilustrativa y la nota de pie de página 59. Como explicaron los Estados Unidos en sus comunicaciones anteriores, el párrafo e) interpreta las disposiciones generales del artículo 1 y del párrafo 1 a) del artículo 3, y la nota de pie de página 59 precisa en mayor medida el alcance del párrafo e).

4.1005 El texto relativo a la fijación de precios en condiciones de plena competencia que figura en la nota de pie de página 59 quedaría en gran medida privado de sentido si el Grupo Especial llegara a la conclusión de que el Acuerdo SMC exige que los ingresos de fuente extranjera sean gravados en la misma medida que los ingresos de fuente nacional. Con arreglo a tal interpretación, la fijación de precios en condiciones ajenas a la libre competencia entre partes vinculadas no daría lugar a ninguna economía de impuestos porque todos los ingresos resultarían gravados, con independencia de que se asignara una mayor o menor cantidad a la entidad extranjera. Por lo tanto, el texto de la nota de pie de página 59 relativo a las condiciones de libre competencia sólo es pertinente si los Miembros de la OMC pueden tratar la parte extranjera de los ingresos derivados de transacciones de exportación de modo diferente o más favorable que el trato dado a los ingresos de fuente nacional de las mismas transacciones. Esto resulta confirmado cuando se tiene en cuenta la Decisión del Consejo de 1981, ya que esta Decisión también forma parte del contexto del párrafo 1 a) del artículo 3, el párrafo e) y la nota de pie de página 59.

4.1006 Los argumentos que figuran en la segunda comunicación de las Comunidades Europeas en lo que respecta a la nota de pie de página 59 carecen de base. En primer lugar, las Comunidades Europeas sostienen, en el párrafo 127, que una nota de pie de página puede "explicar" una disposición pero no puede "contradecirla". Las Comunidades Europeas no ofrecen ningún fundamento de esta proposición, y los Estados Unidos ni siquiera están seguros de lo que quieren decir las Comunidades Europeas. En opinión de los Estados Unidos, con independencia del verbo que se utilice, la nota de pie de página 59 afecta al significado del párrafo e). A este respecto, los Estados Unidos observan también que existen en el Acuerdo SMC otros casos en que las notas de pie de página precisan el significado del texto. Un ejemplo obvio es el de la nota 5, que, como se examinó en anteriores comunicaciones de los Estados Unidos, dispone que una medida no puede constituir una subvención prohibida con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 3 si esa medida está mencionada en la Lista ilustrativa como medida que no constituye una subvención a la exportación. Resulta claro que la nota 5 modifica el alcance del párrafo 1 b) del artículo 3.

4.1007 Otro ejemplo es el de la nota 15, que parece disponer que la presunción sólo de derecho de perjuicio grave en el caso de las subvenciones *ad valorem* cuyo total sea superior al 5 por ciento no se aplicará en el caso de las aeronaves civiles, pese al texto del párrafo 1 a) del artículo 6. ¿Sostienen seriamente las Comunidades Europeas que el párrafo 1 a) del artículo 6 se aplica a las aeronaves civiles porque la nota 15 no puede, según las palabras de las Comunidades Europeas, "contradecir" al párrafo 1 a) del artículo 6? Si así fuera, las autoridades de mi país estarían *sumamente* interesadas en conocer este cambio en la interpretación comunitaria del Acuerdo SMC, así como el hecho de que las Comunidades Europeas consideran ahora que la presunción sólo de derecho del párrafo 1 a) del artículo 6 se aplica a las subvenciones correspondientes al Airbus.

4.1008 Las Comunidades Europeas citan también la carta del Sr. Rivers en relación con la nota de pie de página 59. Los Estados Unidos agradecen a las Comunidades Europeas el hecho de haber presentado esta prueba porque ella sirve para aclarar varias cosas. En primer lugar, al explicar la necesidad del principio de "condiciones de libre competencia" en el párrafo e), el Sr. Rivers afirma que "las empresas pueden utilizar prácticas de fijación de precios que den lugar a la imputación de importes excesivos de ingresos a entidades imponibles en 'paraísos' fiscales que aplican bajos impuestos o no los aplican en absoluto. Esto protege de la tributación a los ingresos de actividades relacionadas con la exportación de modo tan eficaz como un sistema de exenciones". Al hacer esta afirmación, el Sr. Rivers reconocía que los ingresos desplazados de este modo "fuera del territorio" podían ser eximidos de impuestos apropiadamente sin quebrantar las normas del GATT sobre subvenciones a la exportación, y que el único método de tratar esta cuestión -excepto declarar que los ingresos de fuente extranjera se debían gravar- era establecer un principio de condiciones de libre competencia que regulara el modo en que los ingresos debían tratarse como ingresos de fuente extranjera.

4.1009 Otro aspecto interesante de la carta es que, como se hizo notar anteriormente, el Sr. Rivers propuso una nota interpretativa que hubiera servido como base para interpretar el punto e) de la Lista ilustrativa a la luz de cualquier directriz sobre fijación de precios de transferencia emanada de la OCDE, al menos en el caso de los miembros de la OCDE. Dicha nota interpretativa no fue adoptada, lo que indica que los redactores rechazaron el concepto de que las normas de la OCDE regirían, a los fines del principio de las condiciones de plena competencia, en lo que es actualmente la nota de pie de página 59.

4.1010 Las Comunidades Europeas también tratan de minimizar el significado de la nota de pie de página 59, mencionando la supresión en la misma de dos referencias de transición a la legislación DISC que figuraban en una disposición anterior, la nota 2 del Código sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio. Aunque las Comunidades Europeas han reconocido anteriormente que el párrafo e) no fue objeto de negociaciones durante la Ronda Uruguay, alega no obstante, en el párrafo 51 de su segunda comunicación, que la supresión de estas disposiciones de transición "indican la intención de no mantener ninguna exención o tolerancia respecto de las DISC/EVE". Esta afirmación constituye un caso de *non sequitur*. Las disposiciones de transición mencionadas fueron suprimidas porque la diferencia relativa a las DISC se había resuelto, y las propias DISC habían sido eliminadas. En particular, el párrafo suprimido en la nota 2, relativo a las "medidas incompatibles con las disposiciones del párrafo e)" no podían haberse referido a las "DISC/EVE", como alega las Comunidades Europeas, porque las EVE ni siquiera existían cuando el párrafo se redactó y entró en vigor.

4.1011 Por último, las Comunidades Europeas siguen manteniendo que la Lista ilustrativa no establece criterios para determinar lo que es o no es una subvención a la exportación. En opinión de los Estados Unidos, la Lista ilustrativa, conjuntamente con la nota 5 y con la expresión "con inclusión de" del párrafo 1 a) del artículo 3, demuestra la intención de los redactores de brindar orientación sobre la manera en que los Miembros podrían estructurar los programas de asistencia de modo aceptable, sin quebrantar las normas de la OMC en materia de subvenciones. Para no repetir sus argumentos, los Estados Unidos simplemente remiten al Grupo Especial a los párrafos 74 a 80 de su segunda comunicación.

Resumen

4.1012 En síntesis, los Estados Unidos consideran que, sea que se comience por las disposiciones específicas del párrafo 1 a) del artículo 3, el párrafo e) y la nota de pie de página 59, o bien por las disposiciones generales del artículo 1, la conclusión es la misma, es decir, que los Miembros pueden eximir de impuestos a los ingresos de fuente extranjera sin quebrantar las prohibiciones de otorgar subvenciones que figuran en el Acuerdo SMC. Por lo tanto, la exención fiscal concedida a las EVE no es en sí misma una subvención ni una subvención a la exportación. Una vez que el Grupo Especial llegue a esta conclusión, debe resolver las cuestiones que se refieren en su totalidad a la aplicación, esto es, si el sistema de las EVE exime correctamente de impuestos a los ingresos de fuente extranjera.

Procesos económicos "en el extranjero"

4.1013 La primera cuestión de aplicación que el Grupo Especial debe abordar consiste en dilucidar si las actividades económicas que el programa relativo a las EVE exime de impuestos son extranjeras, o sea no nacionales. En su segunda comunicación, las Comunidades Europeas han formulado tres argumentos.

4.1014 En primer lugar, las Comunidades Europeas alegan que las EVE establecidas en determinados territorios estadounidenses no son "extranjeras" aunque esos territorios no formen parte del territorio metropolitano de los Estados Unidos, estén situados fuera del territorio aduanero estadounidense y no

les sea aplicable el sistema fiscal de los Estados Unidos. Según las Comunidades Europeas, "el término 'extranjero' debe tener un significado objetivo".⁴⁵⁹ Los Estados Unidos ya han respondido a este argumento, y observan ahora únicamente que el término "territorio" se utiliza ampliamente en todo el GATT con el significado de "territorio aduanero", y que "territorio aduanero" era precisamente el concepto preconizado por los demandados europeos en los asuntos relativos a la *Legislación fiscal* cuando propusieron lo que se convirtió en la Decisión del Consejo de 1981. Los Estados Unidos no pueden entender, y las Comunidades Europeas no lo han explicado, de qué modo este concepto ha perdido su "objetividad" desde la época en que sus Estados miembros lo propusieron por primera vez.

4.1015 Si se dictara una resolución contra los Estados Unidos en lo que atañe a esta cuestión, ello invalidaría el sistema de las EVE sólo en la medida en que las EVE estuvieran situadas en territorios estadounidenses. Sin embargo, como numerosas EVE no están situadas en territorios estadounidenses, esto no eximiría al Grupo Especial de su deber de examinar las otras cuestiones planteadas por las partes.

4.1016 El segundo argumento de las Comunidades Europeas es que, como una EVE puede subcontratar actividades a su proveedor nacional vinculado, esto significa que esas actividades se realizan en los Estados Unidos. Al parecer, existe en este punto un acuerdo entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, en el sentido de que la "extranjería" de una actividad está determinada por el lugar en que esa actividad se realiza. Sin embargo, las Comunidades Europeas sostienen, sin ningún respaldo probatorio, que el hecho de que las actividades se puedan subcontratar significa que éstas se realizan en los Estados Unidos. Este es otro caso de *non sequitur* de las Comunidades Europeas. El mero hecho de que una EVE pueda subcontratar una actividad a su empresa matriz -o, en su caso, a un agente independiente- no significa que la actividad se realice en los Estados Unidos.

4.1017 A este respecto, en la pregunta 29 de los Estados Unidos se pidió a las Comunidades Europeas que señalaran con precisión las partes de la primera comunicación de las Comunidades Europeas y de cualquier comunicación presentada por las Comunidades Europeas durante la primera reunión del Grupo Especial que contuviera pruebas en apoyo de la afirmación de las Comunidades Europeas, de que los procesos económicos atribuidos a una EVE se realizan en los Estados Unidos. Los Estados Unidos invitan al Grupo Especial a que examine detenidamente la respuesta de las Comunidades Europeas a esta pregunta. En opinión de los Estados Unidos, esta respuesta equivale a un reconocimiento, por parte de las Comunidades Europeas, de que no han presentado al Grupo Especial *ninguna* prueba que apoye su afirmación de que el programa relativo a las EVE efectivamente exime de impuestos a los ingresos derivados de procesos económicos realizados en los Estados Unidos. Volveremos sobre esta cuestión cuando examinemos las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE.

4.1018 El tercer argumento formulado por las Comunidades Europeas por primera vez en su segunda comunicación es que las normas relativas a las EVE supuestamente se apartan de las reglas normales de los Estados Unidos para determinar los "ingresos de fuente extranjera". En particular, las Comunidades Europeas hacen referencia al párrafo a) del artículo 921 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, en el que se designa a todos los ingresos de comercio exterior exentos de las EVE como ingresos de fuente extranjera sin vinculación efectiva.

4.1019 El argumento de las Comunidades Europeas carece de validez. Los Estados Unidos disponen efectivamente de normas para determinar los ingresos de fuente extranjera en contextos apropiados. Ahora bien, uno de esos contextos -la aplicación de la deducción por impuestos pagados en el extranjero- carece de pertinencia porque los ingresos de comercio exterior exentos de las EVE no gozan de exoneración por doble tributación con arreglo a las disposiciones sobre deducciones por

⁴⁵⁹ Segunda comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 94.

impuestos pagados en el extranjero. Una EVE puede gozar de exoneración por doble tributación sólo mediante la propia exención parcial, que es equivalente a la exoneración por doble tributación existente un sistema tributario territorial.

4.1020 Además, el tratamiento legal que reciben los ingresos exentos de las EVE considerados como "ingresos de fuente extranjera no vinculados efectivamente" es compatible con el tratamiento dado a otras ventas en el extranjero en virtud de las normas estadounidenses relativas a las fuentes de los ingresos. Por ejemplo, los ingresos de una empresa extranjera procedentes de una transacción consistente en una venta a un cliente extranjero y atribuida a una oficina estadounidense serán tratados como ingresos de fuente extranjera si una oficina extranjera ha participado materialmente en la venta.

4.1021 Con arreglo a los principios aplicables a las ventas en el extranjero realizadas por no residentes, podría alegarse que, si no existiera el párrafo a) del artículo 921, todos los ingresos de transacciones de exportación de las EVE (al menos en el caso de una EVE dedicada a operaciones de compraventa) cumplirían los requisitos para ser tratados como ingresos de fuente extranjera sin vinculación efectiva. El Congreso tenía la intención de que los ingresos exentos en virtud del sistema aplicable a las EVE guardaran correlación con el nivel previsto de actividad extranjera. Por consiguiente, el Congreso limitó la exención, tratando como exento sólo un 15/23 (el 65 por ciento) de los ingresos, lo que se hizo estableciendo que sólo los ingresos de comercio exterior exentos son ingresos de fuente extranjera e ingresos no vinculados efectivamente en virtud del párrafo d) del artículo 921 del Código de Rentas Internas. La mayor parte de los demás ingresos de las EVE son tratados como ingresos de fuente estadounidense no exentos, vinculados efectivamente con una empresa estadounidense en virtud del párrafo d) del artículo 921.

Las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE

4.1022 Después de establecer que los procesos económicos que el régimen de las EVE trata de eximir se realizan en el extranjero, las siguientes cuestiones relativas a la aplicación consisten en dilucidar si las normas de fijación administrativa de precios aplicadas a las EVE distribuyen correctamente los ingresos entre los procesos económicos realizados en el país y en el extranjero, de conformidad con el criterio establecido en la nota de pie de página 59.

Importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación

4.1023 El Grupo Especial podría simplificar considerablemente su tarea si abordara en primer lugar una cuestión que aparece al final en el texto pertinente de la nota de pie de página 59, esto es, la cuestión de dilucidar si las normas de fijación administrativa de precios aplicadas a las EVE dan por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. Incluso si se aceptara, a los fines de la argumentación, que las Comunidades Europeas tienen razón en todas sus otras afirmaciones relativas a las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE, con arreglo al texto liso y llano de la nota de pie de página 59 esas normas no crearían una subvención a la exportación, a menos que asignasen erróneamente los ingresos de fuente nacional de modo tal que dieran por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación.

4.1024 Los Estados Unidos han explicado previamente que el total de la economía de impuestos generada por el régimen de las EVE es un 0,93 por ciento *ad valorem*. Como una parte de esta economía de impuestos refleja la exención otorgada a ingresos de fuente extranjera -ingresos que se pueden eximir correctamente con arreglo al Acuerdo SMC- la economía de impuestos imputable a la exención de ingresos de fuente nacional, si existiera, debe consistir en una cifra algo inferior. Las Comunidades Europeas no parecen cuestionar el hecho de que la economía de impuestos imputable a la exención otorgada a los ingresos de fuente nacional es inferior al 0,93 por ciento y no ha proporcionado al Grupo Especial ninguna prueba que demuestre cuál es la cifra pertinente, pese al hecho de que incumbe a la parte reclamante, o sea a las Comunidades Europeas, la carga de la prueba.

4.1025 Por lo tanto, el único dato relativo a esta cuestión que tiene ante sí el Grupo Especial es la cifra del 0,93 por ciento y la Prueba 21 de los EE.UU.. En opinión de los Estados Unidos, la cifra del 0,93 por ciento representa una economía de impuestos que no es "importante" en el sentido de la nota de pie de página 59 porque es inferior al uno por ciento establecido en la norma *de minimis* utilizada en el Acuerdo SMC a los fines de los derechos compensatorios. Los Estados Unidos no alegan a este respecto, como sostienen las Comunidades Europeas, que exista una norma general *de minimis* aplicable a todas las posibles subvenciones a la exportación. En cambio, los Estados Unidos alegan: 1) que en el caso de las medidas relativas al impuesto sobre la renta, el texto de la nota de pie de página 59 establece el criterio de una "importante economía de impuestos" en lo que se refiere a la fijación de precios de transferencia; y 2) que una economía de impuestos que es *de minimis* a los fines de los derechos compensatorios no puede ser considerada como "importante". También en este caso es necesario tener presente que la economía de impuestos, si existiera, imputable a las normas de fijación administrativa de precios aplicadas a las EVE es inferior al 0,93 por ciento.

4.1026 En lo tocante a la Prueba 21 de los EE.UU., la información que contiene no permite realizar un cálculo estimado de ninguna economía de impuestos incorrecta, imputable a las normas de fijación administrativa de precios aplicadas a las EVE. Sin embargo, la Prueba 21 de los EE.UU. sí muestra que, en lo que respecta a las empresas encuestadas, existía globalmente una mayor actividad económica en el extranjero que la requerida para justificar el 15 por ciento aproximado de exención fiscal establecida para las EVE. Esto sugiere que, incluso si ciertos ingresos de fuente nacional se incluyeran en los ingresos de las EVE exentos en virtud de las normas de fijación administrativa de precios aplicadas a las EVE, la cuantía total de toda economía de impuestos es probablemente minúscula, y ningún esfuerzo de imaginación puede convertirla en "importante".

Prácticas administrativas y de otra clase

4.1027 Si el Grupo Especial decide tratar las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE en un orden diferente, la primera cuestión que tiene que resolver es si el Acuerdo SMC impide absolutamente que un Miembro utilice normas administrativas de conveniencia, como las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE.

4.1028 En opinión de los Estados Unidos, la nota de pie de página 59 expresamente contempla la posibilidad de que los Miembros utilicen "prácticas administrativas o de otra clase". Incluso si esas prácticas contradicen el principio de las condiciones de plena competencia, son aceptables si no dan por resultado "una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". Por lo tanto, la nota de pie de página 59 prevé la posibilidad de que los Miembros puedan utilizar prácticas de asignación de ingresos que en términos globales se aproximen a los resultados de transacciones realizadas en condiciones de plena competencia.

Resultados en condiciones de libre competencia

4.1029 Dando por sentado que las normas administrativas de conveniencia, tales como las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE, están autorizadas por el Acuerdo SMC, el Grupo Especial debe determinar si las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE dan lugar a resultados que, en términos globales, son compatibles con el principio de las condiciones de libre competencia previsto en la nota de pie de página 59. Esta cuestión nos conduce nuevamente al primer defecto de la argumentación de las Comunidades Europeas. Al plantear sus reclamaciones relativas a las condiciones de libre competencia en lo tocante a las normas de fijación administrativa de precios para las EVE, ante este Grupo Especial y no ante un órgano internacional que disponga de normas sobre fijación de precios más plenamente elaboradas, las Comunidades Europeas se han visto obligadas a recurrir a textos extrínsecos para cumplir su obligación en materia de carga de la prueba. Concretamente, las Comunidades Europeas han alegado que las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE violan el principio de las condiciones de plena

competencia establecido en la nota de pie de página 59 porque presuntamente serían incompatibles con las directrices de la OCDE y el artículo 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos. Sin embargo, nada en el Acuerdo SMC sugiere que esas normas sean aplicables ni tampoco pertinentes.

4.1030 Las Comunidades Europeas no han proporcionado una interpretación adecuada de las "condiciones de libre competencia" en el sentido en que esta expresión se utiliza en la nota de pie de página 59. En realidad, las Comunidades Europeas no han podido expresar el significado de este principio contenido en la nota de pie de página 59, cuál es la escala de valores que a su juicio contiene dicho principio y cuál es la escala de valores que ese principio no incluiría. Resulta elemental que las Comunidades Europeas están obligadas en primer lugar a determinar los límites del principio de las condiciones de libre competencia antes de que pueda decirse que ha cumplido su obligación de probar que las normas de fijación administrativa de precios aplicadas a las EVE de algún modo producen resultados ajenos a las condiciones de libre competencia.

4.1031 Aparte de hacer referencia a las Directrices de la OCDE y al artículo 482, las Comunidades Europeas sólo alegan que las normas aplicadas a las EVE violan el principio de las condiciones de libre competencia porque dan por resultado que se asignen más ingresos a las EVE que los que sus propias actividades directas justificarían. Según las Comunidades Europeas, a menos que las propias EVE realicen funciones económicas proporcionadas a su parte de ingresos procedentes de transacciones de exportación abarcadas, las normas de fijación administrativa de precios necesariamente vulneran el principio de las condiciones de libre competencia.

4.1032 La comparación "entidad por entidad" que proponen las Comunidades Europeas quizá tiene sentido en otros contextos, pero no en lo que respecta a las EVE. Las EVE han sido concebidas específicamente para ajustarse a la Decisión del Consejo de 1981. La finalidad del programa relativo a las EVE es crear un mecanismo que permita separar el aspecto extranjero de las transacciones de exportación -principalmente las funciones de venta y distribución- del aspecto nacional, que consiste principalmente en la fabricación.

4.1033 Las normas de fijación administrativa de precios autorizan una exención limitada en cuanto a los ingresos que se asignan a las actividades en el extranjero. Como las EVE están obligadas a hacerse cargo de las funciones de distribución y a pagar por ellas, carece de importancia que esas funciones sean realizadas por las EVE, sus proveedores vinculados o un tercero. Si una EVE utiliza normas de fijación administrativa de precios, siempre será la parte que contrata la realización de los servicios en cuestión. Con arreglo a este sistema, se atribuyen correctamente a la EVE actividades que se realizan fuera de los Estados Unidos, y la exención fiscal concedida con arreglo a las normas corresponde a los ingresos derivados de esas actividades.

4.1034 Las normas aplicadas a las EVE son compatibles con la nota de pie de página 59. Estas normas permiten que los contribuyentes y las autoridades fiscales utilicen opciones distintas a las del artículo 482, más flexibles y menos gravosas, pero que de todos modos guardan relación con los ingresos que se pueden imputar correctamente a las funciones de distribución y venta de las transacciones de exportación que cumplen los requisitos. Mientras las normas aplicadas a las EVE eximan en términos globales la proporción de ingresos de transacciones de exportación imputable a procesos económicos en el extranjero -y no permitan una economía de impuestos "importante" sobre los ingresos de fuente nacional- no puede decirse que creen una subvención a la exportación prohibida.

4.1035 Las Comunidades Europeas, por su parte, no han proporcionado al Grupo Especial ninguna prueba que demuestre que las normas de fijación administrativa de precios permiten una economía de impuestos -y mucho menos una economía de impuestos "importante"- sobre los ingresos de fuente nacional obtenidos en transacciones de exportación. En cambio, las Comunidades Europeas han

alegado que las EVE no conceden correctamente una exención fiscal a los ingresos de fuente extranjera porque: a) las EVE pueden subcontratar sus funciones de venta y distribución atribuyéndolas a sus proveedores vinculados estadounidenses, y b) las EVE se pueden constituir en las Islas Vírgenes. Por las razones que hemos explicado anteriormente, ninguno de estos argumentos tiene fundamento.

4.1036 Mientras que las Comunidades Europeas no han presentado pruebas que demuestren que el régimen de las EVE da por resultado ninguna economía de impuestos sobre los ingresos de fuente nacional, los Estados Unidos han presentado datos al Grupo Especial, en sus Pruebas 20 y 21, que demuestran que las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE llegan a un resultado global compatible con el principio de las condiciones de libre competencia y el principio de que los países no están obligados a gravar los ingresos fuera de sus límites territoriales. Concretamente, los estudios económicos examinados en la Prueba 20 muestran que las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE reflejan una distribución apropiada de ingresos entre las EVE, que llevan a cabo o pagan todas las actividades de venta y distribución, y la empresa matriz, que tiene a su cargo las actividades de producción. La encuesta examinada en la Prueba 21 indica que una muestra representativa de las empresas estadounidenses exportadoras más importantes que utilizan EVE están exentas sobre un porcentaje de ingresos que tiene una correlación global con el nivel de actividades económicas involucradas en sus transacciones con EVE que se realizan fuera del territorio de los Estados Unidos.

4.1037 Como los antecedentes legislativos indican claramente, las EVE fueron concebidas específicamente por el Congreso para ajustarse a los principios de la Decisión del Consejo de 1981. Como ni las EVE en general, ni las normas de fijación administrativa de precios, estaban destinadas a favorecer a industrias o productos determinados, las normas de fijación de precios no se podían ajustar específicamente para reflejar la manera en que determinados productos se podían vender o determinadas industrias podían funcionar. Por otra parte, toda norma aplicada a todas las EVE que tomara como modelo las operaciones de una industria o un producto determinados hubieran sido inflexibles y no equitativas en un grado inaceptable.

4.1038 En consecuencia, el Congreso previó la posibilidad, en los párrafos d) y e) del artículo 924 del Código de Rentas Internas, de que cada EVE pudiera adaptar los criterios relativos a los procesos económicos en el extranjero a las condiciones particulares de su industria o su mercado. Los requisitos de los párrafos d) y e) del artículo 924 aseguran que las EVE deben realizar al menos algunas funciones clave de venta y distribución fuera de los Estados Unidos. Los resultados de la encuesta que figuran en la Prueba 21 muestran que el nivel de actividad económica en el extranjero correspondiente a las transacciones con EVE de los principales exportadores guarda una correlación favorable con el nivel de exención correspondiente a los ingresos de las EVE. De este modo, las normas aplicables a las EVE parecen haber tenido éxito en llevar a la práctica la intención del Congreso de aplicar los criterios expuestos en la Decisión del Consejo de 1981.

4.1039 En síntesis, las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE constituyen "prácticas administrativas o de otra clase" que no contravienen el principio de las condiciones de libre competencia ni dan por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación.

Sistemas fiscales europeos

4.1040 Los Estados Unidos sienten la obligación de formular observaciones sobre el examen que se realiza en la segunda comunicación de las Comunidades Europeas sobre el sistema fiscal de sus Estados miembros. Como el Grupo Especial sabe, los Estados Unidos sostienen que los resultados de la exención fiscal correspondiente a las EVE no es sustancialmente diferente del trato concedido a las exportaciones en virtud de los sistemas fiscales de varios Estados miembros de las CE. Reconociendo

al parecer la fuerza de este argumento, las Comunidades Europeas dedicaron en su segunda comunicación, especialmente en su Anexo 2, un tiempo considerable a tratar de negar el sesgo favorable a las exportaciones de los sistemas fiscales de sus propios Estados miembros.

4.1041 Los Estados Unidos reiteran su postura de que los sistemas de exención territorial favorecen a las ventas de exportación porque permiten que las actividades de venta se trasladen fuera del país de origen y, por tanto, se beneficien de tipos impositivos inferiores en otras jurisdicciones. Para demostrar esta cuestión, consideremos la siguiente hipótesis. La empresa C es gravada por su país de origen, el país C, con el tipo impositivo máximo sobre las comisiones relativas a las ventas internas de productos fabricados y vendidos en el país de origen. Ahora bien, la empresa C no es gravada en absoluto por el país Z -o es gravada con un tipo impositivo inferior- sobre sus comisiones relativas a las ventas de los mismos tipos de productos a clientes extranjeros por conducto de una sucursal de la empresa C que realiza sus actividades en el país Z (la "sucursal extranjera C"). Supongamos que tanto en las transacciones nacionales como en las transacciones de exportación se adjudica la misma comisión de 100 para las funciones de distribución.

4.1042 Consideremos ahora qué sucedería con arreglo a varios sistemas fiscales europeos. Si el país C fuera los Países Bajos, el impuesto sobre la comisión en lo que respecta a las ventas internas realizadas por conducto de una sucursal nacional sería 35; la comisión sería gravada con la totalidad del tipo impositivo de los Países Bajos, o sea el 35 por ciento. Ahora bien, supongamos que el país Z sea las Antillas Holandesas, y que las actividades de distribución se llevan a cabo por conducto de la sucursal extranjera C. Como las Antillas Holandesas aplican a las comisiones un impuesto sobre la renta del 3 por ciento, los Países Bajos no gravarían las comisiones por aplicación de su criterio formalista de "operación ya sujeta a impuesto". El resultado neto es que el impuesto aplicado a la comisión correspondiente a la transacción de exportación es sólo de 3. Si se compara con el impuesto de 35 aplicado a la transacción nacional, el resultado es un aumento de los ingresos netos de la empresa C de 32 en la transacción de exportación.

4.1043 Pasando a Francia, el ejemplo resulta ligeramente más complicado. En el caso de una transacción nacional, la comisión de 100 sería gravada con el tipo impositivo máximo francés del 40 por ciento, lo que daría lugar a un impuesto de 40. En el caso de las actividades de distribución realizadas por conducto de la sucursal extranjera C, el resultado dependerá de si el país Z es o no un país con el que Francia tenga un convenio fiscal. Suponiendo que el país Z no haya concertado un convenio fiscal con Francia, la comisión de 100 recibida por la sucursal extranjera C no será gravada por Francia si el país Z aplica un tipo impositivo tal que la comisión recibida en dicho país resulta sujeta a un impuesto equivalente a dos tercios del impuesto francés sobre las sociedades, es decir, el 26,66 por ciento. Suponiendo que el país Z sea Panamá, que aplica un impuesto del 30 por ciento, la comisión de 100 correspondiente a las actividades de distribución no será gravada por Francia.

4.1044 Suponiendo que el país Z sea un país que ha concertado un convenio fiscal con Francia, no se aplicará en Francia un impuesto sobre la renta a la comisión de 100 recibida por la sucursal extranjera C. Supongamos también que el país Z sea Irlanda, que aplica un tipo impositivo del 10 por ciento.

4.1045 En virtud del sistema fiscal francés, el aumento neto de los ingresos de la empresa C, que utiliza la sucursal extranjera C, es el que se expresa a continuación. En el caso de las ventas de exportación realizadas por conducto del país Z/Panamá, el aumento es de 10 (la diferencia entre el impuesto panameño de 30 sobre la transacción de exportación y el impuesto francés de 40 sobre la transacción nacional). En las ventas de exportación realizadas por conducto del país Z/Irlanda, la economía de impuestos será de 30 (la diferencia entre el impuesto irlandés de 10 sobre la transacción de exportación y el impuesto francés de 40 sobre la transacción nacional).

4.1046 En el caso de Bélgica, el análisis dependerá también de si la transacción de exportación se realiza por conducto de un país que tenga o no un convenio fiscal concertado con Bélgica. Como

Bélgica aplica un tipo impositivo del 40,17 por ciento, el impuesto sobre la comisión de 100 en una transacción nacional sería de 40,17. Suponiendo que el país Z no tenga un convenio fiscal concertado con Bélgica, la comisión de 100 obtenida por la sucursal extranjera C es gravada por Bélgica con el 25 por ciento del tipo normal (es decir, el 10,04 por ciento), siempre que dicha comisión esté "sujeta a impuesto" en el país Z. Suponiendo que el país Z sea Barbados, que aplica un tipo impositivo del 2,5 por ciento a las empresas externas que tengan una licencia de compañía comercial internacional, el impuesto combinado Bélgica/Barbados sobre la comisión de la sucursal extranjera C de 100 será el 12,54 por ciento.

4.1047 En el caso de un país que tenga concertado un convenio fiscal con Bélgica, este último país no aplicará ningún impuesto sobre la renta. Suponiendo que el país Z sea Irlanda, el impuesto aplicado a la comisión de la sucursal extranjera C será de 10.

4.1048 Por lo tanto, en virtud del sistema fiscal belga, el aumento neto de los ingresos de la empresa C por la utilización de la sucursal extranjera C sería el que se expresa a continuación. En el caso de las ventas de exportación realizadas por conducto del país Z/Barbados, el aumento sería de 27,63 (la diferencia entre el impuesto aplicado por Bélgica/Barbados de 12,54 sobre la transacción de exportación y el impuesto aplicado por Bélgica de 40,17 sobre la transacción nacional). En el caso de las ventas de exportación realizadas por el país Z/Irlanda, la economía de impuestos será de 30,17 (la diferencia entre el impuesto irlandés de 10 sobre la transacción de exportación y el impuesto belga de 40,17 sobre la transacción nacional).

4.1049 Por último, consideremos el caso de Alemania. Como en Alemania existe un tipo impositivo del 40 por ciento, se aplicaría un impuesto de 40 a la comisión de 100 obtenida en la transacción nacional. Ahora bien, Alemania no aplica ningún impuesto sobre la renta a las actividades de distribución realizadas por conducto de una sucursal extranjera en un país con el que ha concertado un convenio fiscal. Por lo tanto, suponiendo que el país Z sea Irlanda, el impuesto sobre la comisión de 100 obtenida por la sucursal extranjera C sería de 10. En el caso de las ventas de exportación realizadas por conducto del país Z/Irlanda, la economía de impuestos será de 30 (la diferencia entre el impuesto irlandés de 10 sobre la transacción de exportación y el impuesto alemán de 40 sobre la transacción nacional).

4.1050 Por consiguiente, a pesar de que las Comunidades Europeas han afirmado categóricamente lo contrario, los sistemas fiscales territoriales o de tipo territorial de sus Estados miembros permiten economías de impuestos en las actividades de distribución realizadas por conducto de una sucursal extranjera, economía que no es posible en el sistema fiscal de ámbito mundial de los Estados Unidos.

4.1051 En términos más generales, las Comunidades Europeas observan que los sistemas fiscales de los Estados Unidos y de los Estados miembros de las Comunidades Europeas comparten objetivos comunes, esto es, aumentar los ingresos fiscales, evitar la doble tributación y prevenir la elusión de impuestos. Si bien los Estados Unidos están de acuerdo en que virtualmente todos los sistemas fiscales nacionales están concebidos para alcanzar estos y otros objetivos de una forma u otra, este hecho no guarda relación con la cuestión fundamental planteada en este caso, es decir, que los sistemas fiscales de numerosos Estados miembros de las CE eximen de impuestos a los ingresos de fuente extranjera correspondientes a transacciones de exportación, o les aplican un tipo impositivo inferior, y que las EVE simplemente tratan de aplicar el mismo trato.

4.1052 Las Comunidades Europeas rechazan la sugerencia de los Estados Unidos, de que algunos de sus Estados miembros eximen de impuestos a los ingresos procedentes de paraísos fiscales, tales como Barbados y las Islas Vírgenes Británicas. Por supuesto, toda persona que tenga algún conocimiento de los sistemas fiscales europeos sabe que esta declaración no es exacta. En varios Estados miembros de las Comunidades Europeas es posible obtener una exención fiscal en algunos paraísos fiscales, con inclusión de Barbados. Por ejemplo, Alemania incluye concretamente a

Barbados en la lista de países en desarrollo en los que determinados ingresos por concepto de dividendos tienen derecho a una exención del impuesto alemán. Prueba 27 de los EE.UU. También con respecto a Barbados, los beneficios de sucursales extranjeras de empresas de los Países Bajos y de Bélgica podrían tener derecho a una exención (en el caso de los Países Bajos) y a un tipo impositivo considerablemente reducido (en el caso de Bélgica). Los ejemplos mencionados sólo ofrecen una visión aproximada de las posibilidades que conocen las autoridades y los planificadores fiscales de todo el mundo para reducir los impuestos europeos sobre las sociedades mediante transacciones en paraísos fiscales.

4.1053 Las Comunidades Europeas se niegan incluso a admitir un hecho probado: que existen países que no gravan los ingresos de fuente extranjera de las empresas. Entre los países de las Comunidades Europeas que eximen parcialmente los ingresos de fuente extranjera figuran Bélgica, Francia, los Países Bajos y Alemania (mediante tratados). Un número aún mayor de países de las Comunidades Europeas disponen de exenciones de participación con arreglo a las cuales los ingresos de filiales extranjeras se pueden repatriar libres de impuestos a las empresas matrices nacionales. Contrariamente a lo que afirma las Comunidades Europeas en su Anexo 2, los Estados Unidos consideran que, a pesar de las normas destinadas a evitar abusos, los Estados miembros de las Comunidades Europeas que disponen de exenciones de participación generalmente permiten la repatriación libre de impuestos de los ingresos por concepto de ventas de las filiales extranjeras (incluso, en algunos casos, cuando los ingresos son gravados en el extranjero con un tipo inferior o no son gravados en absoluto).

4.1054 Las Comunidades Europeas sostienen que una exención fiscal otorgada a los ingresos de fuente extranjera no proporciona necesariamente ninguna ventaja a los exportadores comunitarios. Las Comunidades Europeas dan a entender aquí que conceder una deducción por impuestos pagados en el extranjero equivale a otorgar una exención. Sin embargo, estos dos enfoques no son equivalentes. Una deducción por impuestos pagados en el extranjero reduce el impuesto en el país de origen en la cuantía del impuesto pagado en el extranjero que se puede deducir. En cambio, una exención elimina en el país de origen el impuesto sobre los ingresos exentos, a menudo sin tener en cuenta la cuantía del impuesto aplicado sobre los ingresos en el extranjero. Como el tipo impositivo puede ser diferente en la jurisdicción extranjera, un sistema de exenciones no está simplemente destinado a eliminar la doble imposición, y las disposiciones estadounidenses sobre deducción por impuestos pagados en el extranjero no tienen el efecto de un sistema de exenciones.

4.1055 Por último, las Comunidades Europeas parecen admitir que un sistema de exenciones produce resultados más favorables para los ingresos de fuente extranjera que para los ingresos de fuente nacional, y que esto puede dar lugar a la aplicación de impuestos más elevados sobre los ingresos de fuente nacional. Sin embargo, esto es simplemente una manera indirecta de decir que en un sistema de exenciones las transacciones de exportación son tratadas más favorablemente que las transacciones nacionales, una proposición con la que los Estados Unidos están completamente de acuerdo.

4.1056 En síntesis, la afirmación de las Comunidades Europeas, de que los sistemas fiscales de sus Estados miembros aseguran que los ingresos estén gravados con impuestos de un nivel similar al aplicable en el Estado miembro de que se trate es simplemente incorrecta como proposición general.

Las **Comunidades Europeas** alegan lo siguiente como respuesta a las preguntas del Grupo Especial tras la segunda reunión de éste:

4.1057 Las Comunidades Europeas han entendido siempre la frase "se condonen ingresos que en otro caso se percibirían" en el sentido de que únicamente hay una contribución financiera y por lo tanto una subvención, cuando una exención o exclusión de la tributación no se basa en criterios neutrales y

objetivos, es decir cuando la exención o exclusión es especial o programática.⁴⁶⁰ Como lo han explicado las Comunidades Europeas, esto corresponde a la práctica tanto de la Comunidad como de los Estados Unidos en los casos de derechos compensatorios.^{461 462}

4.1058 La contribución de los Estados Unidos al informe sobre Gastos impositivos de la OCDE proporciona criterios para determinar cuándo se da el caso de que "se condonen ingresos que en otro caso se percibirían" y hay por tanto una contribución financiera resultante en una medida impositiva⁴⁶³, que las Comunidades Europeas están dispuestas a adoptar con el fin de seguir explicando su enfoque al Grupo Especial. El primero es que "a falta de tal disposición especial, las leyes tributarias prevean normas generales que permitan a un contribuyente determinar su impuesto a la renta debido y pagadero". El segundo criterio consistiría en que "es necesario que la disposición especial se aplique a una clase suficientemente limitada de operaciones u operadores para permitir la especificación de un objetivo de programa que pudiese administrarse en la parte de gastos directos del presupuesto con fondos consignados". Finalmente, el informe expresa que una de las categorías calificadas como gastos fiscales "consistiría en desviaciones de las normas generales del sistema impositivo que pudiesen medirse y evaluarse de manera comparable a la medida y la evaluación de los programas de subvenciones y transferencias en la parte de gastos del presupuesto".⁴⁶⁴

4.1059 La exención fiscal de los ingresos derivados de actividades económicas desarrolladas en el extranjero (conocida en derecho tributario como "ingresos de fuente extranjera") no son ingresos condonados que en otro caso percibirían ni, en consecuencia, conforme a este criterio, una contribución financiera. Es una categoría de ingresos definida en términos amplios, neutros y objetivos y aplicable a todo tipo de ingresos de fuente extranjera, y que no desempeña ninguna función programática. Si se considera pertinente en este caso el Entendimiento de 1981, ello constituye una clara confirmación de que la exención o exclusión de la tributación de los ingresos procedentes de actividades económicas desarrolladas en el extranjero no es una medida en virtud de la cual "se condonen ingresos que en otro caso se percibirían".

4.1060 La exención parcial de impuestos de los ingresos resultantes de actividades de exportación sin una exención equivalente para los ingresos similares resultantes de transacciones nacionales o los ingresos resultantes de transacciones extranjeras equivalentes por otro lado cabría en el concepto de

⁴⁶⁰ Véanse los párrafos 72 a 83 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas y 78 a 93 de la declaración oral de las Comunidades Europeas a la segunda reunión del Grupo Especial. Las Comunidades Europeas observó que los términos "especial" y "programática" son los utilizados por los Estados Unidos en su contribución al informe de la OCDE sobre Gastos Fiscales en la Prueba 25 de las CE.

⁴⁶¹ Véase el párrafo 80 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas y 91 a 93 de la declaración oral de las Comunidades Europeas en la segunda reunión del Grupo Especial acerca de la Prueba 33 de las CE.

⁴⁶² Los párrafos 4.1057 a 4.1064 reflejan la respuesta de las Comunidades Europeas a la siguiente pregunta del Grupo Especial: Las Comunidades Europeas han declarado, en su respuesta a la pregunta 5 de los Estados Unidos, que "la postura de las Comunidades Europeas es simplemente que el Acuerdo SMC no impide a los Miembros de la OMC no gravar ingresos de fuente extranjera si se hace con carácter general". Al explicar su opinión sobre los "ingresos [...]" que en otro caso se percibirían", las Comunidades Europeas han afirmado además (párrafo 78 de su refutación) que "[l]o que importa es que para que exista una subvención, debe haber una desviación o exención respecto del tipo o la base impositiva generalmente aplicada". (Subrayado en el original.) ¿Es parecer de las Comunidades Europeas que la exención impositiva de todos los ingresos de fuente extranjera no representaría la condonación de "ingresos [...]" que en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC? Sírvanse explicar en detalle el fundamento jurídico de su parecer.

⁴⁶³ Véase el Capítulo III en la página 108 del documento.

⁴⁶⁴ Véase el último párrafo del Capítulo III en la página 109 del documento.

"condonación de ingresos" "que en otro caso se percibirían" y, por consiguiente, conforme a este criterio, a una contribución financiera, dado que se trata de una exención "especial o programática" limitada. Asimismo, por las razones que las Comunidades Europeas han desarrollado por extenso en sus comunicaciones⁴⁶⁵, no queda comprendida en ninguna interpretación razonable del Entendimiento de 1981.

4.1061 La naturaleza limitada, especial y programática, del programa relativo a las EVE se deduce claramente de sus términos y su estructura. Está expresamente limitado a los ingresos derivados de la exportación de "bienes de exportación" y está concebido para fomentar las exportaciones. Los Estados Unidos lo describen incluso expresamente como un "incentivo fiscal para los exportadores de los Estados Unidos", por ejemplo, en el título del documento del Departamento de Comercio en la Prueba 3 de las CE.⁴⁶⁶

4.1062 Pueden elaborarse otras interpretaciones de la frase "se condonen ingresos que en otro caso se percibirían", pero las Comunidades Europeas estiman que la que propone y los Estados Unidos y las Comunidades Europeas utilizan en su práctica compensatoria es la más razonable.

4.1063 Primeramente, la frase podría interpretarse como que abarca todo ingreso condonado por comparación con lo que se habría recaudado si no existiera la medida contra la que se reclama. Ésta sería una interpretación más formalista del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC que dependería simplemente de reconocer la medida que se examina como una exención o una derogación respecto del resto de la legislación. Un argumento a favor de esta interpretación sería que el criterio más limitado que proponen las Comunidades Europeas entraña un examen de la naturaleza de la exención y puede considerarse que introduce en el artículo 1 de ese Acuerdo SMC una noción similar a la de especificidad, del artículo 2 del Acuerdo SMC. Este enfoque llevaría a que se considerase el régimen de las EVE, así como muchas otras medidas impositivas, como subvenciones a los efectos del artículo 1 del Acuerdo SMC. Las medidas impositivas de buena fe (por ejemplo, tipos impositivos inferiores para las pequeñas y medianas empresas) escaparían, empero, a las disciplinas del Acuerdo SMC porque no serían "específicas" en el sentido del artículo 2 del Acuerdo SMC. El programa relativo a las EVE no quedaría fuera porque está claramente supeditado al resultado de las exportaciones y el contenido local, y es, por lo tanto, específico en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo SMC. Las Comunidades Europeas no han propuesto esta posible interpretación de la frase "se condonen ingresos que en otro caso se percibirían", ya que considera que, en la interpretación del Acuerdo SMC, el fondo debe prevalecer sobre la forma y que el enfoque más adecuado y menos formalista antes propuesto es por ende el más apropiado.

4.1064 En segundo lugar, existe la interpretación de los Estados Unidos que introduce en la frase "que en otro caso se percibirían" cierta noción extraña de lo que los Miembros tienen derecho a gravar o a no gravar. Los Estados Unidos argumentan que los ingresos "en otro caso "no" se percibirían" si un Miembro tiene *derecho a no* a gravarlos conforme a alguna norma de la OMC (y no considera pertinente si serían normalmente gravados conforme a las normas generales de los Miembros). Como las Comunidades Europeas han explicado más recientemente en los párrafos 84 y 85 de su declaración en la segunda reunión del Grupo Especial, esa proposición no puede ser correcta. Los Miembros de la OMC tienen derecho a no gravar absolutamente ningún ingreso y la lógica de los Estados Unidos

⁴⁶⁵ Véanse los párrafos 53 a 55 de la declaración oral de las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial, 65 a 70 de la segunda comunicación de las Comunidades Europeas y 55 a 60 de la declaración oral de las Comunidades Europeas en la segunda reunión del Grupo Especial. Los términos "especial" y "programática" son los utilizados por los Estados Unidos en su contribución al informe sobre Gastos impositivos de la OCDE en la Prueba 25 de las CE.

⁴⁶⁶ Los Estados Unidos describen el programa relativo a las EVE como un "programa" en todos los Informes del Tesoro en las Pruebas 4 y 5 de las CE.

llevaría a la conclusión de que podrían eximir a su placer a una empresa o un sector industrial en particular del pago de impuestos. En realidad, el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC y el punto e) no podrían aplicarse nunca.

4.1065 En conclusión, las Comunidades Europeas entienden que, de todas las propuestas antes mencionadas, la que encaja mejor con el significado y la finalidad verdaderos del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 es el enfoque expresado al principio de esta respuesta.

4.1066 La CE quisiera primeramente observar que para el supuesto necesario para esta cuestión no se trata sólo de que el Entendimiento de 1981 sea pertinente al Acuerdo SMC sino que es en particular pertinente al artículo 1 y a la definición de subvención. Los Estados Unidos han argumentado que es pertinente para la interpretación de la nota de pie de página 59 al punto e) de la Lista ilustrativa al párrafo 1 del artículo 3 lo que, desde luego, no lo hace pertinente al artículo 1.⁴⁶⁷

4.1067 No obstante, partiendo de ese supuesto a efectos de contestar a la pregunta, las Comunidades Europeas observarían que la frase "*no deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General*" se limita a recordar que las actividades en el extranjero y las actividades de exportación son nociones diferentes que no cabe confundir. La finalidad de esta frase en el Entendimiento de 1981 es aclarar que los países (que aplican un sistema fiscal de ámbito territorial) que decidan eximir los ingresos de actividades económicas en el extranjero, no establecen una exención de las actividades de exportación que estaría prohibida conforme al párrafo 4 del artículo XVI del GATT, porque las actividades en el extranjero y las actividades de exportación son dos nociones distintas, contrariamente a lo que dan a entender los Estados Unidos. Una exención de los ingresos de fuente extranjera no está prohibida porque no es específica para las actividades de exportación. Además, estas actividades no se desarrollan necesariamente en el extranjero. Aunque estas dos posturas derivan directamente del Entendimiento de 1981 y son fieles al espíritu de la OMC por lo que respecta a las subvenciones, los Estados Unidos están tratando de extraer de la Decisión de 1981 exactamente las conclusiones contrarias; a saber, que no está prohibida una exención específica para las actividades de exportación y que esas actividades se desarrollan siempre en el extranjero, incluso cuando las EVE no realizan virtualmente ninguna actividad en el extranjero.

4.1068 La posición de las Comunidades Europeas expuesta en la segunda reunión del Grupo Especial es que, para que no estén prohibidas conforme al Acuerdo, las subvenciones deben ajustarse a las prescripciones del párrafo 1 a) y b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Las exenciones impositivas dan lugar a subvenciones prohibidas sólo cuando están supeditadas *de derecho* o *de hecho*, ya sea por sí solas o como uno de varios otros factores (acumulativos o alternativos), a las exportaciones o el contenido local. La diferenciación entre tipos de ingresos (como dividendos, regalías, intereses, etc.) es aceptable en la medida en que no esté supeditada al resultado de las exportaciones ni al contenido local. La CE no puede especular sobre qué aspecto presentaría el sistema impositivo de los Estados Unidos si se introdujeran todos los cambios antes mencionados o algunos de ellos. Observa, con todo, que el programa relativo a las EVE no puede simplemente hacerse accesible a entidades como las

⁴⁶⁷ Los párrafos 4.1066-4.1067 reflejan la respuesta de las Comunidades Europeas a la siguiente pregunta del Grupo Especial: La decisión del Consejo del GATT de 1981 establece que, "de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador *ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General*". Suponiendo -sin perjuicio de las opiniones de las partes sobre esta cuestión- que el Entendimiento de 1981 es pertinente a la interpretación del Acuerdo SMC, sírvanse formular sus observaciones sobre la trascendencia, si es que la tienen, de los términos puestos de relieve por lo que se refiere al concepto de ingresos "que en otro caso se percibirían" en el artículo 1 del Acuerdo SMC.

descritas en la pregunta, o ello carecería de sentido, teniendo presente que todo el programa relativo a las EVE está estructurado en torno a la noción de "bienes de exportación".⁴⁶⁸

4.1069 Las Comunidades Europeas han explicado su postura general sobre el significado de "que en otro caso se percibirían". Para los fines de determinar si se condonan ingresos "que en otro caso se percibirían", el criterio no es lo que se dice que los países tienen derecho a hacer conforme a las normas de la OMC sino qué han decidido hacer.⁴⁶⁹

4.1070 En caso de que el Grupo Especial esté interesado en una explicación más detallada de cómo ocurre que "se condonen ingresos que en otro caso se percibirían" en el marco del programa relativo a las EVE, las Comunidades Europeas ilustrarán ahora su posición explicando más los pormenores de las exenciones y derogaciones del programa. Con este fin, analizarán qué reglas serían aplicables de no existir el programa relativo a las EVE⁴⁷⁰ para el mismo tipo de actividades. Se examinarán dos situaciones comparables:

- a) Una empresa estadounidense que gestiona directamente sus propias ventas de exportación.
- b) Una empresa extranjera (que no es una EVE) organizada en una ubicación típica de las EVE, que gestiona las ventas de exportación de su matriz estadounidense.

4.1071 En la situación a) las cosas son relativamente fáciles. La empresa estadounidense estará gravada por sus ingresos en todo el mundo, incluidos todos los provenientes de ventas de exportación, al tipo del impuesto de sociedades de los Estados Unidos aplicable en el momento. Parte de sus ingresos de ventas de exportación se caracterizará como ingresos de fuente nacional y parte como ingresos de fuente extranjera. Pero esto no cambiará la manera como se graven estos ingresos. Por lo tanto, no habrá exención ni deducción para los ingresos de fuente extranjera imputables a ventas de exportación. En consecuencia, para determinada operación de exportación efectuada directamente por una empresa estadounidense habrá un incremento del 15 por ciento o más de sus ingresos imponibles en comparación con la misma operación efectuada por conducto de una EVE.

4.1072 En la situación b), interviene una "empresa extranjera de exportación"⁴⁷¹ (que no es una EVE). Para esta situación el análisis se hará sobre la base de las normas ordinarias aplicables a

⁴⁶⁸ El párrafo 4.1068 refleja la respuesta de las Comunidades Europeas a la siguiente pregunta del Grupo Especial: Dada la opinión de las Comunidades Europeas sobre la incompatibilidad del régimen de las EVE con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, ¿se modificaría esta opinión si el régimen de las EVE fuera también accesible a entidades: a) que participan en la importación de mercancías a los Estados Unidos; b) que operan en el extranjero en actividades económicas distintas de la exportación de los Estados Unidos o la importación a ese país; c) unas y otras?

⁴⁶⁹ Los párrafos 4.1069 a 4.1082 reflejan la respuesta de las Comunidades Europeas a la siguiente pregunta del Grupo Especial: Sírvanse explicar más detenidamente su opinión sobre los criterios que deben aplicarse para determinar si los ingresos que se condonan "en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

⁴⁷⁰ El análisis puede hacerse partiendo del supuesto de una EVE que no se beneficie de las exenciones especiales, a falta de las normas especiales para las EVE; o partiendo del supuesto de una entidad que no es una EVE y que desarrolle actividades del mismo tipo que las propias de las EVE.

⁴⁷¹ Para los fines de este análisis una "empresa extranjera de exportación" se define como la filial de una empresa industrial estadounidense constituida en una jurisdicción, típica de las EVE, con bajos impuestos o sin impuestos, que gestiona las ventas de exportación de su matriz en los Estados Unidos desarrollando el mismo tipo de actividades que una EVE. En otras palabras, se define como una EVE que no satisface los requisitos para las exenciones especiales y las normas especiales sobre fijación de precios.

falta de las exenciones especiales del programa relativo a las EVE, definidas en la declaración de las Comunidades Europeas en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 9. Se analizarán por separado cada exención y las normas especiales de fijación administrativa de precios.

4.1073 Primeramente, las normas formulísticas especiales sobre las fuentes de ingresos. A falta de las normas formulísticas sobre las fuentes de ingresos de los artículos 921 y 923 a) del IRC, se aplicarían las normas ordinarias de los artículos 861 y siguiente, que se estructuraron para determinar la procedencia de los ingresos sobre la base de pruebas fácticas y que abarcan todos los tipos de ingresos, incluidos los ingresos de exportaciones.

4.1074 En el caso de una empresa extranjera de exportación que haga sus negocios como las EVE tienen derecho a hacerlo y emplee su empresa matriz para llevar a cabo la venta de exportación, serían de aplicación los párrafos c) 4) B) iii) del artículo 804⁴⁷² y e) 2) del artículo 865. Estos párrafos disponen que:

Párrafo c) 4) B) iii) del artículo 864:

"Los ingresos, ganancias o pérdidas de fuentes fuera de los Estados Unidos se tratarán como efectivamente relacionados con la realización de un comercio/oficio o negocio dentro de ellos por una persona extranjera no residente o una empresa extranjera si esa persona tiene una oficina u otro establecimiento comercial fijo dentro de los Estados Unidos al que sean imputables esos ingresos, ganancias o pérdidas y esos ingresos, ganancias o pérdidas

[...]

iii) resulten de la venta o trueque (fuera de los Estados Unidos) por conducto de esa oficina u otro establecimiento comercial fijo de bienes muebles de los descritos en el párrafo 1) del artículo 1221, salvo que la presente cláusula no se aplicará si los bienes se venden o truecan para su uso, consumo o disposición fuera de los Estados Unidos y una oficina u otro establecimiento comercial fijo del contribuyente en el extranjero tenga una participación importante en esa venta."

Párrafo e) 2) del artículo 865:

"A) EN GENERAL.- No obstante cualquier otra disposición de la presente parte, si una persona no residente mantiene una oficina u otro establecimiento comercial fijo dentro de los Estados Unidos, los ingresos procedentes de las ventas de bienes muebles (incluidos bienes de inventario) imputables a esa oficina u otro establecimiento comercial fijo se estimarán procedentes de los Estados Unidos. La anterior oración no será aplicable para los fines del artículo 971 (en el que se define la empresa de comercio de exportación).

B) EXCEPCIÓN.- El apartado A) no se aplicará a ninguna venta de bienes de inventario que se vendan para su uso, disposición o consumo fuera de los Estados Unidos cuando una oficina u otro establecimiento comercial fijo del contribuyente en el extranjero tenga una participación importante en la venta."

⁴⁷² El texto figura en la Prueba 1 de las CE y a él se refiere el párrafo 65 de la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

4.1075 Los locales de la empresa matriz serán "una oficina u otro establecimiento comercial fijo dentro de los Estados Unidos" (la matriz de la EVE llena decididamente los requisitos como tal conforme al párrafo c) 5) del artículo 864 del IRC) y la empresa extranjera de exportación no tiene ninguna participación *importante* en esa venta (porque difícilmente se puede considerar como participación importante asumir la responsabilidad financiera y jurídica). Por consiguiente, conforme al párrafo c) 4) B) iii) del artículo 864 del IRC, los ingresos resultantes de la venta se considerarían efectivamente relacionados con un comercio o actividad empresarial de los Estados Unidos y, conforme al párrafo e) 2) del artículo 865 los ingresos resultantes de la venta se considerarían procedentes de los Estados Unidos. En ambas circunstancias, empero, todos los ingresos de la EVE serían gravados en los Estados Unidos. El programa relativo a las EVE precisa de normas especiales en cuanto a fuentes de ingresos para funcionar ya que, en otro caso, todos los ingresos estarían sujetos a impuestos en los Estados Unidos.

4.1076 En consecuencia, aunque la postura habitual de los Estados Unidos pueda ser que la fuente de los ingresos resultantes de una actividad depende de dónde ésta se desarrolle, las Comunidades Europeas observan que la norma de los Estados Unidos generalmente aplicable en estos casos (es decir, que sería aplicable de no ser por la excepción especial para las EVE) es que siempre que una empresa extranjera obtenga ingresos de una venta de bienes de inventario fuera de los Estados Unidos por conducto de una oficina o un establecimiento comercial fijo sin que la empresa extranjera participe de manera importante en la operación, estos ingresos se gravan en los Estados Unidos y ello independientemente de dónde se desarrollen las actividades de la oficina o de un establecimiento comercial fijo.

4.1077 En segundo lugar, la excepción derivada de las normas de la sección F.⁴⁷³ La empresa extranjera de exportación cabría, en esta comparación, en la definición de "empresa extranjera controlada" del párrafo a) del artículo 957 del IRC y sus ganancias constituirían "ingresos resultantes de ventas de una sociedad con base en el extranjero" definidos en el párrafo d) del artículo 954 del IRC, que deberían incluirse en los ingresos impositivos de la empresa matriz de los Estados Unidos como dividendo imputado conforme al párrafo a) del artículo 951 del IRC. Esto significa que el beneficio de ser gravado a un nivel cero o cercano a cero en su país de constitución se perderá porque los mismos ingresos serán gravados a los tipos impositivos vigentes de los Estados Unidos en la matriz de la empresa extranjera de exportación. Si no existiera la excepción especial a las normas de la sección F de los párrafos e) del artículo 951 y d) y e) del artículo 954, la EVE recibiría el mismo trato.

4.1078 En tercer término, la deducción del 100 por ciento para los dividendos recibidos de ingresos de comercio exterior conforme al párrafo c) del artículo 245 del IRC. Conforme a las normas impositivas ordinarias de los Estados Unidos, no se permite ninguna exención para los dividendos recibidos de unos ingresos de fuente extranjera procedentes de filiales en el extranjero. La matriz estadounidense sólo puede recibir un crédito impositivo por los impuestos extranjeros pagados en el

⁴⁷³ En la nota de pie de página núm. 56 de su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos sostienen que las normas antiaplazamiento de la Subparte F son una excepción al sistema general de aplazamiento de ese país, por lo que, dado que el programa relativo a las EVE establece una excepción a esta excepción, la EVE sigue la norma general. Pero este argumento es erróneo, porque los regímenes antiaplazamiento de los Estados Unidos tienen un amplio ámbito de aplicación y no pueden considerarse como una excepción en la esfera de actividades de las EVE. En realidad, uno de los principales objetivos de las disposiciones de las normas de la sección F relativas a las empresas extranjeras controladas eran las economías de impuestos que se podían realizar conforme a la legislación anterior desarrollando las actividades comerciales internacionales por conducto de una empresa extranjera constituida en un paraíso fiscal. Como afirmaban las Comunidades Europeas en el párrafo 96 de su declaración en la segunda reunión del Grupo Especial, las normas de la Subparte F no son una "excepción" en el sentido de constituir una exención; son parte del sistema estadounidense de recaudar rentas fiscales -no tienen como resultado la condonación de ingresos. Es el programa relativo a las EVE el que constituye una exención, ya que exime ingresos de este régimen impositivo, por lo que se condonan ingresos que en otro caso se percibirían.

extranjero a efectos de evitar la doble imposición. En el caso de la empresa extranjera de exportación, sin embargo, no habría ningún (o casi ningún) impuesto extranjero que acreditar, puesto que estaría constituida en un paraíso fiscal como lo está la mayoría de las EVE.

4.1079 En cuarto lugar, las normas especiales sobre fijación de precios. Se aplicarían a la empresa extranjera de exportación las normas generales del artículo 482, que disponen una asignación de los beneficios sobre la base de las actividades realmente desarrolladas por las entidades vinculadas. La determinación de los beneficios conforme al artículo 482 está siempre sujeta a reasignación por las autoridades tributarias y no existen "puertos seguros" al respecto. Además se aplican mecanismos separados para diferentes tipos de actividad económica y no hay normas omnicomprendivas como las llamadas "normas de fijación administrativa de precios". Así, una empresa extranjera de exportación que subcontratase todas sus actividades a su matriz sólo recibiría un precio de transferencia igual a los costos para la matriz del desarrollo de estas actividades. No obstante, conforme a las normas especiales de fijación de precios del párrafo a) 1) y 2) del artículo 925, la EVE que subcontrata todas sus actividades a su matriz recibe un precio de transferencia igual a los costos para la matriz de desarrollar esas actividades *más* una cantidad que permitirá a la EVE obtener unos ingresos iguales al 23 por ciento de los ingresos imponibles combinados, equivalente al 1,83 por ciento de las entradas brutas derivadas de comerciar con el extranjero.

4.1080 Conforme a los diferentes métodos prescritos por los reglamentos en el marco del artículo 482, lo más apropiado para una empresa extranjera de exportación sería el método del precio de reventa descrito en Treas. Reg. § 1.482-3(c). El método del precio de reventa se utiliza en situaciones que "entrañan la compra y reventa de bienes corporales en que el revendedor [*es decir*, la empresa extranjera de exportación] no ha añadido un valor sustancial a los bienes corporales modificándolos físicamente antes de revenderlos". Conforme a este método, el precio correcto de transferencia en condiciones de plena competencia entre el proveedor vinculado y la empresa extranjera de exportación se calcularía partiendo del precio realmente facturado por ésta a sus clientes no vinculados en el extranjero y deduciendo luego un "beneficio bruto adecuado". El "beneficio bruto adecuado" debe determinarse con referencia a operaciones completamente no controladas -es decir, operaciones en las que el revendedor compra las mercancías de que se trate a una parte no vinculada con él y las revende después a otra parte igualmente no vinculada. La operación no controlada debe ser lo más comparable posible a la operación controlada, y los reglamentos indican que entre los factores que se han de tener en cuenta para determinar la comparabilidad figuran las "funciones desempeñadas" por el revendedor y los "riesgos soportados" por el revendedor.⁴⁷⁴ Dado que las "funciones desempeñadas" y los "riesgos soportados" por una empresa extranjera de exportación suelen ser relativamente reducidos, cabría generalmente esperar que el "beneficio bruto adecuado" otorgable a la empresa extranjera de exportación conforme a normas de fijación de precios en condiciones de plena competencia fuese relativamente pequeño. Además, estas consideraciones no desempeñan ningún papel en las normas de fijación administrativa de precios conforme al artículo 925 del IRC.

4.1081 Si bien no es fácil determinar en qué medida el resultado de las normas especiales de fijación de precios difiere del resultado de la aplicación de la reglas del artículo 482, ya que éste es distinto en cada operación, es obvio que las normas especiales de fijación de precios producen precios de transferencia diferentes de los que se obtienen con arreglo al artículo 482, dado que son optativos y los utiliza la mayoría de las EVE. Si la norma del artículo 482 diese en algún caso un resultado más favorable, la EVE podría utilizarla.

4.1082 En conclusión, resulta claro del anterior análisis que la existencia del programa relativo a las EVE tiene como consecuencia la condonación de "ingresos que en otro caso se percibirían", ya

⁴⁷⁴ Véase Treas. Reg. § 1.482-3(c).

que de no existir las normas sobre las EVE, habría que pagar más impuestos por las mismas actividades.

4.1083 Las Comunidades Europeas han explicado que las normas de fijación "administrativa" de precios constituyen una subvención prohibida distinta conforme al Acuerdo SMC. Las normas de fijación "administrativa" de precios constituyen una parte específica del programa relativo a las EVE, aparte de las demás exenciones. Incluso si se abolieran todas las demás exenciones especiales de que gozan las EVE, bastarían las normas especiales de fijación de precios para otorgar un beneficio para las exportaciones estadounidenses. Darían lugar a una violación independiente del Acuerdo SMC. Primeramente, constituyen una subvención ya que otorgan un beneficio asignando a la EVE más ingresos que los que cabría atribuir a las actividades y la participación mínimas de las EVE en la transacción. Aun suponiendo que se aboliesen todas las exenciones impositivas de las EVE, esto aún podría dar lugar a la condonación de ingresos, ya que los ingresos combinados de la EVE y su matriz podrían seguir beneficiándose de una imposición efectiva más baja que la correspondiente conforme a las normas generales estadounidenses sobre fijación de precios contenidas en el artículo 482 del IRC (como antes se explicó). De este modo se condonan ingresos públicos que en otro caso se percibirían. Además, esta subvención está prohibida por el artículo 3, ya que está supeditada a los resultados de exportación y al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Es más, las normas especiales sobre fijación de precios infringen el requisito de la fijación de precios en condiciones de plena competencia de la nota de pie de página 59, si bien no hay necesariamente que probar este extremo dado que las normas de fijación de precios infringen los artículos 3 y 1 incluso prescindiendo de la referencia a la nota.⁴⁷⁵

4.1084 Uno de los argumentos básicos que formulan los Estados Unidos en su intento de justificar el programa relativo a las EVE conforme al Acuerdo SMC es que los ingresos de comercio exterior son atribuibles a actividades o procesos extranjeros y, por consiguiente, pueden no ser gravados conforme al Entendimiento de 1981.⁴⁷⁶ Es probable que los Estados Unidos aleguen que estas actividades (o procesos) desarrollados por la EVE, o su proveedor vinculado, o por un agente independiente prescindiendo de su residencia, son extranjeros porque tienen que realizarse (en parte) fuera de los Estados Unidos.^{477, 478}

4.1085 Las Comunidades Europeas estiman que las actividades de las EVE (o de sus subcontratistas) no son extranjeras y que, tras el reglamento prescrito por el Servicio de Rentas Internas (IRS), estos criterios de los procesos económicos en el extranjero son fácilmente eludidos por las EVE simplemente manteniendo un buzón y una cuenta bancaria en el lugar de constitución de la EVE.

⁴⁷⁵ El párrafo 4.1083 refleja la respuesta de las Comunidades Europeas a la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿Sostienen las Comunidades Europeas que las normas especiales de fijación administrativa de precios tienen una existencia jurídica autónoma, de tal modo que, incluso de no existir las exenciones, podrían dar lugar a una violación independiente del Acuerdo SMC?

⁴⁷⁶ Véanse, por ejemplo, los párrafos 12, 43 a 51 y 64 a 66 de la declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial.

⁴⁷⁷ Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 50 y 51.

⁴⁷⁸ Los párrafos 4.1084 a 4.1094 reflejan la observación de las Comunidades Europeas sobre la siguiente pregunta formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos: Supongamos que una EVE subcontrata todas sus funciones de distribución y ventas extranjeras relacionadas con las operaciones de la EVE a su empresa matriz y paga por ellas. En esas circunstancias, ¿se consideraría que los ingresos resultantes de esas operaciones son ingresos de fuente extranjera o ingresos de fuente nacional a los efectos impositivos? ¿En qué proporción?

4.1086 Conforme al párrafo d) 1) A) del artículo 924 del IRC, el *criterio de las actividades de ventas en el extranjero* se supera si:

"esa empresa [la EVE] (o cualquier otra persona que actúe en virtud de un contrato con esa empresa) ha participado fuera de los Estados Unidos en las actividades de oferta (distintas de la publicidad), la negociación o el perfeccionamiento del contrato relativo a esa operación".

4.1087 Por regla general, la ubicación de cualquier actividad se determina por el lugar donde la EVE inicia la actividad y no por el lugar donde esté una persona que transmita instrucciones a la EVE.⁴⁷⁹ Los requisitos de "actividades de oferta" y "negociación" fuera de los Estados Unidos quedan satisfechos mediante una comunicación por correo si la correspondencia se deposita en un buzón fuera de los Estados Unidos.⁴⁸⁰ El requisito del "perfeccionamiento de un contrato" fuera de los Estados Unidos se satisface si se envía también por conducto de un buzón situado fuera de los Estados Unidos una confirmación por escrito de la aceptación de un pedido o de unas condiciones contractuales variables, o de un contrato adicional.⁴⁸¹ Toda vez que la EVE haya participado fuera de los Estados Unidos en una actividad que constituya una de las tres actividades de ventas en el extranjero antes descritas, se prescindirá de cualquier actividad anterior o posterior de la EVE.⁴⁸² El reglamento dispone expresamente que no es necesario revelar la identidad de una EVE como entidad aparte en el desarrollo de las actividades de ventas en el extranjero.⁴⁸³ Las tres formas de actividades de ventas pueden ser realizadas por la EVE o, en nombre de la EVE, por cualquier otra persona contratada.⁴⁸⁴

Conforme al párrafo d) 1) B) del artículo 924 del IRC el *criterio de los costos en el extranjero* se supera si:

"los costos directos en el extranjero en que incurra la EVE atribuibles a la transacción igualan o superan el 50 por ciento de los costos directos totales atribuibles a la transacción".

Conforme al párrafo e) del artículo 924:

"Las actividades mencionadas en el párrafo d) son-

- 1) publicidad y promoción de ventas,
- 2) la tramitación de los pedidos de clientes y las disposiciones necesarias para la entrega de los bienes de exportación,

⁴⁷⁹ Reg. § 1.924(d)-1(a).

⁴⁸⁰ Reg. § 1.924(d)-1(c)(2) y (3).

⁴⁸¹ Reg. § 1.924(d)-1(c)(4).

⁴⁸² Reg. § 1.924(d)-1(c)(1).

⁴⁸³ Reg. § 1.924(d)-1(a).

⁴⁸⁴ Reg. § 1.924(d)-1(a).

- 3) transporte desde el momento de la adquisición por la EVE (o, en el caso de una relación de comisión, desde el inicio de esa relación para la transacción) hasta la entrega al cliente,
- 4) la determinación y la comunicación de la factura o el estado de cuentas definitivos y el recibo del pago, y
- 5) la asunción del riesgo del crédito.”⁴⁸⁵

4.1088 Asimismo, no es necesario revelar la identidad de la EVE como entidad aparte para el cumplimiento de este criterio y estas actividades pueden también ser desarrolladas por la EVE o, en nombre de la EVE, por cualquier otra persona contratada.⁴⁸⁶

4.1089 Con respecto al requisito de los costos de publicidad y ventas, en general, la ubicación de la publicidad es el lugar donde la publicidad se transmite (incluso si se ha iniciado dentro de los Estados Unidos).⁴⁸⁷ De esta manera, el requisito de los costos de publicidad puede llenarse poniendo en una revista especializada extranjera un anuncio que contenga todos los productos de exportación que se comercializan. Aunque los costos directos en el extranjero asignados a cada transacción de exportación serán mínimos, esto no impedirá que la EVE satisfaga este requisito.⁴⁸⁸

4.1090 Con respecto a la tramitación de los pedidos de los clientes y las disposiciones relativas a los costos de la entrega, este requisito puede cumplirse asumiendo los costos de comunicación (teléfono, telegrama o correo) de una oficina situada fuera de los Estados Unidos, la entrega u otros detalles de los pedidos de los clientes al proveedor vinculado, el transportista o el cliente.⁴⁸⁹ Así pues, este requisito se satisface haciendo simplemente que la EVE envíe una carta o haga una llamada telefónica, incluso cuando el proveedor vinculado o el transportista o el cliente tenga independientemente conocimiento del pedido y los requisitos para la entrega, y la comunicación sea superflua.⁴⁹⁰

4.1091 Con respecto a los costos de transporte, este requisito se cumple si se considera que la EVE o su proveedor vinculado, responsable de las mercancías, si son de su propiedad, soporta el riesgo de su pérdida o las asegura durante su envío. Una vez más la EVE puede llenar este requisito simplemente reservándose la propiedad de las mercancías y soportando el riesgo de pérdida, lo que puede fácilmente ser convenido por su matriz, sin desarrollar ninguna actividad en el extranjero.⁴⁹¹

4.1092 Con respecto a la determinación y el envío de una factura o el cargo de los costos en un estado de cuenta con carácter definitivo, este requisito puede satisfacerse si la EVE se encarga de confeccionar una factura o un estado de cuenta definitivos y de transmitir ese documento al cliente

⁴⁸⁵ Conforme al párrafo c) del artículo 925 del IRC, una EVE debe desarrollar todas las actividades descritas en el párrafo e) del artículo 924 para poder optar a la utilización de las normas especiales de fijación de precios.

⁴⁸⁶ Reg. § 1.924 d)-1 a).

⁴⁸⁷ Reg. § 1.924 e)-1 a) 1) iii) A).

⁴⁸⁸ Reg. § 1.924 e)-1 a) 1) i) y v).

⁴⁸⁹ Reg. § 1.924 e)-1 b) iv).

⁴⁹⁰ Reg. § 1.924 e)-1 b) 1) y 2).

⁴⁹¹ Reg. § 1.924 e)-1 c) 1) y 4).

desde una ubicación fuera de los Estados Unidos.⁴⁹² La "confección" se define como poner documentos en carpetas (cuando corresponde), llenar sobres y ponerles las direcciones. La "transmisión" se define como el envío por correo o la entrega.⁴⁹³ Rara vez se han definido tan claramente los principios impositivos de los Estados Unidos: dóblelo, métalo en el sobre, envíelo por correo y queda satisfecho el requisito del costo en el extranjero. Con respecto al recibo del pago, lo único que la EVE tiene que hacer es recibir un pago del cliente o del proveedor vinculado en una cuenta en un banco extranjero (ni siquiera la principal cuenta bancaria) equivalente por lo menos al 1,83 por ciento de las entradas brutas vinculadas con la operación.⁴⁹⁴

4.1093 Con respecto a asumir los costos del riesgo de los créditos, este requisito se cumple si la EVE soporta el riesgo económico del impagado con respecto a una operación.⁴⁹⁵ Este costo es por definición extranjero ya que la "ubicación de la actividad de asumir el riesgo de los créditos es la ubicación del cliente u obligado cuyo pago está expuesto a riesgo"⁴⁹⁶, y la EVE no necesita hacer nada en el extranjero para llenar el requisito.

4.1094 Queda, en consecuencia, claro que los criterios antes mencionados, que los Estados Unidos sostienen que demuestran la naturaleza extranjera de las actividades de la EVE, se cumplen fácilmente, o mejor dicho se eluden, mediante varias disposiciones reglamentarias que las Comunidades Europeas han indicado en su primera comunicación escrita como parte constitutiva del programa relativo a las EVE. De hecho, las EVE pueden cumplir los requisitos del proceso económico en el extranjero manteniendo en el lugar de constitución de la EVE un buzón para enviar y recibir correspondencia y una cuenta bancaria donde se deposite y desde donde se pague. La cantidad de actividades que una EVE, o una persona que opere por contrato en nombre de la EVE, tiene que realizar es mínima y, por lo que se refiere a las actividades en el extranjero, prácticamente nula. Como se demuestra con este Reglamento la única cosa que la mayoría de las EVE han de hacer es enviar y recibir cartas y administrar una cuenta bancaria. Por consiguiente, es totalmente absurda la afirmación de que la exención impositiva de las EVE es permisible porque éstas desarrollan actividades económicas importantes en el extranjero. La cuantía de la exención impositiva establecida mediante las normas formulísticas sobre las fuentes de ingresos y de fijación de precios de que se benefician las EVE no corresponde en modo alguno a sus mínimas actividades en el extranjero.

Los **Estados Unidos** responden con los siguientes argumentos a las preguntas del Grupo Especial tras la segunda reunión de éste:

4.1095 La pregunta del Grupo Especial pone de manifiesto los defectos subyacentes a los argumentos de las Comunidades Europeas con respecto al artículo 1 del Acuerdo SMC. Para poder presentar el programa relativo a las EVE como una subvención, excluyendo al mismo tiempo sus propios sistemas fiscales territoriales del alcance de ese término, las Comunidades Europeas han montado una teoría que distorsiona el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 hasta hacerlo casi irreconocible. El problema para las Comunidades Europeas es que sólo pueden lograr el resultado que buscan insertando en esa disposición conceptos que simplemente no contiene. Además, aunque las Comunidades Europeas han afirmado que su interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 es simple y directa, han sido incapaces de responder a las preguntas más básicas referentes a esa interpretación. En ambas reuniones del Grupo Especial, cada vez que el Grupo o los Estados Unidos trataban de examinar las

⁴⁹² Reg. § 1.924 e)-1 d) 1) i) A) y iii).

⁴⁹³ Reg. § 1.924 e)-1 d) 1) i) D).

⁴⁹⁴ Reg. § 1.924 e)-1 d) 2) i), ii) y iii).

⁴⁹⁵ Reg. § 1.924 e)-1 e) 1).

⁴⁹⁶ Reg. § 1.924 e)-1 e) 3).

consecuencias de la interpretación de las Comunidades Europeas, éstas se excusaban alegando que las preguntas no eran fáciles de responder. Sin embargo, si la interpretación de las Comunidades Europeas es tan simple y directa como pretenden, ¿por qué las Comunidades Europeas tropiezan con tantas dificultades al responder preguntas básicas sobre esa interpretación?⁴⁹⁷

4.1096 Como observaba el Grupo Especial en su pregunta, las Comunidades Europeas alegan primero que eximir de tributación los ingresos de fuente extranjera no constituye una subvención siempre que se haga "con carácter general". No obstante, el concepto de aplicación general o específica de una medida no forma simplemente parte del artículo 1. No sólo el texto del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 no hace ninguna mención de la amplitud de aplicación de una medida, sino que el párrafo 2 del artículo 1 deja claro que "[u]na subvención, tal como se define en el párrafo 1, sólo estará sujeta a las disposiciones de la Parte II o a las disposiciones de las Partes III o V cuando sea específica con arreglo a las disposiciones del artículo 2". El párrafo 2 del artículo 1 pone en claro que la cuestión de la aplicación general o específica de una medida se alcanza conforme al artículo 2 únicamente tras una determinación inicial de que una medida constituye una subvención conforme al artículo 1.

4.1097 Como alternativa, al sostener que las exenciones impositivas de los ingresos de fuente extranjera no son subvenciones sólo cuando se establecen "con carácter general", las Comunidades Europeas parecen sostener que esa práctica constituye una subvención si se limita a las exportaciones. De ser así, las Comunidades Europeas están confundiendo el artículo 1 con el artículo 3. La existencia de una supeditación a las exportaciones es pertinente sólo cuando una medida constituye subvención. Cuando no lo constituye, es irrelevante que esté o no supeditada a las exportaciones.

4.1098 Lo que es más importante, la mera existencia de una excepción a disposiciones tributarias en otro caso aplicables no puede, en sí y por sí misma, demostrar la existencia de una subvención cuando se está hablando de ingresos de fuente extranjera. El argumento de las Comunidades Europeas podría tener algún valor en otros contextos, pero no aquí. Tanto si los ingresos de fuente extranjera quedan exentos porque un sistema impositivo no los abarca, como porque una disposición establece directamente que no están sometidos a tributación, el resultado económico es el mismo.

4.1099 Estas considerables deficiencias de la postura de las Comunidades Europeas son atribuibles al hecho de que éstas, realmente, están pidiendo al Grupo Especial que reduzca el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 a una norma que indique a los Miembros de la OMC cómo redactar las exenciones impositivas de los ingresos de fuente extranjera de modo que no puedan ser calificadas de subvención. Si las Comunidades Europeas se salen con la suya, un Miembro otorgaría una "subvención" cuando eximiera de tributación los ingresos de fuente extranjera mediante una medida manifiesta, pero esta misma práctica no sería una subvención si se lograra indirectamente o por omisión. Ese resultado chocaría frontalmente con las múltiples normas y principios de la OMC que fomentan la transparencia de las leyes que afectan al comercio internacional. La interpretación correcta de acuerdo con el derecho internacional público excluye ciertamente que se llegue a un resultado tan absurdo. Con

⁴⁹⁷ Los párrafos 4.1095 a 4.1099 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta formulada a las Comunidades Europeas por el Grupo Especial: Las Comunidades Europeas han declarado, en su respuesta a la pregunta 5 de los Estados Unidos, que "la posición de las Comunidades Europeas es simplemente la de que a los Miembros de la OMC no les impide el Acuerdo SMC no gravar ingresos de fuente extranjera si ello se hace con carácter general". Al explicar su opinión sobre los "ingresos [...]" que en otro caso se percibirían, las Comunidades Europeas han afirmado además (párrafo 78 de su refutación) que "[l]o que importa es que para que haya subvención, debe haber una desviación o una exención del tipo generalmente aplicado o de la base de recaudación". (Subrayado en el original.) ¿Es parecer de las Comunidades Europeas que la exención impositiva de todos los ingresos de fuente extranjera no representaría la condonación de "ingresos [...]" que en otro caso se percibirían en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC? Sírvanse explicar en detalle el fundamento jurídico de su parecer.

respecto al significado de la decisión del Consejo del GATT, el Consejo hizo dos importantes precisiones. Primeramente, el párrafo 4 del artículo XVI del GATT no obliga a los países a gravar los ingresos de fuente extranjera (incluidos los ingresos derivados de una transacción de exportación) y el no gravar esos ingresos no constituye subvención ni es de otro modo problemática conforme a las disciplinas del GATT en materia de subvenciones. Esto se desprende del texto de la decisión del Consejo, la cual afirma que "de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal". Al establecerlo, el Consejo rechazó la constatación del grupo especial en los asuntos *Legislación fiscal* de que una decisión de no gravar los ingresos de fuente extranjera constituía la condonación de ingresos.⁴⁹⁸

4.1100 La segunda precisión importante es que, para los fines del párrafo 4 del artículo XVI, los procesos económicos en el extranjero, incluidos los relacionados con transacciones de exportación, no son actividades de exportación en el sentido de ese artículo y que una decisión de no gravar los ingresos de ellos derivados no constituye una subvención a la exportación. Esto se desprende de la parte de la decisión donde se afirma que "los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General".

4.1101 Es fácil ver la conexión entre el primer argumento y el artículo 1 del Acuerdo SMC. Al declarar que los ingresos derivados de procesos económicos en el extranjero no necesitan ser objeto de imposición fiscal, el Consejo del GATT dejó en claro que una decisión de no gravar esos ingresos es enteramente apropiada y que, conforme a las normas del comercio internacional, no debe acarrear ninguna consecuencia la decisión de un país de no hacerlo. Análogamente, es clara la vinculación entre el segundo argumento y el artículo 3 del Acuerdo SMC. Si los procesos económicos en el extranjero no son actividades de exportación, no puede decirse que exista supeditación alguna a las exportaciones.

4.1102 Al mismo tiempo, el segundo argumento es también pertinente a las palabras "que en otro caso se percibirían" del artículo 1. Al estimar que los procesos económicos en el extranjero no son actividades de exportación, el Consejo del GATT estaba diciendo que los procesos económicos en el extranjero relacionados con las transacciones de exportación son totalmente extranjeros y que, en consecuencia, las exenciones impositivas de los ingresos de ellos derivados quedan completamente fuera del alcance de las disciplinas del GATT en materia de subvenciones. Al disponerlo así, el Consejo del GATT trazaba una línea perceptible y clara en las fronteras de los países que establecen imposiciones fiscales. Por lo que se refiere a las normas sobre subvenciones, el Consejo adoptó la postura de que la obligación de un país exportador de gravar los ingresos derivados de la exportación de la misma manera que los derivados de ventas nacionales termina en la frontera del país. Cuando los ingresos son imputables a actividades económicas que se producen fuera de las fronteras de un país que establece imposiciones fiscales, esos ingresos están desvinculados de ese país a los ojos del GATT (y, ahora, de la OMC) y no puede decirse que la decisión de no gravarlos sea una contribución financiera de ese país conforme al artículo 1 del Acuerdo SMC.

⁴⁹⁸ Los párrafos 4.1099 a 4.1102 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: La decisión del Consejo del GATT de 1981 establece que, "de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador *ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General*". Suponiendo -sin perjuicio de las opiniones de las partes sobre esta cuestión- que el Entendimiento de 1981 es pertinente a la interpretación del Acuerdo SMC, sírvanse formular sus observaciones sobre la trascendencia, si es que la tienen, de los términos puestos de relieve por lo que se refiere al concepto de ingresos "que en otro caso se percibirían" en el artículo 1 del Acuerdo SMC.

4.1103 En el contexto de una obligación nacida de un acuerdo internacional, un criterio obvio es saber si ha habido alguna vez una decisión o resolución conforme a ese acuerdo u otro conexo de que una determinada práctica impositiva constituye condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían". De ser así, ello sería un criterio apropiado para determinar el significado de esas expresiones. En este caso, desde luego, es precisamente lo que ha ocurrido. En 1981, el Consejo del GATT decidió en sustancia que el no hacer objeto de imposiciones fiscales los ingresos de fuente extranjera no constituía condonación de ingresos, y la decisión del Consejo forma parte del contexto para interpretar el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1. Como se examinó en la respuesta a la pregunta 3, esa decisión resolvía la cuestión ahora debatida por dos fundamentos igualmente dispositivos. Además, como se analiza en la respuesta a la pregunta oral 15, esa decisión forma parte del GATT de 1994.⁴⁹⁹

4.1104 Otro criterio sería la conveniencia de evitar resultados que pongan la forma por encima del fondo. Como antes se examinó en relación con la pregunta 2, los resultados no diferirían según que un Miembro prefiera a) eximir de impuestos una categoría de ingresos o b) empezar por no gravar los ingresos.

4.1105 Otro criterio más que cabe considerar es la necesidad de normas claras para que los Miembros se hallen en condiciones de saber que está y que no está permitido por el Acuerdo SMC. La necesidad de normas claras es particularmente importante cuando, como en este caso, las normas del comercio interaccionan con el complejo dominio de la tributación internacional. A falta de normas claras, resulta extremadamente difícil en este contexto determinar cuándo los ingresos condonados "en otro caso se percibirían".

4.1106 La Decisión de 1981 proporciona justamente esa norma clara. La declaración del Consejo de que no se necesita hacer objeto de imposiciones fiscales los ingresos de fuente extranjera equivale a declarar que el impuesto que grava los ingresos de fuente extranjera no es de los que "en otro caso se percibirían". La conveniencia de una norma tan clara queda demostrada por unos pocos ejemplos que ilustran los resultados arbitrarios a que se llega cuando se recurre a la ley nacional como base para determinar cuándo los ingresos de fuente extranjera "en otro caso se percibirían".

4.1107 Ejemplo uno: Este ejemplo ilustra la dificultad de distinguir una norma "básica" de una "excepción" en los sistemas de exención.

Como se analizó en los párrafos 180 y 181 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, conforme al sistema neerlandés de impuesto a la renta para las sociedades residentes, están sometidos a tributación tanto los ingresos de fuente neerlandesa como los derivados de fuentes situadas fuera de los Países Bajos. En otras palabras, el impuesto a la renta de las sociedades se recauda sobre los ingresos obtenidos en todo el mundo. Sin embargo, en el caso de ingresos obtenidos en el extranjero por una sociedad neerlandesa, una sociedad que llene los requisitos previstos en el derecho tributario neerlandés goza de una exoneración que tiene por efecto eximir los ingresos extranjeros del impuesto neerlandés.

Como se describe en la nota de pie de página 116 de la segunda comunicación de los Estados Unidos, conforme al sistema francés de impuesto a la renta, que se basa en el principio de la territorialidad, la ley de impuesto a la renta no es en general aplicable más allá de los límites territoriales franceses. Hay, no obstante, excepciones, como la

⁴⁹⁹ Los párrafos 4.1103 a 4.1114 reflejan la respuesta de los Estados Unidos a la siguiente pregunta formulada por el Grupo Especial: Sírvanse explicar más detenidamente su opinión sobre los criterios que deben aplicarse para determinar si los ingresos que se condonan "en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

consolidación impositiva e incentivos fiscales especiales aunque temporales para las inversiones extranjeras. Además, como se examina en el Ejemplo dos, *infra*, hay también una excepción que dispone que se graven ciertos "ingresos poco gravados".

4.1108 Vistos en conjunto, los sistemas neerlandés y francés son similares en cuanto que ambos prevén ciertas exenciones para los ingresos de fuente extranjera. Sin embargo, si se examinan aisladamente las leyes impositivas en cada sistema, puede considerarse que el neerlandés tiene por consecuencia la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían, porque la exención de los ingresos de fuente extranjera puede estimarse como una excepción al principio básico de la tributación en todo el mundo de las sociedades neerlandesas. Por el contrario, se puede considerar que el sistema francés no tiene como resultado la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían, porque cabría estimar que una exención es la norma básica, mientras que la tributación de los ingresos de fuente extranjera sería la excepción.

4.1109 Ejemplo dos: Este ejemplo indica la dificultad de distinguir la "norma básica" de la "excepción" conforme a un sistema impositivo con normas contra los abusos y excepciones a esas normas.

Como se describe en el ejemplo uno, *supra*, por regla general, Francia no grava los beneficios tenidos en sucursales y filiales extranjeras. Pero esta exención está sometida a una limitación. Conforme a ésta, Francia aplica íntegramente su impuesto a la renta de las sociedades sobre los ingresos de una sucursal o una filial extranjera cuando los ingresos se obtienen en una jurisdicción que aplica un impuesto inferior a los dos tercios del impuesto francés. Véase la segunda declaración oral de los Estados Unidos, párrafo 73. Esta limitación para los ingresos poco gravados está sometida a su vez a excepciones, incluido, por ejemplo el caso en que unos ingresos poco gravados estén exentos conforme a un tratado sobre el impuesto a la renta.

4.1110 Al tratar de distinguir en el Ejemplo dos entre norma básica y apartamiento de esa norma, un enfoque posible es considerar la exención general francesa como la norma básica y la excepción para los ingresos poco gravados como un apartamiento de esa norma. Vista de esa manera, toda excepción que eximiese a los ingresos poco gravados representaría simplemente una aplicación de la norma fundamental -la exención del impuesto de los ingresos de fuente extranjera- y no constituiría la condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían".

4.1111 Pero con un enfoque diferente podría considerarse que la norma fundamental es aquella conforme a la cual Francia grava los ingresos de fuente extranjera poco gravados. Según este criterio, toda excepción que eximiese los ingresos de fuente extranjera poco gravados podría considerarse como la condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían". No obstante, parece completamente arbitrario considerar la tributación de ciertos ingresos poco gravados como parte de la norma básica y no considerar luego ninguna excepción conforme a esa disposición también como parte de la norma.

4.1112 Ejemplo tres: Este ejemplo ilustra la arbitrariedad de llegar a resultados diferentes según sea la manera como se formulen las normas contra los abusos.

Los sistemas de impuesto a la renta de Dinamarca y los Estados Unidos funcionan con arreglo a la misma norma general de que la tributación nacional de los ingresos extranjeros de filiales en el extranjero se aplaza hasta que los ingresos se repatrien para los accionistas nacionales en forma de dividendos. Dinamarca tiene un régimen de empresas extranjeras controladas (EEC) que requiere la tributación corriente de

sólo los ingresos pasivos poco gravados de las filiales extranjeras.⁵⁰⁰ Los Estados Unidos tienen un régimen de EEC más amplio, que exige la tributación corriente de los ingresos pasivos poco gravados, pero también de ciertos ingresos activos extranjeros, con diversas excepciones. No obstante, el régimen estadounidense de EEC contiene asimismo algunas limitaciones.

4.1113 El efecto de las disposiciones limitativas de los Estados Unidos es estrechar el ámbito de su régimen de EEC, pero no tan estrecho como el de Dinamarca. Dado que la norma de ambos países es el aplazamiento, sería arbitrario declarar que el régimen de EEC de los Estados Unidos contrario al aplazamiento constituye la norma básica estadounidense y declarar al mismo tiempo que la de Dinamarca es el aplazamiento sólo porque la "excepción" de los Estados Unidos -su régimen de EEC- no es tan estrecho como el de Dinamarca.

4.1114 A este respecto, las Comunidades Europeas han destacado que las normas de los Estados Unidos para las EVE forman parte de la lista de gastos impositivos de la Administración.⁵⁰¹ Sin embargo, el hecho de que una disposición relativa a la no tributación de los ingresos de fuente extranjera figure en la lista de los gastos impositivos de un país no es determinante de que existan ingresos condonados que "en otro caso se percibirían". Primeramente, por todas las razones expuestas en la declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, la lista de gastos impositivos no es determinante para los fines del Acuerdo SMC, independientemente de si un país utiliza una ley "de referencia", una ley "normal" o ambas. En segundo lugar, si la norma conforme al Acuerdo SMC fuera que la lista de gastos impositivos de un país es determinante, los países podrían fácilmente manipular la norma redefiniendo simplemente su lista de gastos. Además, no habría coherencia de país a país, a la falta de una definición única de gasto impositivo aplicada por todas las autoridades de todas las jurisdicciones. En gracia a la equidad y la coherencia, es preciso, en el Acuerdo SMC, un criterio claro y transparente. El principio central de la Decisión de 1981 de que los ingresos de fuente extranjera "no necesitan ser objeto de imposición fiscal" importa un criterio claro de que "los impuestos sobre los ingresos de fuente extranjera en otro caso no se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1.

4.1115 La nota de pie de página 59 es directamente pertinente a las normas de fijación administrativa de precios para las EVE, concebidas específicamente para dar cumplimiento a los principios fundamentales del derecho tributario estadounidense y a la normativa del GATT, articulada en la Decisión del Consejo de 1981 y en lo que es ahora la nota de pie de página 59. Los términos de la nota deben ser leídos en su contexto. La nota restringe el alcance del punto e) de la Lista ilustrativa reconociendo implícitamente que un Miembro puede eximir de impuestos los ingresos de fuente extranjera.⁵⁰²

4.1116 De hecho, en las transacciones de exportación intervienen normalmente un vendedor nacional y un comprador extranjero. Cuando esas entidades no están vinculadas, el principio de la contratación en condiciones de plena competencia será normalmente respetado como simple consecuencia de las

⁵⁰⁰ Studies in Taxation of Foreign Source Income: Controlled Foreign Company Legislation, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE 1996), página 55.

⁵⁰¹ Véase la segunda comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 84 a 90.

⁵⁰² Los párrafos 4.1115 a 4.1122 reflejan la respuesta de los Estados Unidos a la siguiente pregunta del Grupo Especial: La segunda oración de la nota de pie de página 59 parece ocuparse de la cuestión de la fijación de precios entre *entidades* en condiciones de plena competencia. Los Estados Unidos han explicado que las normas especiales de fijación administrativa de precios para las EVE tienen por fin asignar los beneficios derivados de *actividades* económicas extranjeras y nacionales. A la luz de este hecho, sírvanse explicar por qué la nota de pie de página 59 es pertinente a las normas especiales de fijación administrativa de precios para las EVE.

fuerzas del mercado. Cuando esas entidades están vinculadas, la nota de pie de página 59 reafirma que el principio se aplica igualmente a las transacciones entre esas entidades. La segunda oración de la nota de pie de página 59 parte del supuesto de que no es necesario gravar los ingresos de una entidad extranjera en la misma medida que los ingresos obtenidos por un exportador nacional. En otro caso, en el contexto del punto e), no importaría que las empresas exportadoras observasen la fijación de precios en condiciones de plena competencia en sus tratos con compradores extranjeros vinculados, porque las desviaciones respecto de ese principio no tendrían como consecuencia ninguna economía de impuestos. Tendrían que gravarse todos los ingresos, independientemente de como pudieran asignarse entre el exportador nacional y el comprador extranjero vinculado.

4.1117 Dado que un país no está obligado a gravar los ingresos de fuente extranjera, un precio de transferencia excesivamente bajo del vendedor nacional al comprador extranjero vinculado podría dar como resultado una reducción impropia de los impuestos. El vendedor estaría sometido al impuesto sobre una cuantía de los beneficios inferior a la que debería propiamente imputarse a sus actividades nacionales. El comprador extranjero vinculado obtendría un beneficio excesivo en sus actividades en el extranjero al revender las mercancías y todos esos beneficios podrían quedar exentos de tributación en su país.

4.1118 Conforme a la tercera oración de la nota de pie de página 59, si este apartamiento del principio de la fijación de precios en condiciones de plena competencia fuese demasiado grande, podría dar lugar a una apreciable economía de impuestos y tendría como consecuencia que los Miembros de la OMC llevasen ese apartamiento a la atención de los países de origen en un foro apropiado. Leídas conjuntamente, es evidente que la segunda y la tercera oraciones de la nota de pie de página 59 tienen por finalidad garantizar que los impuestos a la renta procedente de actividades nacionales no queden exentas de manera impropia en grado apreciable debido a la manipulación de los precios de transferencia para las ventas de las mercancías entre entidades vinculadas de modo tal que se desvíen los beneficios de una entidad en el país de origen (que serían gravables) a otra entidad en un país extranjero (que podrían estar exentos).

4.1119 Si bien los términos de la segunda oración de la nota de pie de página 59 se refieren específicamente a una situación parecida a la de las EVE dedicadas a la compraventa, en que se producen ventas de bienes de exportación entre entidades afiliadas, las preocupaciones planteadas en el párrafo precedente se aplican igualmente a las transacciones a comisión, en las que una entidad extranjera se dedica a actividades comerciales pero no se hace realmente cargo de la propiedad de las mercancías exportadas. La impropia asignación de los gravámenes podría también en esa situación ocasionar la exención de los ingresos derivados de procesos económicos nacionales. Para llenar ese resquicio legal, la nota de pie de página 59 debe interpretarse en el sentido de que permite análogamente una asignación de los ingresos repartiéndolos entre procesos económicos nacionales y procesos económicos en el extranjero para las transacciones entre partes vinculadas que entrañen el pago de una comisión, como es el caso de una EVE que opere a comisión.

4.1120 Las normas sobre fijación de precios de transferencia para las EVE en el párrafo a) del artículo 925 del IRC están redactadas casi en los mismos términos y obedecen a un propósito análogo al de la nota de pie de página 59. En razón de que la EVE debe ser una entidad extranjera y dado que parte de sus ingresos quedan exentos de la tributación estadounidense, las normas de fijación de precios de transferencia deben asignar correctamente los ingresos producidos por las transacciones de EVE entre las EVE y sus entidades vinculadas. El párrafo a) del artículo 925 proporciona normas para la asignación de los ingresos a las EVE haciendo referencia a los precios de transferencia de los bienes elegibles en las ventas de las entidades vinculadas a las EVE.

4.1121 La vinculación entre la nota de pie de página 59, las normas de fijación administrativa de precios en el párrafo a) del artículo 925 y la asignación de beneficios a las actividades económicas en el extranjero radica en que se asigna a la EVE una parte de los beneficios de sus transacciones como

tal correlativa a los ingresos imputables a actividades de distribución y ventas en el extranjero. Las Comunidades Europeas alegan que esta imputación es incorrecta porque se sostiene que la nota de pie de página 59 requiere un análisis basado en las actividades desarrolladas por la EVE con su propio personal. Pero el texto de la nota citada no reclama un enfoque de esa naturaleza. Por el contrario, no sería incompatible con el principio de la contratación en condiciones de plena competencia de la nota de pie de página 59 asignar a las EVE ingresos imputables a actividades de distribución y ventas en el extranjero, porque las EVE deben desarrollar, o pagar, todas esas actividades si utilizan las normas de fijación administrativa de precios. En realidad, la Prueba 20 de los EE.UU. demuestra que la asignación de beneficios a las EVE cabe dentro de los márgenes apropiados en condiciones de plena competencia para entidades que desarrollan, o pagan, actividades de distribución y ventas.

4.1122 En las ventas a clientes fuera de los Estados Unidos, esas actividades son extranjeras porque por necesidad ocurrirán predominantemente fuera de su territorio. Por consiguiente, la asignación de beneficios a las EVE conforme al párrafo a) del artículo 295 refleja principalmente un reparto entre los ingresos imputables a las actividades extranjeras y a las actividades nacionales. Al gravar directamente con el impuesto a la renta un porcentaje sustancial de los ingresos de la EVE, los Estados Unidos garantizan que la parte de los ingresos exenta de impuestos no se desviará apreciablemente de la parte de los ingresos imputables a las actividades económicas en el extranjero realizadas en conexión con ventas de la EVE. La Prueba 21 de los EE.UU. aporta algunas pruebas empíricas de la correlación entre las actividades económicas en el extranjero y la cantidad exenta. No se ha producido ninguna economía importante de impuestos directos sobre las actividades económicas nacionales y se han respetado los principios de la nota de pie de página 59. La Unión Europea no ha demostrado lo contrario.

4.1123 Las Comunidades Europeas deben hablar por sí mismas sobre esta cuestión, porque los Estados Unidos creen que la EVE, como está actualmente constituida, cumple plenamente con el Acuerdo SMC.⁵⁰³

4.1124 Sin embargo, los Estados Unidos observan que la pregunta del Grupo Especial aprecia un defecto fundamental en los argumentos de las Comunidades Europeas acerca del párrafo 1 a) del artículo 3. Las Comunidades Europeas afirman que lo pertinente en la presente diferencia es cómo los Estados Unidos gravan las tres categorías de ingresos de fuente extranjera antes mencionadas. Suponiendo, a los efectos del debate, que la afirmación de las Comunidades Europeas sea correcta, su argumentación debe sucumbir *porque el sistema impositivo de los Estados Unidos, en realidad, exime de impuestos a estas categorías de ingresos de fuente extranjera*. Es irrelevante si los Estados Unidos crean la exención en una disposición omnicompreensiva o en diversas disposiciones separadas, y el hecho de que las leyes impositivas de los Estados Unidos puedan parecer diferentes de las leyes de los sistemas fiscales territoriales, o más complejas que ellas, no es pertinente.

4.1125 En la medida en que la expresión "actividades de distribución y ventas en el extranjero" en la pregunta 7 se refiere a las actividades de distribución y ventas desarrolladas fuera del territorio de los Estados Unidos, todos los ingresos imputables a esas actividades serían ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero. No habría ninguna diferencia si las actividades fueran realizadas directamente por la EVE, por la empresa matriz con arreglo a un subcontrato de la EVE o por un tercero independiente con arreglo a un subcontrato de la EVE, porque la ubicación geográfica

⁵⁰³ Los párrafos 4.1123 a 4.1124 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta formulada a las Comunidades Europeas por el Grupo Especial: Dada la opinión de las Comunidades Europeas sobre la incompatibilidad del régimen de las EVE con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, ¿se modificaría esta opinión si el régimen de las EVE fuera también accesible a entidades: a) que participan en la importación de mercancías a los Estados Unidos; b) que operan en el extranjero en actividades económicas distintas de la exportación de los Estados Unidos o la importación a ese país; c) unas y otras?

de las actividades seguiría estando fuera de los Estados Unidos. Por ejemplo, una venta de mercancías de valor sustancial a clientes extranjeros requerirá generalmente que unos representantes se encuentren con esos clientes en sus oficinas nacionales (es decir, extranjeras). Esas reuniones serán actividades de ventas en el extranjero, tanto si los representantes son empleados de una EVE, como de su matriz estadounidense o un tercero independiente.⁵⁰⁴

4.1126 El hecho de que las actividades sean realizadas por el proveedor vinculado en nombre de la EVE y que ésta las pague no transforma los procesos económicos en el extranjero en procesos económicos nacionales. Por ejemplo, si una EVE contrata con su proveedor vinculado la función de negociación y el proveedor vinculado utiliza a empleados de una empresa extranjera controlada o a un vendedor independiente para desarrollar estas actividades en el extranjero, ¿convierte esto la actividad en un proceso económico nacional como sostienen las Comunidades Europeas? La mera asociación de una entidad nacional con un proceso económico en el extranjero no convierte ese proceso en nacional.

4.1127 En sus comunicaciones, los Estados Unidos han utilizado generalmente la expresión "ingresos de fuente extranjera" como abreviatura de la formulación más larga utilizada por el Consejo del GATT en su Decisión de 1981. "Ingresos de fuente extranjera" tiene también un significado técnico concreto en el derecho tributario estadounidense, como queda reflejado en el párrafo a) del artículo 921 con respecto al carácter de los ingresos de comercio exterior exentos de las EVE. Hablando de empresas extranjeras, el significado de la expresión se refiere normalmente a si una empresa extranjera estará sometida a los impuestos estadounidenses. A este respecto, el trato fiscal estadounidense de las ventas de empresas extranjeras de bienes de inventario para su uso, enajenación o consumo fuera de los Estados Unidos (como lo requiere el trato dado a las EVE) es de ordinario más generoso que el otorgado a las EVE. Conforme a principios tributarios fundamentales de los Estados Unidos, los ingresos de ventas de empresas extranjeras a clientes extranjeros se considerarían normalmente ingresos de fuente extranjera y estarían exentos de tributación por los Estados Unidos.

4.1128 En verdad, excepto por lo que se refiere a las EVE, las empresas extranjeras virtualmente nunca están sometidas directamente a la tributación estadounidense por sus ingresos de fuente extranjera. Conforme al artículo 864 y al párrafo e) 2) B) del artículo 865 del IRC, incluso si la oficina de una empresa extranjera en los Estados Unidos desempeñase un papel activo en esa venta, los ingresos no serían gravados por los Estados Unidos, en la medida en que una oficina extranjera hubiese tenido también una participación importante en las actividades de ventas. De este modo, si una empresa francesa utilizase la oficina de una sucursal o la de una filial en Nueva York para ayudar a vender mercancías a clientes en América Latina y la sede en Francia tuviese una participación importante en las actividades de ventas, los Estados Unidos eximirían a la empresa francesa de tributación por esas ventas -incluso si parte de la actividad que originase los beneficios de las ventas se desarrollase claramente en los Estados Unidos.

4.1129 Puesto que las Comunidades Europeas han confundido las cuestiones con su tardío y superficial análisis de las normas sobre las fuentes de ingresos, los Estados Unidos ofrecen el siguiente breve análisis sobre cómo las normas generales sobre las fuentes de ingresos conforme a la ley estadounidense del impuesto a la renta se aplicarían a los ingresos de una empresa extranjera, como una EVE. Según que se considere una EVE que opera a comisión o una EVE que compra y vende, las EVE obtienen ingresos por comisiones (ingresos de servicios) o ingresos por ventas.

⁵⁰⁴ Los párrafos 4.1125 a 4.1130 reflejan la respuesta de los Estados Unidos a la siguiente pregunta del Grupo Especial: Supongamos que una EVE subcontrata todas sus funciones de distribución y ventas en el extranjero relacionadas con sus operaciones como EVE a su empresa matriz y paga por ellas. En esas circunstancias, ¿se consideraría a los efectos fiscales que los ingresos producidos por esas operaciones serían ingresos de fuente extranjera o ingresos de fuente nacional? ¿En qué proporción?

Respecto de los ingresos de servicios, las normas generales estadounidenses aplicables a las fuentes de ingresos considerarían como fuente de esos ingresos el lugar donde los servicios se prestan. En el caso de ingresos por ventas, cuando la venta es para el uso, la enajenación o el consumo en el extranjero, y tiene en ella una participación importante una oficina en el extranjero las normas generales sobre las fuentes de ingresos calificarían los ingresos como extranjeros. A este respecto, la Prueba 21 de los EE.UU. demuestra que, globalmente considerados, los ingresos de las EVE exentos de impuestos se originan en una actividad en el extranjero, lo que corrobora que la exención parcial para los ingresos de las EVE que cumplen los requisitos es coherente con los resultados que se obtendrían conforme a las normas generales sobre las fuentes de ingresos para las empresas extranjeras.

4.1130 Los requisitos legales de que las EVE realicen ciertos procesos económicos en el extranjero están en general concebidos para asegurarse de que las EVE tienen una participación importante en todas las ventas de las que puedan obtener ingresos de comercio exterior exentos, incluso cuando gran parte de la actividad de ventas ha sido desarrollada mediante subcontrata por la empresa matriz estadounidense (en realidad, una oficina de la EVE en los Estados Unidos). De este modo, el trato dado a los ingresos de las EVE procedentes de actividades de distribución y ventas en el extranjero es fundamentalmente coherente con las normas estadounidenses para atribuir ingresos de este tipo a una fuente determinada. El trato dado a las EVE es menos generoso que el de la norma general porque los Estados Unidos concibieron la EVE para cumplir con los requisitos articulados en la Decisión del Consejo de 1981. Al gravar directamente con el impuesto a la renta un porcentaje sustancial de los ingresos de las EVE -en lugar de eximir todos sus ingresos- los Estados Unidos han garantizado que la parte de los ingresos exentos de impuestos no se apartará apreciablemente de la parte de los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero desarrolladas en relación con las ventas de las EVE. La Prueba 21 de los EE.UU. suministra datos empíricos sobre la correlación entre las actividades económicas en el extranjero y la cantidad eximida.

4.1131 Por su parte, los Estados Unidos no ven cómo las normas de fijación administrativa de precios para las EVE pueden llegar a producir una violación independiente del Acuerdo SMC "de no existir las exenciones". La existencia de la exención fiscal concedida a las EVE es condición necesaria para la aplicación de las normas de fijación administrativa de precios. De no existir la exención, las normas de fijación de precios serían superfluas e ineficaces. En verdad, los Estados Unidos creen que las Comunidades Europeas han adelantado esta postura peculiar para oscurecer el hecho de que es condición necesario del principio de las condiciones de plena competencia de la nota de pie de página 59 que los ingresos de fuente extranjera puedan ser correctamente eximidos de impuestos sin infringir la prohibición de las subvenciones a la exportación del Acuerdo SMC.⁵⁰⁵

4.1132 Los Estados Unidos han explicado que sólo de una manera cabe estimar que las normas administrativas de fijación de precios para las EVE sean incompatibles con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Esto ocurriría únicamente si las Comunidades Europeas pudiesen demostrar que, al infringir el principio de las condiciones de plena competencia de la nota de pie de página 59, las normas eximen de tributación ingresos de fuente *nacional* y que lo hacen en medida "importante". Desde luego, las Comunidades Europeas no han proporcionado al Grupo Especial ninguna prueba en este sentido porque no han reconocido el principio jurídico rector aplicable a sus alegaciones respecto del párrafo 1 a) del artículo 3. Por el contrario, los Estados Unidos han presentado al Grupo Especial pruebas, en particular las Pruebas 20 y 21 de los EE.UU., que indican que las normas administrativas sobre fijación de precios para las EVE son coherentes con los

⁵⁰⁵ Los párrafos 4.1131 a 4.1133 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta formulada a las Comunidades Europeas por el Grupo Especial: ¿Sostienen las Comunidades Europeas que las normas especiales de fijación administrativa de precios tienen una existencia jurídica autónoma de tal modo que, incluso de no existir las exenciones, podrían dar lugar a violación independiente del Acuerdo SMC?

resultados en transacciones entre fabricantes y distribuidores independientes, que las normas exigen correctamente los ingresos de fuente extranjera obtenidos globalmente en transacciones de EVE y que si se produce alguna economía de impuestos sobre los ingresos de fuente nacional, esa economía no es "importante".

4.1133 Por consiguiente, como asunto puramente teórico, las normas de fijación administrativa de precios para las EVE podrían provocar una "violación independiente" únicamente en caso de que el Grupo Especial concluyera que a) la exención impositiva de las EVE es permisible (porque los ingresos de fuente extranjera no necesitan ser objeto de imposición fiscal), y b) las normas de fijación administrativa de precios tienen no obstante como consecuencia que ingresos de fuente nacional escapen a la tributación en medida "importante". En razón de que las Comunidades Europeas no han satisfecho su carga de la prueba de estos puntos críticos, el Grupo Especial debe rechazar sus reclamaciones acerca de las normas de fijación administrativa de precios.

4.1134 Para empezar, los Estados Unidos observan que la frase "gama de tolerancia" fue utilizada por las Comunidades Europeas y no por los Estados Unidos. Los Estados Unidos se referían a la "gama abarcada en condiciones de plena competencia". Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 115, nota 97. Las Comunidades Europeas han admitido que los ajustes de los precios de transferencia entre partes vinculadas sólo precisan "dar por resultado una aproximación suficientemente cercana a las condiciones de plena competencia en una [...] amplia diversidad de casos a lo largo del tiempo".⁵⁰⁶ Las Comunidades Europeas incluso reconocieron que se satisface el principio de las condiciones de plena competencia siempre que los resultados de una medida determinada queden comprendidos dentro de una reconocida "gama de tolerancia".^{507 508}

4.1135 Los Estados Unidos admitirían que en determinados casos los resultados conforme a las normas de fijación administrativa de precios para las EVE puedan diferir de los resultados a que se llegaría conforme al artículo 482 del Código de Rentas Internas. Pero la nota de pie de página 59 no exige de un Miembro que haga un tipo de análisis funcional completo que cabría exigir conforme al artículo 482. Como se expresa en la segunda comunicación de los Estados Unidos, en particular en los párrafos 102 y 103, las normas de fijación administrativa de precios para las EVE entrañan métodos globalmente válidos y estables, a pesar de las variaciones que puedan ocurrir en determinados casos. Las normas de fijación administrativa de precios llegan a este resultado de una manera que otorga facilidades administrativas a los contribuyentes y a los administradores de impuestos. Como ya se explicó al Grupo Especial, vista la necesidad de mantener la confidencialidad de la información sobre el contribuyente, conforme a las leyes de la mayoría de los países, incluidas las de los Estados Unidos, evaluar la coherencia de las prácticas de fijación de precios de un Miembro de manera global es el enfoque más apropiado conforme a la nota de pie de página 59 y seguramente fue éste el criterio previsto por sus redactores.

4.1136 A este respecto, la cuestión planteada en esta diferencia consiste en saber si los resultados producidos por las normas de fijación administrativa de precios para las EVE se apartan del principio de las condiciones de plena competencia de la nota de pie de página 59. Reiterándolo, las

⁵⁰⁶ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 80, *citada en* la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 114.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 86, *citado en* la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 114.

⁵⁰⁸ Los párrafos 4.1134 a 4.1137 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: Los Estados Unidos creen que las normas de fijación administrativa de precios para las EVE, globalmente, están dentro del "margen de tolerancia". ¿Admitirían los Estados Unidos que, en determinados casos, esas se apartaran de un resultado obtenido en condiciones de plena competencia? ¿Cuál es el margen tolerable o "margen de tolerancia"?

Comunidades Europeas no han concretado ante el Grupo Especial a qué se refiere el principio de las condiciones de plena competencia de la nota, y sus argumentos sobre esta cuestión presentan un objetivo en constante movimiento.⁵⁰⁹ En vez de ello, las Comunidades Europeas sólo alegan que, sea cuál sea la norma de la nota de pie de página 59, las normas de fijación administrativa de precios para las EVE no la satisfacen. A juicio de los Estados Unidos, incumbe a las Comunidades Europeas, como reclamantes, precisar cuál es la norma conforme a la nota de pie de página 59 y aportar luego pruebas que demuestren que las normas de fijación administrativa de precios para las EVE no producen resultados dentro del "margen de tolerancia" establecido por esa norma. Mientras las Comunidades Europeas no lo hayan hecho, no habrán satisfecho su carga de la prueba, y no corresponde a los Estados Unidos demostrar por qué las normas de fijación administrativa de precios para las EVE se ajustan a una norma aún no definida.

4.1137 En cuanto a la segunda parte de la pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos creen que la que habría que formular es si las normas de fijación administrativa de precios para las EVE, globalmente, asignan erróneamente de manera sistemática ingresos de fuente nacional a las EVE. Las únicas pruebas empíricas de que dispone el Grupo Especial en este caso son las Pruebas 20 y 21 de los EE.UU. La Prueba 20 de los EE.UU., que se basa en datos públicos libremente accesibles a las Comunidades Europeas, demuestra que los porcentajes de imputación a las EVE caben holgadamente dentro del margen de desglose de los beneficios entre fabricantes y distribuidores independientes. En cuanto a la Prueba 21 de los EE.UU., ésta sugiere que, en conjunto, el reparto de los ingresos entre matrices estadounidenses y EVE vinculadas entre sí refleja correctamente la cantidad de actividad económica en el extranjero desarrollada por las EVE o de las que éstas responden.

4.1138 Para empezar, los Estados Unidos deben dejar claro que no consideran la nota de pie de página 59 como una "excepción" al punto e). En vez de ello, forma parte del punto e), así como presumiblemente las Comunidades Europeas consideran la nota de pie de página 15 del Acuerdo SMC como parte del párrafo 1 a) del artículo 6. Los Estados Unidos tampoco discrepan de la proposición según la cual la nota de pie de página 59 explica el alcance del punto e). Por el contrario, el desacuerdo de los Estados Unidos con las Comunidades Europeas se refiere a la manera como la nota de pie de página 59 explica este alcance.⁵¹⁰

4.1139 Dicho esto, los Estados Unidos no ven nada en la nota de pie de página 59 que pudiera desplazar la carga de la prueba de las Comunidades Europeas a los Estados Unidos y, en la segunda reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas parecían compartir este parecer. Como cuestión general, el Órgano de Apelación ha aclarado que el reclamante soporta la carga de presentar los argumentos que indicarían una presunta violación. Véase, por ejemplo, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India ("Camisas de lana")*, documento WT/DS33/AB/R, informe del Órgano de Apelación, página 19. La asignación de esta carga no se evita describiendo una disposición como una "excepción". *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos ("CE - Hormonas")*, documentos WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, informe del Órgano de Apelación

⁵⁰⁹ Por ejemplo, las Comunidades Europeas parecen haber abandonado su afirmación inicial de que las Directrices de la OCDE deben proporcionar la norma para la nota de pie de página 59.

⁵¹⁰ Los párrafos 4.1138 a 4.1140 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: Los Estados Unidos dicen que la nota de pie de página 59 del Acuerdo sobre Subvenciones limita el alcance del punto e) de la Lista ilustrativa. Las Comunidades Europeas dicen que la nota de pie de página 59 explica el alcance del punto e). ¿Cuál sería la consecuencia lógica de la interpretación de la nota de pie de página 59 con respecto a la carga de la prueba si esa nota se caracteriza como "excepción" al punto e)? Con otras palabras, ¿quién soporta la carga de la prueba de que las normas de fijación administrativa de precios para las EVE satisfacen o no los requisitos de la 59? Asimismo, ¿cómo afectaría la caracterización de la nota de pie de página 59 a la interpretación de esa nota?

aprobado el 16 de enero de 1998, párrafo 104. La asignación de la carga de la prueba puede desplazarse cuando un Miembro demandado invoca una disposición con carácter de defensa positiva, como el artículo XX del GATT. *Camisas de lana*, página 19. Pero la nota de pie de página 59 carece de las características de una defensa positiva.

4.1140 En la medida en que se trata de la interpretación del significado de la nota de pie de página 59, incluso si la nota se caracterizase como una "excepción", esto no justificaría un método diferente de interpretación de los tratados. Este punto fue aclarado por el Órgano de Apelación en el caso *CE - Hormonas*, párrafo 104, en que declaró lo siguiente:

[C]aracterizar simplemente la disposición de un tratado como una "excepción" no basta para justificar una interpretación más "estricta" o más "restringida" de esa disposición que la que se obtendría mediante un examen del sentido corriente de las palabras concretas del tratado, consideradas en el contexto y a la luz del objeto del fin de ese tratado o, en otras palabras, aplicando las normas corrientes de interpretación de los tratados.

4.1141 Como anteriormente se explicó en la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 113, y en la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 136 a 138, la nota de pie de página 59 reclama el empleo de un enfoque global. Las Comunidades Europeas han desechado el análisis de los Estados Unidos afirmando en sustancia que es erróneo centrarse en las palabras elegidas por los redactores del Acuerdo SMC, proposición bastante notable a la luz del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.⁵¹¹

4.1142 Otra justificación textual de un enfoque global es la utilización de la frase "*prácticas administrativas o de otra clase*" en la nota de pie de página 59 (cursiva añadida). Conforme a la nota, es la práctica la que debe infringir el principio de las condiciones de plena competencia y dar por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. "Práctica" se define como:

- 1a. La realización o actuación habitual *de* algo; la acción o conducta usual o acostumbrada; la acción por oposición a la profesión, la teoría, el conocimiento, etc.
- b. Una costumbre; un hábito; una acción habitual.
- c. *Derecho* un método de procedimiento judicial inveterado.

Como puede apreciarse por esta definición, una "práctica" entraña más que un acto aislado, y connota, por el contrario, actos repetidos. Como tal, toda evaluación de la práctica requiere una evaluación global. Esta conclusión se ve reforzada por el empleo en la nota de pie de página 59 de la forma plural "transacciones" en lugar de la forma singular "transacción".

4.1143 Además, si bien las Comunidades Europeas han admitido que nada en el Acuerdo SMC excluye la utilización de métodos simplificados para aplicar el principio de las condiciones de plena competencia⁵¹², interpretar que la nota de pie de página 59 requiere el empleo de un enfoque específico para cada transacción, tendría como resultado prohibir la aplicación de normas de conveniencia administrativa con respecto a la fijación de precios de transferencia. Esto se debe a que

⁵¹¹ Los párrafos 4.1141 a 4.1147 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: Con respecto al concepto de "global", ¿qué base habría que utilizar para determinar si se trata o no de una economía de impuestos "importante"? Dicho de otra manera, ¿cómo se mide una economía de impuestos "importante"? ¿En el plano global? ¿En el plano de la empresa?

⁵¹² Véase la segunda comunicación de las Comunidades Europeas, Anexo EC-1, página 17 (repuesta a la Pregunta 39 de los Estados Unidos).

las normas de conveniencia administrativa, por su misma naturaleza, son menos precisas que otras normas más rigurosas y menos administrativamente convenientes e inevitable producirán en los diversos casos consecuencias que tal vez difieran de las resultantes de aplicar normas más precisas. Por ello, sólo se puede evaluar equitativamente la razonabilidad de las normas de conveniencia sobre la base de los resultados globalmente producidos.

4.1144 Finalmente, los Estados Unidos desearían aprovechar esta oportunidad para formular una observación sobre la afirmación de las Comunidades Europeas de que la tercera oración de la nota de pie de página 59 no se aplica a las normas de fijación administrativa de precios para las EVE porque esas normas son de carácter legal y no de otra índole. Esta afirmación no se apoya en el texto de la tercera oración y tendría consecuencias absurdas si se aceptase, y está en contradicción con las propias pruebas de las Comunidades Europeas (Prueba 28 de las CE) relativas a la finalidad de la nota de pie de página 59.

4.1145 Con respecto al texto, la tercera oración se refiere a las "prácticas administrativas o de otra clase". Una práctica reflejada en una ley puede fácilmente caracterizarse como una práctica "de otra clase". Sostener lo contrario llevaría al resultado absurdo de que una práctica podría estimarse permisible conforme a la nota de pie de página 59 si estuviera articulada en forma no legal, pero que exactamente la misma práctica estaría prohibida si se articulase en forma de ley.

4.1146 Además, la "Carta del Sr. Rivers", que las Comunidades Europeas han ofrecido como fuente pertinente para interpretar la nota de pie de página 59, propugnaba que el GATT regulara tanto las leyes como las prácticas administrativas relativas a la fijación de precios de transferencia. Prueba 28 de las CE, página 2. A la luz de este objetivo, es más razonable llegar a la conclusión de que la redacción definitivamente utilizada -"prácticas de otra clase"- tenía por fin abarcar los métodos de fijación de precios de transferencia consagrados en forma de ley.

4.1147 Los Estados Unidos han sugerido una manera útil de medir si el régimen de las EVE proporciona una "importante economía" de impuestos directos en el sentido de la nota de pie de página 59. Véase la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 137 a 147. En resumen, el régimen de las EVE acuerda en general una ventaja *ad valorem* de menos del 1 por ciento y las economías que puedan otorgar las normas de fijación administrativas de precios para las EVE son aún menores. Sea cuál sea la cuantía que la "importancia" pueda tener, no puede considerarse que una medida impositiva que otorgue sólo beneficios insignificantes conforme a las normas del Acuerdo SMC confiera una importante economía de impuestos.

4.1148 Tanto si se evalúa en el plano global como en el de la empresa, es posible, y en realidad lo exige la nota de pie de página 59, que estos asuntos sean objeto de tratados sobre imposición u otros mecanismos apropiados. Las cuestiones planteadas por las Comunidades Europeas son aquellas que las autoridades tributarias competentes y la OCDE están pertrechadas para tratar. Véase la solicitud de constataciones preliminares de los Estados Unidos.⁵¹³

4.1149 Las normas de fijación administrativa de precios para las EVE no requieren una evaluación de tipo tradicional de la fijación de los precios de transferencia que exija muchos recursos, específicamente para cada empresa y transacción. No obstante, el Servicio de Rentas Internas (IRS) de los Estados Unidos hace cumplir todos los requisitos legales con respecto a las calificaciones y asignaciones de ingresos de las EVE y corrige *a posteriori* las asignaciones erróneas, por vía litigiosa si es necesario. Véanse las Pruebas 18 y 19 de los EE.UU. Dado que se exige a una EVE que

⁵¹³ El párrafo 4.1148 refleja la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: Si son del parecer que las cuestiones pueden evaluarse en el plano de la empresa, ¿sería posible ocuparse de ellos en tratados sobre imposición u otros mecanismos apropiados?

desarrolle o pague actividades por las que se le asigna una parte de los beneficios conforme a las normas sobre fijación administrativa de precios, el nivel de asignación tiene por fin, y normalmente así ocurre, situarse dentro de la gama de valores que se consideran ajustados a las condiciones de plena competencia. Véase la Prueba 20 de los EE.UU.⁵¹⁴

4.1150 Con respecto a las dos primeras preguntas, la Decisión del Consejo de 1981 resuelve la cuestión del pago a un representante estableciendo una norma según la cual los ingresos resultantes de un proceso pueden ser eximidos de impuestos si ese proceso tuvo lugar fuera de límites territoriales del país exportador. Así, por lo que se refiere a este caso, si una EVE paga a un representante para que realice un proceso (tanto si el representante está vinculado a la EVE como si es independiente de ella), los ingresos generados en ese proceso pueden ser eximidos de impuestos si el proceso se desarrolla fuera de los Estados Unidos. Por ejemplo, una reunión de ventas en los locales de un cliente extranjero es un proceso en el extranjero, prescindiendo de si los vendedores están directamente empleados por una EVE, son empleados de la empresa matriz estadounidense, por los cuales la EVE reembolsa a la matriz, o son representantes independientes contratados por la EVE.⁵¹⁵

4.1151 Con respecto al término "procesos", una definición del inglés "*process*" es la siguiente:

4 Algo que se produce o se lleva a cabo; una serie continua de actos, acontecimientos o cambios; una manera de actuar; un procedimiento; *esp.* una acción continua y regular o una sucesión de acciones que se producen o se ejecutan de manera definida; una serie sistemática de acciones u operaciones dirigidas a un fin, como en la fabricación, la impresión, la fotografía, etc. *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

En opinión de los Estados Unidos, las funciones desempeñadas por una EVE -"distribución" y "ventas"- entran dentro de esta definición de "proceso". Véase también la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 86, donde se examina la definición de "económico" y "proceso".

4.1152 Con respecto a "actividad", una definición de esta palabra es la siguiente: "4. Una fuerza u operación activa; una ocupación, un empeño. b. En *pl.* Cosas que una persona, un animal o un grupo decide hacer. *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993). De esta manera, aunque puedan no ser sinónimos, existe ciertamente un solapamiento entre las definiciones de "proceso" y "actividad". En opinión de los Estados Unidos, las ventas y la distribución -las cosas que hace una EVE- pueden describirse como "procesos" y como "actividades".

⁵¹⁴ El párrafo 4.1149 refleja la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: En su declaración oral en la segunda reunión del Grupo Especial, celebrada el 16 de marzo de 1999, en el párrafo 31, las Comunidades Europeas declaran lo siguiente:

Es también importante observar que, conforme al artículo 482, el IRS conserva la posibilidad de corregir *a posteriori* las asignaciones erróneas. Éste no es el caso conforme a las normas de fijación administrativa de precios que prevén una asignación fija de unos beneficios comunes a la EVE independientemente de sus actividades reales. No existe ningún mecanismo de corrección *a posteriori* si la actividad de la EVE ha sido casi nula.

¿Cuáles son las opiniones de los Estados Unidos acerca de esta afirmación? ¿Es la evaluación de los auditores del IRS de carácter cualitativo o cuantitativo en lo que respecta a la importancia de la actividad de una EVE?

⁵¹⁵ Los párrafos 4.1150 a 4.1153 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿Resuelve la Decisión del Consejo de 1981 la cuestión del pago a un representante? Sírvanse armonizar la respuesta de los Estados Unidos con la referencia a los "procesos situados fuera de los límites territoriales". ¿Qué cosa son "procesos"? ¿Son "procesos" lo mismo que "actividades"? ¿Qué se entiende por "situación"? ¿Se refiere esto al sitio dónde se hace una cosa o allí dónde ocurre?

4.1153 Con respecto a la "situación", ésta se refiere al lugar donde se desarrolla el "proceso" o la "actividad". Un "proceso" o una "actividad" se produce "en el extranjero" si se realiza fuera del territorio del país exportador. Los Estados Unidos remiten al Grupo Especial a la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 91 a 93, donde los Estados Unidos se refieren a este punto. Aquí, los Estados Unidos se limitarán a reiterar que su postura respecto de la "extranjería" de un proceso económico es exactamente la misma que propugnaban las Comunidades Europeas y sus Estados miembros en el momento de la Decisión del Consejo de 1981.

4.1154 Conforme al sentido recto de la Decisión del Consejo de 1981, la cuestión pertinente es dónde se desarrolla la actividad, no quién la desarrolla. Éste es el criterio que las Comunidades Europeas y sus Estados miembros propusieron al Consejo y que éste adoptó. Véase la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 91 a 93.⁵¹⁶

4.1155 A juicio de los Estados Unidos, una vez se ha atravesado todo el humo producido por las Comunidades Europeas, resulta evidente que la reclamación de las Comunidades Europeas consiste en decir que el sistema de las EVE encierra la posibilidad de eximir de impuestos ingresos de fuente nacional. Esto se echa de ver en la respuesta de las Comunidades Europeas a la pregunta 29 de los Estados Unidos formulada en la primera reunión del Grupo Especial. La pregunta 29 dice lo siguiente:

En el párrafo 65 de la declaración oral de las Comunidades Europeas, y en muchas ocasiones durante las observaciones ocasionales de las Comunidades Europeas en la reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas afirmaron que los procesos económicos atribuidos a la EVE se verifican en los Estados Unidos. Sírvanse indicar las partes precisas de la primera comunicación de las Comunidades Europeas y de cualquier comunicación hecha por las Comunidades Europeas durante la primera reunión del Grupo Especial que contengan pruebas que fundamenten esta afirmación.⁵¹⁷

4.1156 La respuesta de las Comunidades Europeas fue la siguiente:

Las Comunidades Europeas se limitaron a exponer que el programa relativo a las EVE *permite* subcontratar con el proveedor vinculado los procesos económicos que se supone que una EVE desarrolla, los cuales, por lo tanto, tienen lugar en los Estados Unidos, y que esa legislación sobre las EVE permite una exención impositiva formulística uniforme independientemente de la cantidad de trabajo que realmente efectúe una EVE.⁵¹⁸

4.1157 A juicio de los Estados Unidos, la única interpretación razonable de esta respuesta es que la reclamación de las Comunidades Europeas se basa en la alegación de que el programa relativo a las EVE "permite" la exención de ingresos de fuente nacional, no que el programa realmente exima esos ingresos. Ciertamente, la respuesta de las Comunidades Europeas a la Pregunta 29 de los

⁵¹⁶ El párrafo 4.1154 refleja la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿Cómo pueden los Estados Unidos defender según el sentido recto de la Decisión del Consejo de 1981 el hecho de que una EVE sea financieramente responsable de una actividad realizada por un representante o por su matriz? ¿Cómo puede eso ser un proceso económico ubicado en el extranjero?

⁵¹⁷ Los párrafos 4.1155 a 4.1157 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿Se quejan las Comunidades Europeas de que el sistema de EVE exime de impuestos ingresos de fuente nacional o que encierra la posibilidad de hacerlo?

⁵¹⁸ Segunda comunicación de las Comunidades Europeas, Anexo EC-1, página 14 (subrayado en el original).

Estados Unidos demuestra que las Comunidades Europeas *no* han presentado pruebas de que el programa relativo a las EVE realmente exima de impuestos ningún ingreso de fuente nacional.

4.1158 Visto el texto claro de la nota de pie de página 59, la "posibilidad" de eximir de impuestos ingresos de fuente nacional es insuficiente para constituir una violación. La nota de pie página 59 requiere que una práctica, como las normas de fijación administrativa de los precios, "*den como resultado* una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación". (Cursivas añadidas.) Suponiendo, como lo hacen los Estados Unidos, que los ingresos de fuente extranjera pueden correctamente ser eximidos de impuestos, las palabras citadas significan que las Comunidades Europeas deben hacer algo más que sostener que la exención de ingresos de fuente nacional es posible. En vez de ello, deben demostrar que esa exención realmente se produce y que la frecuencia y la cuantía de esa exención son suficientemente grandes para constituir una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación.⁵¹⁹

4.1159 Los Estados Unidos creen que son éstas excelentes preguntas que las Comunidades Europeas todavía no han respondido adecuadamente. Con respecto a la primera, observan simplemente que, en el momento en que se adoptó la Decisión del Consejo de 1981, la postura de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros era que las actividades de exportación cesaban en la frontera aduanera del país exportador. Véase la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 143 y 144. Con respecto a la segunda pregunta, conforme al principio articulado en la Decisión del Consejo de 1981, las actividades citadas no constituirían actividades de exportación. No hay nada en el Acuerdo SMC que requiera una conclusión diferente.⁵²⁰

4.1160 Los Estados Unidos remiten al Grupo Especial a su respuesta a la Pregunta oral 6 del Grupo Especial, *supra*. En opinión de los Estados Unidos, los procesos económicos en el extranjero, en el sentido de la Decisión del Consejo de 1981, comprenden todos los procesos económicos que se verifican en el extranjero, incluida la fabricación?⁵²¹

4.1161 El Grupo Especial formuló varias preguntas acerca del método por el que se adoptó la Decisión del Consejo de 1981 y si ésta llena los requisitos de una "decisión" conforme al párrafo 1 b) iv) de la cláusula de incorporación del GATT de 1994. En particular, el Grupo Especial consultó sobre la naturaleza del debate en la reunión del Consejo del 7 y el 8 de diciembre de 1981, que consta en el acta C/M/154, presentada por las Comunidades Europeas como Prueba 32 de las CE y a la que se refirió en los párrafos 36 a 59 de su segunda declaración oral de 16 de marzo de 1999.⁵²²

4.1162 La Decisión del Consejo adoptó los informes de los cuatro asuntos *Legislación fiscal*, junto con el entendimiento "de que con respecto a estos casos, y de una manera general", los procesos

⁵¹⁹ El párrafo 4.1158 refleja la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: Si sólo existe una posibilidad de eximir de impuestos ingresos de fuente nacional, ¿es ello suficiente para constituir una violación?

⁵²⁰ El párrafo 4.1159 refleja la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿Por qué se considerarían como subvenciones a la exportación actividades económicas que van más allá de las exportaciones? ¿Figurarían entre las actividades de exportación los ingresos obtenidos por una filial en el extranjero que vendiera en un mercado extranjero o fabricase en el extranjero?

⁵²¹ El párrafo 4.1160 refleja la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿Figuran entre los procesos económicos en el extranjero todos los procesos económicos en el extranjero, incluida la fabricación?

⁵²² Los párrafos 4.1161 a 4.1182 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: Sírvanse explicar la pertinencia de la Decisión del Consejo de 1981 respecto de esta diferencia.

económicos en el extranjero "(incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas)" "no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General [...]". Tras la adopción de los informes, el Presidente del Consejo declaró que "la decisión y entendimiento del Consejo" no querían decir que a las partes que habían suscrito el párrafo 4 del artículo XVI se les prohibiera gravar "los beneficios de las transacciones que se realizaran fuera de sus fronteras", y declaró que la decisión no modificaba las actuales reglas del GATT en el artículo XVI ni afectaba al Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio ni a los derechos y obligaciones que incumben a las partes contratantes en virtud del Acuerdo General.

4.1163 Las Comunidades Europeas argumentan en el párrafo 48 de su segunda declaración oral que la Decisión del Consejo no puede constituir una acción colectiva conforme al artículo XXV del GATT de 1947 y que, por ende, no es una "decisión" conforme al párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, ni una de las "demás decisiones" conforme al párrafo 1 b) iv) del GATT de 1994, porque no cambia el significado del párrafo 4 del artículo XVI del GATT. No obstante, una "decisión" no se limita a las acciones que "cambian" el significado de una disposición. Una acción que aclare o reafirme el significado de una disposición configura igualmente una decisión. Como se expresa en la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 54, nota 35, la Decisión del Consejo se limitó a reiterar, en términos generales, el entendimiento actual de las PARTES CONTRATANTES de que el párrafo 4 del artículo XVI no requiere de los países que hagan objeto de imposición fiscal los beneficios derivados de actividades situadas fuera de sus fronteras, incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas. Esta reafirmación del Consejo constituye acción colectiva de las PARTES CONTRATANTES conforme al párrafo 1 del artículo XXV, porque el Consejo está facultado para actuar en nombre de las PARTES CONTRATANTES. Véase la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 55 y 56.

4.1164 Además, la Decisión del Consejo fue, de hecho, adoptada por las PARTES CONTRATANTES mismas. En el documento del GATT L/5414 (12 de noviembre de 1982) (*Consejo de Representantes: Informe sobre la labor realizada desde el Trigésimo séptimo período de sesiones*), el Consejo informó al Trigésimo octavo período de sesiones de las PARTES CONTRATANTES sobre los asuntos examinados desde el Trigésimo séptimo período de sesiones. El informe abarcaba 33 asuntos, de los que los asuntos *Legislación fiscal* constituían el número 15 e). La primera página del informe declaraba lo siguiente: "La adopción del presente informe, en el que se resumen las medidas adoptadas por el Consejo, significará la aprobación de dichas medidas por las PARTES CONTRATANTES".

4.1165 Con dos excepciones, el trigésimo octavo período de sesiones de las PARTES CONTRATANTES procedió luego a adoptar el informe del Consejo. Documento del GATT SR.38/1 (15 de diciembre de 1982), página 11. Las excepciones afectaban el inciso a) del punto 1 (informes del Comité Preparatorio sobre los preparativos para la Reunión Ministerial) y el punto 13 (Restricciones comerciales aplicadas a la Argentina no fundadas en razones económicas). *Id.* De modo que, si bien las PARTES CONTRATANTES eran libres de rechazar la Decisión del Consejo de 1981, prefirieron en cambio adoptarla afirmativamente.

4.1166 El Grupo Especial preguntó sobre el significado de la intervención del delegado brasileño a la reunión del Consejo en el sentido de que la Decisión era críptica y que preferiría separar la aprobación de los informes de grupos especiales y las interpretaciones generales. A pesar de las reservas del delegado brasileño, la Decisión del Consejo constituyó una interpretación general del GATT de 1947 y fue reconocida como tal por los participantes en la reunión del Consejo. Su condición de interpretación general es reforzada por la posterior intervención del delegado de Chile, quien declaró que [compartía] la preocupación expresada por la delegación brasileña y [consideraba] que *hubiera sido* más apropiado adoptar un entendimiento con un enfoque más judicial que legislativo, *como [parecía] ser en el presente caso*". (Cursivas añadidas.) Para emplear la terminología de las

Comunidades Europeas, el delegado chileno percibió correctamente que el Consejo desarrollaba una actividad "de formulación de normas".

4.1167 El posterior coloquio entre los Estados Unidos, las Comunidades Europeas y el Canadá, citado en los párrafos 54 a 57 de la segunda declaración oral de las Comunidades Europeas se refirieron solamente a la interpretación que los Estados Unidos hacían en ese momento de la compatibilidad de las DISC con la Decisión del Consejo y, como tal, no es pertinente al escrutinio del significado general de la Decisión en el contexto de la presente diferencia ni a su condición como declaración general que trasciende a los cuatro asuntos que se debatían.

4.1168 Pero los análisis del Consejo del GATT relativos a las DISC posteriores a la adopción de la Decisión del Consejo indican que los Miembros de éste consideraban que la Decisión era una "decisión" sustantiva del Consejo y no simplemente la adopción rutinaria del informe de un grupo especial. Las Comunidades Europeas y otras Partes Contratantes consideraron que la Decisión era normativa y, con razón o sin ella, criticaron la legislación sobre las DISC por no ser compatible con ella.

4.1169 Por ejemplo, en la reunión del Consejo del 29 y el 30 de junio de 1982, el representante de las Comunidades Europeas declaró:

Hemos examinado estas alegaciones [de los Estados Unidos]. En nuestra opinión, los Estados Unidos mantienen la misma argumentación como si el sistema DISC no fuera formalmente diferente de las demás prácticas examinadas por los grupos especiales. De hecho, eran fundamentalmente diferentes; y los efectos de la Decisión de diciembre de 1981 habrían de variar en función de la pertinencia de la misma respecto de cada una de las prácticas. Una diferencia importante es que en el informe del Grupo Especial sobre la legislación DISC no se menciona la tributación de las "actividades de exportación" fuera de los Estados Unidos y que, en cambio, este aspecto es fundamental en los demás casos.

Las Comunidades sostienen que la consideración restrictiva esencial adoptada por el Consejo en diciembre pasado -que se refiere a las actividades de exportación desarrolladas fuera del territorio del país exportador- no es pertinente en el caso de las DISC. La intención era, claramente, establecer que las operaciones de las sucursales o filiales domiciliadas en el extranjero u otros establecimientos establecidos en el extranjero en relación con la exportación de mercancías no cabían en los términos del párrafo 4 del artículo XVI.

Según la información de que disponemos, el sistema DISC no se aplica a las actividades de exportación fuera del territorio de los Estados Unidos [*sic*]. A menos que los Estados Unidos contradigan este punto, queda claro que el efecto de las Decisiones de diciembre es eliminar la base de la constatación de los grupos especiales según la cual ciertas prácticas fiscales europeas, en ciertos casos, no eran compatibles con el párrafo 4 del artículo XVI -y ésta era justamente la razón por la cual la CEE y sus Estados miembros habían propuesto la fórmula adoptada; ésta no modifica en nada el elemento esencial sobre el que el Grupo Especial ha fundado sus constataciones en relación con las DISC.

Para concluir sobre este punto: cabe decir que el informe del Grupo Especial sobre las DISC no descansa sobre una base jurídica incorrecta. Se funda sobre las disposiciones del párrafo 4 del artículo XVI -que estamos todos de acuerdo en que no han sido modificadas. *La interpretación jurídica de diciembre pasado* no ha viciado el enfoque del Grupo Especial, ya que se aplica a una situación que no se produce en

el caso de las DISC. En consecuencia, en nuestra opinión, el régimen de las DISC es la única práctica que sigue siendo incompatible con el GATT. (C/M/159, páginas 6 a 9, reproducido íntegramente como C/W/391, páginas 1 a 4, subrayado en el original; cursiva añadida.)

4.1170 En sentido análogo, el representante de Australia declaró lo siguiente:

La adopción del informe del Grupo Especial no ha modificado en modo alguno sus conclusiones [sobre las DISC]; la puntualización de diciembre de 1981 se limitó a esclarecer la posición respecto de la imposición de mercancías resultantes de procesos económicos realizados por entidades situadas y legalmente constituidas fuera de los límites territoriales del país exportador. C/M/159, página 13.

4.1171 Además, en la reunión del Consejo del 21 de julio de 1982, documento C/M/160, las Comunidades Europeas presentaron una resolución, reproducida como documento C/W/392, que contenía una referencia concreta a la Decisión del Consejo:

Recordando que el informe del Grupo Especial [sobre las DISC] se había adoptado en diciembre de 1981, *junto con una decisión* sobre el trato fiscal de ciertas actividades de exportación en relación con el párrafo 4 del artículo XVI (L/5271) [...]. (Cursivas añadidas.)

4.1172 Estas referencias, que son sólo una pequeña muestra de las declaraciones hechas tras la reunión del Consejo de diciembre de 1981, dejan claro que los miembros del Consejo, incluidas las Comunidades Europeas, consideraban que la Decisión del Consejo de 1981 era una interpretación autorizada sobre la tributación de los procesos económicos en el extranjero.

4.1173 Que la Decisión del Consejo en conjunto constituía una acción colectiva conforme al párrafo 1 del artículo XXV tiene el apoyo del Índice Analítico del GATT: Guía de las Normas y Usos del GATT (1995), volumen 2, páginas 972-973, nota de pie de página 13, donde, en un examen de los ejemplos de acción colectiva conforme al artículo XXV, aparece la siguiente referencia: "*Por ejemplo*, la adopción de los cuatro informes de los Grupos Especiales (denominados entonces Grupos de Expertos) sobre legislación fiscal con sujeción a un entendimiento, contenida en el documento L/5271 (28S/121). Puesto que la Decisión del Consejo de 1981 adoptó asimismo los cuatro informes de los Grupos Especiales, la Decisión del Consejo constituyó igualmente una decisión conforme al artículo XXIII.⁵²³

4.1174 El ataque de las Comunidades Europeas a la Decisión del Consejo de 1981 parece fundarse en parte en la idea de que la cláusula de incorporación del GATT de 1994 tenía sólo por fin incorporar "grandes", a falta de una palabra mejor, decisiones adoptadas en el marco del GATT de 1947. En la segunda reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas sugirieron que, dado que el párrafo 1 b) i) a iii) se refiere a los protocolos relativos a concesiones arancelarias, los protocolos de adhesión y las decisiones sobre exenciones, una "decisión" debe ser de magnitud similar para quedar comprendida en el párrafo 1 b) iv).

⁵²³ Incluso si la parte de la Decisión del Consejo que trata de la adopción de los cuatro asuntos *Legislación fiscal* se considerase únicamente una decisión de conformidad con el artículo XXIII del GATT de 1947, el resto de la Decisión, en que se reafirmaba una norma general de que no era necesario que el país exportador gravara los procesos económicos en el extranjero y que esos procesos no debían considerarse como actividades de exportación conforme al párrafo 4 del artículo XVI, constituiría una acción colectiva de las Partes Contratantes de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXV.

4.1175 Esta aseveración es simplemente errónea. Las obligaciones de las Partes Contratantes conforme al GATT de 1947 consistían no sólo en las creadas por el texto mismo del GATT de 1947, sino también en obligaciones basadas en 47 años de decisiones, protocolos y otros instrumentos jurídicos que formaban un régimen jurídicamente exigible. A juicio de los Estados Unidos, los negociadores de la Ronda Uruguay no se propusieron descartar estas adquisiciones, y las Comunidades Europeas no han ofrecido prueba alguna de que lo hicieran. Al contrario, el párrafo 1 b) iv) y el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC demuestra que los negociadores procuraron salvar la continuidad entre el régimen antiguo y el nuevo, utilizando la nota interpretativa general del Anexo 1A para resolver los conflictos entre ambos regímenes. En verdad, dadas las limitaciones de tiempo, los negociadores renunciaron a intentar una revisión del texto del GATT para reflejar estas adquisiciones y prefirieron en vez de ello remitirse a la cláusula de incorporación.

4.1176 Haría falta un libro para documentar todas las diferentes decisiones e instrumentos jurídicos que se verían afectados si, como sugieren las Comunidades Europeas, se descartase todo lo adquirido bajo el GATT de 1947. Los Estados Unidos ofrecen aquí sólo algunos ejemplos. El 29 de enero de 1980, el Consejo del GATT aprobó las *Directrices para la toma de decisiones en virtud del apartado a) del párrafo 6 del artículo II del Acuerdo General*, L/4938, BISD 27S/28, que se ocupaban del ajuste de los derechos específicos a la luz de las modificaciones de los tipos de cambio. ¿No es ya válida esta decisión porque no tiene, por ejemplo, la misma magnitud que un protocolo de adhesión? Los Miembros con regímenes de derechos específicos quedarían sin duda sorprendidos al saber que, en opinión de las Comunidades Europeas, ya no pueden remitirse a esas directrices.

4.1177 El 26 de noviembre de 1986, las PARTES CONTRATANTES aprobaron un informe sobre el *Procedimiento para proveer en lo sucesivo el cargo de Director General*, L/6099, BISD 33S/55, como consecuencia de lo cual se aprobó una declaración acerca de los procedimientos de designación. Los Estados Unidos entienden que muchos Miembros, incluidos los Estados Unidos, sostienen la postura de que este procedimiento se aplica a la selección pendiente del próximo Director General de la OMC. ¿Se equivocan estos Miembros al remitirse a esta declaración porque no es de la misma magnitud que una decisión sobre una exención?

4.1178 A menos que el Grupo Especial esté dispuesto a relegar estas decisiones y estos instrumentos jurídicos y miles de otros a lo que las Comunidades Europeas han llamado la "nebulosa historia" del GATT de 1947, tiene que aceptar que la Decisión del Consejo de 1981 ha quedado incorporado al GATT de 1994.

4.1179 En el fondo, los argumentos de las Comunidades Europeas sobre la condición jurídica de la Decisión del Consejo de 1981 equivalen a la simple afirmación de que la Decisión no está comprendida en el párrafo 1 b) iv) porque se produjo al final de un proceso que comenzó conforme a las disposiciones sobre solución de diferencias del artículo XXIII del GATT. Sin embargo, que el proceso empezase en relación con un grupo especial de solución de diferencias o con un grupo de trabajo no afecta a la naturaleza de la medida del Consejo al final del proceso. Si el Consejo se hubiese ceñido a actuar como juez, podría haberse abstenido de adoptar los informes de grupos especiales en los asuntos *Legislación fiscal*. Podría también haber adoptado uno o más informes, como el relativo a las DISC y abstenerse de adoptar otros. Pero, por el contrario, dictó una decisión que, en sus términos expresos, no se limitaba a los casos que tenía ante sí, sino que aspiraba a que se aplicase "de una manera general", como lo entendieron en su momento los miembros del GATT, incluidas las Comunidades Europeas.

4.1180 Aunque los Estados Unidos están firmemente convencidos de que la decisión del Consejo se traslada al GATT de 1994, en virtud del párrafo 1 b) iv) y a la OMC en general, en virtud del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, en caso de que el Grupo Especial decidiese otra cosa, los Estados Unidos señalan a la atención del Grupo Especial la declaración del Órgano de Apelación en el

asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* en su párrafo 14, con respecto a los informes de grupos especiales adoptados en el marco del GATT de 1947. El Órgano de Apelación afirmó que, si bien esos informes no eran jurídicamente vinculantes para futuros grupos de apelación "son parte importante de las adquisiciones del GATT. Son a menudo examinados por grupos especiales posteriores. Crean expectativas legítimas entre los Miembros de la OMC y deben, por consiguiente, tomarse en cuenta cuando sean pertinentes a una controversia".

4.1181 En la presente diferencia, las anteriores consideraciones deben pesar aún más con respecto a la Decisión del Consejo que en relación con el informe adoptado de un grupo especial corriente. La Decisión del Consejo interpretó el párrafo 4 del artículo XVI tanto en general como en una controversia entre las mismas partes a raíz de una legislación predecesora de la que se controvierte en la presente diferencia. Además, como han declarado las comunicaciones de los Estados Unidos, éstos se remitieron en gran parte a la Decisión del Consejo al elaborar el régimen de las EVE de un modo que se proponía eliminar las críticas dirigidas contra las DISC. Finalmente, la Decisión constituye la *única* orientación clave de que dispone el Grupo Especial sobre la manera cómo debe tratarse la exención de impuestos de los ingresos de fuente extranjera para los fines de las normas de la OMC sobre subvenciones.

4.1182 Así pues, incluso si se concluyera que la Decisión del Consejo no está jurídicamente incorporada a la OMC y al GATT de 1994, los Estados Unidos consideran que el razonamiento expresado en la Decisión debería tenerse por altamente autorizado a los efectos de interpretar los artículos 1 y 3 del Acuerdo SMC y el punto e) y la nota de pie de página 59 de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación.

4.1183 A juicio de los Estados Unidos, no existe conflicto alguno entre el párrafo 4 del artículo XVI del GATT, como lo interpreta la Decisión del Consejo, y el Acuerdo SMC. El Consejo interpretó que el párrafo 4 del artículo XVI significa que la exención de impuestos de los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por el país exportador ni deben considerarse como actividades de exportación. Al hacerlo, el Consejo revocó en sustancia la constatación del grupo especial en los asuntos *Legislación fiscal* de que el no gravar los ingresos de fuente extranjera obtenidos como parte de una transacción de exportación constituía la condonación de ingresos por parte de los países afectados.⁵²⁴

4.1184 No hay ningún conflicto entre el principio articulado por el Consejo y el Acuerdo SMC. Es inherente a la nota de pie de página 59 la noción de que no es necesario gravar los ingresos de fuente extranjera obtenidos como parte de una transacción de exportación, sin que por ello se viole la prohibición de subvenciones a la exportación del Acuerdo SMC. Véase la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 89 a 91. Análogamente, la redacción del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 relativa a los ingresos condonados que "en otro caso se percibirían" no es autodefinitoria ni contradice en sus términos el principio articulado por el Consejo. *Dicho con otras palabras, el principio de que los ingresos de fuente extranjera "no necesitan ser objeto de imposición fiscal" puede reformularse como el principio de que el impuesto sobre los ingresos de fuente extranjera no es de los que "en otro caso se percibirían"*.

4.1185 Como los Estados Unidos ya lo explicaron, el texto del Acuerdo SMC demuestra que el artículo XVI constituye parte del contexto del Acuerdo SMC. En consecuencia, las decisiones que interpretan el artículo XVI, como la Decisión del Consejo de 1981, son pertinentes a la interpretación del Acuerdo SMC. Véase, *por ejemplo*, la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 28 a 32. Esta conclusión se ve reforzada por las decisiones del grupo especial y del Órgano de Apelación

⁵²⁴ Los párrafos 4.1183 a 4.1185 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿Existe algún conflicto entre la Decisión del Consejo de 1981 y el Acuerdo SMC?

en el asunto *Medidas que afectan al coco desecado*, que respaldan la proposición de que las disposiciones sobre subvenciones del GATT y del Acuerdo SMC no deben interpretarse aisladamente unas de otras. *Id.*, párrafos 33 a 35.⁵²⁵ Además, como existe en derecho internacional público una presunción contra la existencia de conflictos, el Grupo Especial debe, en la medida de lo posible, interpretar el artículo XVI y el Acuerdo SMC de modo que se evite un conflicto. Véase la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 37.

4.1186 Quizá más que ninguna otra de las preguntas formuladas en este caso por el Grupo Especial y las partes, ésta se dirige a la cuestión central de este asunto, porque pone de relieve que los argumentos de las Comunidades Europeas colocan "la forma por encima de la sustancia".⁵²⁶

4.1187 Si bien el Acuerdo SMC carece de preámbulo y de cualquier otra exposición de sus objetivos, es posible extraerlos, en particular con respecto a la prohibición de las subvenciones a la exportación, de las prácticas descritas en la Lista ilustrativa. El punto c) se refiere a las tarifas de transporte interior y de fletes para las exportaciones más favorables que las aplicadas a los envíos internos. El punto d) se refiere al suministro de productos o servicios para su uso en la producción de mercancías exportadas en condiciones más favorables que las aplicadas para su uso en la producción de mercancías destinadas al consumo interno. El punto f) se refiere a la concesión de deducciones

⁵²⁵ A este respecto, en el párrafo 72 de su segunda declaración oral, las Comunidades Europeas deforman el argumento de los Estados Unidos referente a la pertinencia de la Decisión del Consejo y la de las decisiones en el asunto del *Coco desecado*. Como un examen resulta claro de las comunicaciones estadounidenses en esta diferencia, los Estados Unidos *no* sostienen que el párrafo 4 del artículo XVI, tal como lo interpreta la Decisión del Consejo, prevalezca sobre el Acuerdo SMC. En vez de ello, los Estados Unidos argumentan que el párrafo 4 del artículo XVI, tal como se interpreta, constituye parte del contexto para interpretar términos ambiguos en el Acuerdo SMC.

En el mismo párrafo, las Comunidades Europeas interpretan también equivocadamente la resolución del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto del *Coco desecado*. Ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación decidieron que el Acuerdo SMC "prevalecía" sobre el artículo VI del GATT. En vez de ello, ambos órganos constataron que el artículo VI no podía aplicarse independientemente del Acuerdo SMC. En realidad, el Órgano de Apelación, tras observar debidamente que el Acuerdo SMC prevalecería en caso de un conflicto con el artículo VI, afirmó lo siguiente:

Sin embargo, ello no significa que los demás Acuerdos sobre el comercio de mercancías contenidos en el Anexo 1A, tales como el *Acuerdo sobre Subvenciones*, sustituyan al GATT de 1994, como lo ha dicho el Grupo Especial:

"[...] Lo que hay que examinar no es si el Acuerdo sobre Subvenciones ha reemplazado al artículo VI del GATT de 1994, sino si el artículo VI establece normas separadas y distintas de las del Acuerdo sobre Subvenciones susceptibles de aplicación con independencia de dicho Acuerdo o si, por el contrario, el artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones constituyen un conjunto inseparable de derechos y disciplinas que deben ser considerados conjuntamente."

Brasil - Medidas que afectan al coco desecado, WT/DS22/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 20 de marzo de 1997, página 17 (se omite la nota de pie de página).

⁵²⁶ Los párrafos 4.1186 a 4.1196 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: Los Estados Unidos son del parecer de que ningún ingreso de fuente extranjera necesita ser gravado. Las Comunidades Europeas, respondiendo a la Pregunta número 22 de los Estados Unidos, dice que no se puede permitir que el sistema de las EVE exima ingresos de fuente extranjera basándose en el hecho de la exportación. ¿Qué opinión es más coherente con el objetivo básico del Acuerdo SMC, en particular con respecto a la prohibición de las subvenciones a la exportación? Dicho de otra manera, si se estuviera redactando un nuevo Acuerdo SMC, ¿cómo se tratarían los ingresos de fuente extranjera?

especiales directamente relacionadas con las exportaciones o los resultados de exportación superiores a las concedidas respecto de la producción destinada al consumo interno. Los puntos g) y h) tratan ambos en general de las deducciones de impuestos indirectos que otorgan un trato favorable a las mercancías exportadas por contraposición a las mercancías vendidas para el consumo interno.

4.1188 Partiendo de estos ejemplos, parece razonable decir que el objetivo de la prohibición de las subvenciones a la exportación en el Acuerdo SMC es impedir el estímulo artificial de las exportaciones -no relacionado con la eficiencia económica y la ventaja comparativa- excluyendo el trato preferencial de mercancías vendidas para la exportación comparado con el otorgado a las vendidas para el consumo interno. Esto plantea la cuestión de cómo debe alcanzarse ese objetivo en el contexto de la tributación de los ingresos de fuente extranjera.

4.1189 Aunque el examen de los regímenes impositivos que se ha efectuado en esta diferencia no es en manera alguna exhaustivo, hemos visto que conforme a los regímenes de muchos países, a los efectos del impuesto a la renta, se trata más favorablemente las exportaciones de mercancías que las ventas de mercancías. Los Estados Unidos han descrito cómo los regímenes impositivos de los Países Bajos, Francia, Bélgica y Alemania permiten a una empresa pagar menos impuestos sobre una transacción de exportación de los que pagaría por una operación interna comparable. Segunda declaración oral de los Estados Unidos, párrafos 70 a 80. La capacidad de disminuir de esta manera los impuestos es cosa sabida por todo planificador impositivo europeo. De modo parecido, el régimen de las EVE tiene como consecuencia unos impuestos sobre las transacciones de exportación inferiores a los que gravan unas transacciones internas comparables.

4.1190 Si se partiera de cero y se examinaran los objetivos del Acuerdo SMC aisladamente de cualquier otra cosa, quizás se podría concluir que debería declararse cada uno de estos regímenes como una subvención a la exportación porque todos ellos permiten que los ingresos de ventas de exportación soporten menos impuestos que los ingresos de transacciones internas comparables. Además, los regímenes impositivos europeos (o regímenes similares de otros Miembros de la OMC, dicho sea de paso) no pueden ser excusados en razón de que otros tipos de ingresos de fuente extranjera puedan no ser gravados, porque el Acuerdo SMC no se ocupa, por ejemplo, de cómo los Miembros gravan a los ingresos de transacciones de importación, los ingresos pasivos de las inversiones en el extranjero o los ingresos obtenidos de la fabricación en el extranjero. Como antes se ha indicado, el Acuerdo SMC se concentra en el trato favorable de las ventas de exportación de mercancías, en comparación con las ventas internas. Los beneficios tributarios concedidos a las exportaciones conforme a los regímenes impositivos europeos están supeditados a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 y el punto e) porque un productor de mercancías debe exportar para poder obtener los beneficios impositivos. En muchos casos, la supeditación a las exportaciones está implícita en la manera cómo los diversos sistemas impositivos funcionan. Por ejemplo, en transacciones que entrañan la distribución de mercancías, las exenciones tributarias (por ley o por tratado) conforme a diversos sistemas impositivos europeos se aplican efectivamente sólo a los ingresos relacionados con las actividades de distribución llevadas a cabo en el extranjero mediante sucursales o filiales extranjeras y *no* a los ingresos de la distribución mediante actividades nacionales.

4.1191 No obstante, este criterio purista se derrumba ante el hecho de que la mayoría de los países, si no todos, gravan de manera diferente los ingresos de fuente extranjera y los de fuente nacional. Más concretamente, aunque los métodos difieran según los países, la mayoría, si no todos, gravan los ingresos de fuente extranjera en menor medida que los de fuente nacional y, en algunos casos, no gravan en absoluto los de fuente extranjera. Por ejemplo, algunos países, incluidos varios de Europa, eximen total o parcialmente los ingresos de las sucursales extranjeras de empresas *nacionales*. Un gran número de países, incluidos los Estados Unidos, aplazan en general la tributación de los ingresos extranjeros no distribuidos de filiales en el extranjero. Además, el aplazamiento durante un tiempo del impuesto a la renta puede equivaler a una exención impositiva y, algunos países, incluidos varios

de Europa, combinan el aplazamiento del impuesto sobre las ganancias no distribuidas con una exención específica para las ganancias de las filiales extranjeras cuando se distribuyen como dividendos.

4.1192 Por consiguiente, un enfoque purista de las subvenciones a la exportación choca con un conflicto estructural inevitable derivado de la intersección de los regímenes impositivos y las normas sobre subvenciones; a saber, que el enfoque purista daría como resultado que la mayoría de los sistemas impositivos del mundo -acaso todos- se clasificasen como subvenciones a la exportación prohibidas. Ni que decir tiene que esto no es la clase de resultado que cabe esperar ver reflejada en las normas jurídicas de organizaciones multilaterales tan amplias como la OMC.

4.1193 La historia de los asuntos *Legislación fiscal* es informativa a este respecto. En esos casos, el grupo especial constató que los regímenes impositivos europeos de que se trataba constituían subvenciones a la exportación porque se gravaban menos las exportaciones que operaciones internas comparables. Véase la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 23 y 24. Desde el punto de vista de la economía y los objetivos que actualmente quedan reflejados en el Acuerdo SMC, las conclusiones del grupo especial no carecían de solidez ni eran irracionales. Con todo, si se hubiera permitido que las constataciones del grupo especial permanecieran firmes, los países se habrían visto enfrentados con la elección inaceptable entre a) configurar de nuevo sus regímenes impositivos para gravar de manera idéntica los ingresos de fuente extranjera y los de fuente nacional; y b) aceptar la consecuencia de que sus regímenes impositivos se declarasen subvenciones a la exportación. Frente a este conflicto estructural entre regímenes impositivos y normas sobre subvenciones, los Miembros del GATT revocaron las constataciones del grupo especial. Al rechazar el criterio purista, el Consejo interpretó que el párrafo 4 del artículo XVI del GATT permite a los países eximir de impuestos los ingresos de fuente extranjera, incluso si esto da lugar a que las exportaciones soporten una carga impositiva menor que unas transacciones internas comparables.⁵²⁷

4.1194 Lo que todo esto significa en el contexto del presente caso es que, desde el punto de vista de los objetivos de la prohibición de las subvenciones a la exportación en el Acuerdo SMC, el régimen de las EVE no es ni más ni menos objetable que los regímenes impositivos de otros Miembros que tienen como consecuencia que las transacciones de exportación soporten una carga impositiva inferior que operaciones internas comparables. Aunque un enfoque purista podría justificar que se declarase que el régimen de las EVE y estos otros regímenes son subvenciones a la exportación, el Consejo decidió rechazar ese enfoque en 1981 y no hay indicios en el Acuerdo SMC de que los negociadores de la Ronda Uruguay prefiriesen volver sobre esa decisión o modificarla.

4.1195 La divergencia entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas es que, pese a la falta de intención por parte de los negociadores de revocar la Decisión del Consejo de 1981, las Comunidades Europeas utilizan la presente diferencia como vehículo para lograrlo. Pero si las Comunidades Europeas desearan realmente reescribir la historia, tendrían que haber procurado hacerlo mediante negociaciones. En vez de ello, decidieron ni siquiera proseguir la cuestión en ese ámbito.

⁵²⁷ Esta renuencia del Consejo a entrometerse en la política impositiva internacional tuvo su eco en el apartado d) del artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), que prevé un conjunto de excepciones al requisito del trato nacional del AGCS con respecto a medidas que tengan "por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros". (Se omite la nota de pie de página.) Si bien el apartado d) del artículo XIV se refiere al trato nacional, es no obstante indicativo de una saludable cautela por parte de los negociadores contra la intervención de la OMC en cuestiones de imposición transnacional.

4.1196 Finalmente, dado que estamos hablando de los objetivos del Acuerdo SMC, los Estados Unidos afirman que otro objetivo es la simetría de las obligaciones. Si bien, como se observó, el Acuerdo SMC carece de preámbulo o declaración de objetivos, el preámbulo al *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* se refiere a "obtener, sobre la base de la *reciprocidad y de mutuas ventajas*, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales [...]". (Cursivas añadidas.) En consecuencia, sean cuáles fueren los principios a que el Grupo Especial prefiera en definitiva remitirse en el desempeño de la tarea que se le ha asignado, esos principios no pueden dar como resultado que se trate a algunos Miembros más favorablemente que a otros sobre la base de que el Miembro tenga un sistema fiscal de ámbito mundial o territorial. La exención de impuestos de los ingresos de fuente extranjera obtenidos en transacciones de exportación debe ser una subvención en todos los casos o en ninguno.

4.1197 La frase "como condición única o entre otras varias condiciones" hace pensar que si el Grupo Especial concluye que la exención de los ingresos de fuente extranjera constituye ingresos condonados que "en otro caso se percibirían", entonces los regímenes impositivos de muchos Miembros, si no de todos -incluidos Miembros europeos-, se transformarán en subvenciones a la exportación. Como antes se analizó, los sistemas territoriales o de tipo territorial permiten que los ingresos de fuente extranjera obtenidos en transacciones de exportación soporten una carga impositiva menor que los ingresos de fuente nacional obtenidos en operaciones internas comparables. El hecho de que estos sistemas impositivos puedan gravar otros tipos de ingresos de fuente extranjera más favorablemente que los derivados de fuentes nacionales es irrelevante para un análisis de las subvenciones a la exportación, porque el Acuerdo SMC no exige que la supeditación a las exportaciones sea la "única" supeditación.⁵²⁸

4.1198 Según la información de que disponen los Estados Unidos, las autoridades encargadas de administrar la legislación compensatoria estadounidense nunca han determinado a sabiendas que una medida impositiva que exima de impuestos ingresos de fuente extranjera, como el régimen de las EVE, sea compensable.⁵²⁹ Como se explica en el párrafo 23 de la segunda declaración oral de los Estados Unidos, y se demuestra en la Prueba 25 de los EE.UU., el Departamento de Comercio estadounidense ha aclarado recientemente que una medida que exima de impuestos ingresos de fuente extranjera no constituirá una subvención a la exportación para los fines de la legislación de los Estados Unidos sobre derechos compensatorios. La referencia en la Prueba 25 de los EE.UU. a "otras normas pertinentes de la OMC" quería referirse al principio de las condiciones de plena competencia de la nota de pie de página 59 y la Decisión del Consejo de 1981.⁵³⁰

4.1199 Las Comunidades Europeas han sostenido que los términos de los reglamentos del Departamento de Comercio referentes a los ingresos de fuente extranjera se añadieron únicamente a efectos de la presente diferencia. Esto es en parte cierto. Hasta que las Comunidades Europeas iniciaron esta diferencia nunca se había considerado seriamente que fuese objetable eximir de

⁵²⁸ El párrafo 4.1197 refleja la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿A qué se refieren las palabras "como condición única" de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC con respecto a las actividades económicas comprendidas?

⁵²⁹ Los Estados Unidos dicen "a sabiendas" porque cabe que en la historia casi centenaria de la legislación estadounidense sobre derechos compensatorios, las autoridades competentes puedan haber compensado una medida impositiva sobre la base de un malentendido acerca del tipo de ingresos que la medida de que se trataba eximía de impuestos.

⁵³⁰ Los párrafos 4.1198 a 4.1199 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: ¿Han investigado los Estados Unidos o las Comunidades Europeas una medida como el régimen de las EVE con arreglo a los procedimientos internos sobre derechos compensatorios?

impuestos los ingresos de fuente extranjera, mientras la asignación de los ingresos no infringiera el principio de fijación de precios en condiciones de plena competencia de la nota de pie de página 59 ni la Decisión del Consejo. Planteada la diferencia por las Comunidades Europeas, el Departamento de Comercio consideró importante aclarar su postura sobre el asunto.

4.1200 Los Estados Unidos no creen que la frase tenga ningún significado especial.⁵³¹ Con todo, los Estados Unidos observan que esta frase fue interpretada por el grupo especial en el asunto del *Coco desecado*. Si bien los Estados Unidos, en el párrafo 33 de su segunda comunicación, citaron la parte pertinente del informe del grupo especial, para mayor comodidad del Grupo Especial, reproducirán aquí la cita. El grupo especial declaró lo siguiente:

Por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones hay una definición de "subvención" y en el párrafo 1 del artículo XVI una definición de "rama de producción nacional". Ambas definiciones se formulan "a los efectos del presente Acuerdo". No obstante, las expresiones "subvención" y "rama de la producción nacional" se utilizan tanto en el artículo VI del GATT de 1994 como en el Acuerdo sobre Subvenciones. De interpretarse la expresión "a los efectos del presente Acuerdo" *strictu sensu* como referida al Acuerdo sobre Subvenciones, las definiciones de esos términos de importancia fundamental que se dan en el Acuerdo sobre Subvenciones no serían aplicables a los mismos cuando se utilicen en el artículo VI del GATT de 1994. No es posible que haya sido ese el resultado pretendido.⁵³²

4.1201 Así pues, el grupo especial rechazó la noción de que la frase "a los efectos del presente Acuerdo" se utilizase como base para interpretar el artículo VI y el Acuerdo SMC aisladamente uno de otro. Por las razones articuladas por el grupo especial sobre el asunto del *Coco desecado* y el Órgano de Apelación, este Grupo Especial debe procurar hallar una interpretación armoniosa del artículo XVI y el Acuerdo SMC.

C. SI LAS MEDIDAS RELATIVAS A LAS EVE SON SUBVENCIONES SUPEDITADAS AL EMPLEO DE PRODUCTOS NACIONALES CON PREFERENCIA A LOS IMPORTADOS EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 B) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC

Las **Comunidades Europeas** argumentan en su primera comunicación de la siguiente forma:

4.1202 Como ya se explicó, las exenciones impositivas y la disponibilidad de las normas especiales de fijación administrativa de precios conforme al programa relativo a las EVE se limitan a los ingresos de la exportación de productos "no más del 50 por ciento de cuyo valor de mercado justo sea imputable a artículos importados a los Estados Unidos" (véase la definición de "bien de exportación" en el párrafo a) del artículo 927 del IRC).

4.1203 Para poder optar al beneficio del programa relativo a las EVE y, en consecuencia, a las subvenciones a las EVE (tanto las exenciones impositivas como la disponibilidad de las normas especiales de fijación administrativa de precios), el fabricante debe garantizar que "no más del 50 por ciento de cuyo valor de mercado justo sea imputable a artículos importados a los Estados Unidos" y

⁵³¹ Los párrafos 4.1200 a 4.1201 reflejan la observación de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta del Grupo Especial: En el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, ¿tiene algún significado especial la frase "a los efectos del presente Acuerdo"?

⁵³² *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/R, informe del Grupo Especial, modificado por el Órgano de Apelación, adoptado el 20 de marzo de 1997, párrafo 234.

ha de dar, por tanto, preferencia a bienes estadounidenses por encima de los importados al producir el "bien de exportación".

4.1204 Las subvenciones a las EVE están, por consiguiente, supeditadas de derecho al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados y son contrarias al párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

Los **Estados Unidos** responden en su primera comunicación de la siguiente manera:

4.1205 Las Comunidades Europeas sostienen que el régimen de las EVE viola el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC porque la exención impositiva de las EVE se aplica a los ingresos de transacciones de exportación relativas a productos "no más del 50 por ciento de cuyo valor de mercado justo sea imputable a artículos importados a los Estados Unidos".⁵³³ La conclusión jurídica de las Comunidades Europeas respecto de esta alegación en particular es incorrecta por varias razones. Además, se trata de una cuestión que este Grupo Especial no tiene por qué tocar.

4.1206 Primeramente, el régimen de las EVE no puede suponer una subvención prohibida conforme al artículo 3 porque no es una "subvención" tal como esa palabra se define en el artículo 1. En segundo lugar, el artículo 3 dispone expresamente que toda medida sobre la que se disponga en el Anexo I que no es una subvención a la exportación no puede ser prohibida conforme a ninguna otra disposición del Acuerdo SMC. Como antes se demostró, el régimen de las EVE no supone una subvención a la exportación conforme al Anexo I.

4.1207 No obstante, antes de ocuparse con más detalle de estos puntos, es importante observar que la afirmación de las Comunidades Europeas según la cual conforme a las normas para las EVE un fabricante "debe [...] dar preferencia a bienes estadounidenses por encima de los importados" refleja un mal entendido sobre la naturaleza y los efectos de la disposición relativa al 50 por ciento.⁵³⁴ Primeramente, el requisito del 50 por ciento se aplica al *valor* global del producto exportado, no al contenido nacional por contraposición al extranjero de sus partes componentes. En particular, la definición legal de "bien de exportación" dispone que "no más del 50 por ciento de cuyo *valor de mercado justo* sea imputable a artículos importados a los Estados Unidos".⁵³⁵ El valor de mercado justo se define, a su vez, como el valor determinado de las mercancías conforme a las leyes y procedimientos aduaneros aplicables.

4.1208 En consecuencia, el cumplimiento del requisito del 50 por ciento tiene en cuenta no sólo el valor de los "bienes" empleados para producir el producto acabado, sino también todo elemento de valor que haya contribuido al valor de mercado total del producto exportado. Así, el valor añadido con la fabricación, el montaje, la conversión, el acabado u otra elaboración del producto acabado queda todo incluido en el cálculo. Cuando una parte apreciable del valor de un producto acabado es atribuible a su contenido de propiedad intelectual, su fabricación o su montaje, o a otros elementos no corporales del producto, los "bienes" empleados en la fabricación, cualquiera sea su origen, pueden representar una parte relativamente pequeña de su valor total.

4.1209 Las consecuencias prácticas de esta norma, rectamente entendida, tienen que ver directamente con las alegaciones de las Comunidades Europeas sobre este punto. Una consecuencia es que, conforme a la norma del 50 por ciento, un exportador de los Estados Unidos puede optar a los

⁵³³ IRC, artículo 927 a) 1) C).

⁵³⁴ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 165.

⁵³⁵ IRC, artículo 927 a) 1) C) (cursivas añadidas).

beneficios de las EVE incluso cuando más del 50 por ciento de los "bienes" empleados en la elaboración del producto exportado son bienes importados. La razón es, desde luego, que el valor de los elementos del producto que no son bienes, en particular combinados con bienes de origen estadounidense, fácilmente satisface el requisito del 50 por ciento del valor. En realidad, es muy posible que un producto fabricado o montado en los Estados Unidos *con bienes totalmente importados* satisfaga el criterio del 50 por ciento del régimen de las EVE.

4.1210 En segundo lugar, la consecuencia práctica de la norma del 50 por ciento se ve ulteriormente disminuida por el principio del origen aplicable de los componentes incorporados a productos exportados de los Estados Unidos. Cuando, por ejemplo, un exportador estadounidense obtiene un componente de un proveedor de los Estados Unidos, ese componente se considera normalmente un bien de origen estadounidense para los fines de la norma del 50 por ciento del valor total. Sin embargo, los bienes con los cuales se fabricó ese componente pueden haber sido principalmente, o incluso enteramente, bienes importados. En esas circunstancias, no hay ninguna preferencia por un bien nacional por encima de uno importado. Este mismo proceso puede evidentemente ocurrir no sólo por lo que respecta a los componentes, sino también en el plano de los subcomponentes, subsubcomponentes, etc.

4.1211 En tercer término, hay que reconocer asimismo que para importantes industrias exportadoras, el requisito del 50 por ciento tiene poca o ninguna importancia práctica. Por ejemplo, en el sector agropecuario, a que las Comunidades Europeas se refieren en este caso, la noción de incorporar bienes importados a los productos de exportación es impráctica y artificial. Por lo tanto, para el sector agropecuario, es en gran medida inaplicable el requisito del 50 por ciento. Análogamente, para otras ramas de actividad, como las industrias químicas y la dotación lógica, la noción de incorporar "bienes" importados a productos destinados a la exportación no es comercialmente práctica.

4.1212 Por todas estas razones, la manera como las Comunidades Europeas caracterizan el requisito del 50 por ciento es inexacta e induce a error. No obstante, como antes se ha observado, el Grupo Especial ni siquiera tiene que tocar la cuestión de si estos requisitos hacen que la exención impositiva de las EVE esté "supeditada [...] al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3.

4.1213 El párrafo 1 b) del artículo 3 establece en su parte pertinente que "[a] reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas: [...] las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones". Pero el párrafo 1 a) del artículo 3, la disposición sobre las subvenciones a la exportación, contiene una nota de pie de página 5 donde se establece que las medidas mencionadas en el Anexo I como medidas que no constituyen subvenciones a la exportación no estarán prohibidas en virtud de ésta ni de ninguna otra disposición del presente Acuerdo".

4.1214 Por consiguiente, para que una medida constituya una subvención prohibida conforme al artículo 3, deben satisfacerse cuatro elementos, los dos primeros de los cuales son:

- Debe ser una "subvención" en el sentido del artículo 1;
- No debe ser una medida que, conforme al Anexo I, *no* constituya una subvención a la exportación.

4.1215 Los Estados Unidos han demostrado anteriormente que el régimen de las EVE no es una subvención conforme al artículo 1 del Acuerdo SMC. Puesto que el Acuerdo y la Decisión del Consejo de 1981 disponen que un Miembro no está obligado a gravar ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero, esos ingresos no constituyen "ingresos que en otro caso se percibirían"

en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, el régimen de las EVE no es una "subvención" tal como ese término se define en el artículo 1. Dado que el párrafo 1 del artículo 3 prohíbe las medidas sólo si son "subvenciones, en el sentido del artículo 1", el régimen de las EVE no puede representar una infracción del párrafo 1 b) del artículo 3.

4.1216 Otra razón por la que el Grupo Especial no debe llegar a tocar la cuestión incluso de si el párrafo 1 b) del artículo 3 se aplica al régimen de las EVE es que la reclamación de las Comunidades Europeas queda excluida por la nota de pie de página 5 del Acuerdo SMC. La nota de pie de página 5 prevé que "[l]as medidas mencionadas en el Anexo I como medidas que no constituyen subvenciones a la exportación no estarán prohibidas en virtud de ésta [párrafo 1 a) del artículo 3]⁵³⁶ ni de *ninguna otra disposición del presente Acuerdo*" (cursivas añadidas). De acuerdo con la nota 5, ninguna prohibición contenida en ninguna parte del Acuerdo es aplicable a medidas enumeradas en el Anexo I como no constitutivas de una subvención a la exportación. Como se ha explicado antes, el Anexo I, la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, caracteriza ciertos tipos de medida como subvenciones a la exportación y otros tipos de medida como que no son subvenciones a la exportación.

4.1217 Una medida no tiene que estar expresamente enumerada o caracterizada con particularidad en el Anexo I como no constitutiva de una subvención a la exportación para entrar en la inmunidad con respecto a la prohibición conferida por la nota 5. Por el contrario, la medida tiene sólo que ser de las "mencionadas" en el Anexo. Según el *Webster's Third New International Dictionary* (1976), "mencionar" (*to refer*) significa "pensar, considerar o clasificar bajo un principio [...] o en relación con un grupo general". De esta manera, el hecho de que una medida pueda clasificarse en un grupo general de medidas que, conforme a la norma contenida en el Anexo I, no constituyen subvenciones a la exportación, hace que esa medida no esté sometida a ninguna de las prohibiciones contenidas en el Acuerdo SMC.

4.1218 El régimen de las EVE llena los requisitos de esta norma. Como ya se ha analizado antes detalladamente, la nota de pie de página 59 y la Decisión del Consejo de 1981 establecen un "principio [...]" o "grupo general" pertinente a las EVE; esto es, que las medidas que eximen ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero no son subvenciones a la exportación cuando se basan en prácticas administrativas o de otra índole que no infrinjan el principio de las condiciones de plena competencia ni, de infringirlo, no den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. El régimen de las EVE no comporta ninguna de estas condiciones, por lo que no da lugar a una subvención a la exportación.

4.1219 Por consiguiente, puesto que el régimen de las EVE no es una subvención a la exportación de conformidad con el Anexo I, y dado que la nota 5 del Acuerdo SMC hace inmune dicho régimen de todas las demás prohibiciones contenidas en el Acuerdo, no puede estar prohibido conforme al párrafo 1 b) del artículo 3.

Las **Comunidades Europeas** refutan de la siguiente manera la respuesta de los Estados Unidos en su declaración oral formulada en la primera reunión del Grupo Especial:

4.1220 Las Comunidades Europeas explicaron en su primera comunicación escrita que la violación del párrafo 1 b) del artículo 3 deriva del hecho de que las exenciones de las EVE y la disponibilidad de las normas especiales de fijación administrativa de precios conforme al programa relativo a las EVE se limitan a los ingresos de la exportación de productos "no más del 50 por ciento de cuyo valor de mercado justo sea imputable a artículos importados a los Estados Unidos" (véase la definición de "bien de exportación" en el párrafo a) del artículo 927 del IRC).

⁵³⁶ La nota de pie de página 5 está adjunta al párrafo 1 del artículo 3. Por ende, la expresión "esta [...] disposición" se refiere al párrafo 1 a) del artículo 3.

4.1221 Para poder optar al beneficio del programa relativo a las EVE y, en consecuencia, a las subvenciones a las EVE (tanto las exenciones impositivas como la disponibilidad de las normas especiales de fijación administrativa de precios), el fabricante debe garantizar que "no más del 50 por ciento de cuyo valor de mercado justo sea imputable a artículos importados a los Estados Unidos" y ha de dar, por tanto, preferencia a bienes estadounidenses por encima de los importados al producir el "bien de exportación".

4.1222 Las subvenciones a las EVE están, por consiguiente, supeditadas de derecho al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados y son contrarias al párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

4.1223 Aparte de sostener que no hay ninguna subvención, la única defensa que los Estados Unidos pueden esgrimir es que, en ciertos casos, el contenido real estadounidense tal vez sea inferior al 50 por ciento, porque puede que haya componentes integrados por algunas partes no estadounidenses. El párrafo 1 b) del artículo 3 indica que la subvención debe estar "supeditada" al empleo de partes nacionales con preferencia a las importadas; no restringe la prohibición sobre la base del uso real, es decir, que si en un producto en particular se usara el 100 por ciento de partes importadas, la subvención no estaría prohibida para esa exportación en concreto. El hecho de que un productor deba tener en cuenta el criterio del 50 por ciento para llenar las condiciones de la subvención lo obliga a adoptar decisiones sobre el lugar donde se provee de las partes que no habría adoptado de no existir la disposición. Además, tampoco hay ninguna norma sobre cantidades insignificantes para la aplicación de la prohibición de las subvenciones supeditadas a un contenido local.

Los **Estados Unidos** responden asimismo de la siguiente manera en su declaración verbal en la primera reunión del Grupo Especial:

4.1224 Lo que es más, el hecho de que el régimen de las EVE no sea en absoluto una subvención significa que no puede constituir una subvención de la sustitución de importaciones. En los términos del párrafo 1 b) del artículo 3, una medida no constituye una subvención a la sustitución de importaciones si no empieza por ser una subvención.

4.1225 Además, puesto que la nota de pie de página 59 dispone que las exenciones impositivas para ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero, como los realizados por las EVE, no constituyen subvenciones a la exportación prohibidas, el régimen de las EVE no puede ser prohibido en aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3. La nota de pie de página 5 del Acuerdo SMC establece que ninguna medida mencionada en el Anexo I como que no constituye una subvención a la exportación está prohibida por ninguna disposición del Acuerdo SMC. La nota 5, leída conjuntamente con la nota de pie de página 59, exime el régimen de las EVE de toda prohibición en virtud del párrafo 1 b) del artículo 3.

Los **Estados Unidos** responden asimismo de la siguiente manera en su segunda comunicación:

4.1226 Con respecto a la alegación de las Comunidades Europeas, formulada en la primera reunión del Grupo Especial, de que la exención impositiva de las EVE y las normas de fijación administrativa de precios violan el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, las Comunidades Europeas admitieron que una medida sólo puede infringir el párrafo 1 b) del artículo 3 si es una subvención. Como se ha probado antes y en la primera comunicación de los Estados Unidos, puesto que el régimen EVE no supone la condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1, dicho régimen no puede infringir el párrafo 1 b) del artículo 3.

4.1227 Además, como, según la nota de pie de página 59, el régimen de las EVE no constituye una subvención a la exportación conforme al Anexo I, no está prohibido por el párrafo 1 b) del artículo 3 en virtud de la nota de pie de página 5 del Acuerdo SMC. En la sección de su declaración oral

relativa al párrafo 1 b) del artículo 3, las Comunidades Europeas no se refieren a la nota 5 y parecen admitir que cuando una medida no es mencionada como constitutiva de una subvención a la exportación conforme al Anexo I, la nota 5 excluye dicha medida del trato como subvención prohibida conforme al párrafo 1 b) del artículo 3.⁵³⁷

4.1228 Pero las Comunidades Europeas mencionaron la nota 5 en relación con sus argumentos acerca del régimen de las EVE como supuesta subvención a la exportación, afirmando que la nota "se refiere únicamente a medidas que no se consideran subvenciones a la exportación en la Lista ilustrativa. Si eximiera subvenciones no prohibidas expresamente por la Lista, estaría transformando la Lista en una *enumeración taxativa*, lo que sería contrario a la intención expresada".⁵³⁸

4.1229 Los Estados Unidos deben confesar que hallan difícil seguir la antes citada declaración. Lo que las Comunidades Europeas *parecen* estar diciendo es que incluso si el régimen de las EVE no constituye una subvención a la exportación con arreglo a los criterios del punto e) y la nota de pie de página 59 de la Lista ilustrativa, puede aún considerarse como una subvención a la exportación conforme a algún otro conjunto de criterios. Los Estados Unidos se han ocupado antes de este argumento y se limitarán a reiterar aquí que: 1) el enfoque de las Comunidades Europeas de la condición jurídica de la Lista ilustrativa convertiría la nota de pie de página 5 en una nulidad; y 2) el enfoque de los Estados Unidos de la condición jurídica de la Lista da sentido a la nota 5 sin transformar la Lista en una enumeración taxativa.

4.1230 Finalmente, en su análisis del requisito para las EVE del 50 por ciento del valor de mercado justo, las Comunidades Europeas dejan cuidadosamente de lado el hecho de que el estatuto de las EVE no *exige* el empleo de bienes nacionales con preferencia a los importados. Las Comunidades Europeas afirman que "[e]l hecho de que un producto deba tener en cuenta el criterio del 50 por ciento para llenar las condiciones de la subvención lo obliga a adoptar decisiones sobre el lugar donde se provee de las partes que no habría adoptado de no existir la disposición."⁵³⁹

4.1231 Aparte de que la afirmación de las Comunidades Europeas acerca de lo que un productor se ve "obligado" a hacer no se apoya en ninguna prueba, es discutible si, a falta de un requisito de que se empleen bienes nacionales con preferencia a los importados, el efecto aducido por las Comunidades Europeas constituye el tipo de "supeditación" exigido por el párrafo 1 b) del artículo 3. De ser así, entonces los Estados Unidos entienden que el trato fiscal favorable acordado por los sistemas fiscales territoriales a las transacciones de exportación, a diferencia de las operaciones nacionales, constituye igualmente una "supeditación" para los fines del párrafo 1 a) del artículo 3. Puesto que un productor sometido a un sistema fiscal territorial puede pagar menos impuestos si exporta que si vende en el país, esto obliga al productor a adoptar decisiones que no se habrían tomado si las exportaciones y las operaciones nacionales soportaran la misma carga tributaria.

⁵³⁷ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafos 90 a 93.

⁵³⁸ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 88 (subrayado en el original).

⁵³⁹ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 93. En el mismo párrafo las Comunidades Europeas distorsionan la primera comunicación de los Estados Unidos cuando afirma que "la única defensa que los Estados Unidos pueden esgrimir es que, en ciertos casos, el contenido real estadounidense tal vez sea inferior al 50 por ciento, porque puede que haya componentes integrados por algunas partes no estadounidenses". Lo que los Estados Unidos dijeron era que puesto que el requisito del 50 por ciento se basa en el "valor" del producto acabado, ese producto podía consistir de un 100 por ciento de "bienes" importados y seguir llenando las condiciones para la exención impositiva de las EVE. En lugar de reiterar aquí lo que los Estados Unidos realmente dijeron, remiten al Grupo Especial a la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 156 a 163.

4.1232 Como es el caso de sus reclamaciones basadas en el párrafo 1 a) del artículo 3, la incapacidad de las Comunidades Europeas para demostrar que el régimen de las EVE es una subvención conforme al artículo 1 significa que no puede ser una subvención prohibida en virtud del párrafo 1 b) del artículo 3. Además, según la nota 5, el régimen de las EVE es inmune a todas las prohibiciones del Acuerdo SMC porque, de conformidad con la nota de pie de página 59, se menciona una medida como el régimen de las EVE en el sentido de que no constituye una subvención a la exportación. Finalmente, las Comunidades Europeas no han conseguido demostrar que la exención impositiva de las EVE esté supeditada al empleo de bienes nacionales con preferencia a los importados.

Las **Comunidades Europeas** refutan asimismo de la siguiente manera la respuesta de los Estados Unidos en su declaración oral formulada en la segunda reunión del Grupo Especial:

4.1233 Los Estados Unidos dedican poca atención a la violación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Repiten que no hay ninguna infracción del párrafo 1 b) del artículo 3 si no hay subvención y si la medida se beneficia de la nota de pie de página 5. Estos asuntos ya han sido tratados.

4.1234 El otro argumento que aducen los Estados Unidos⁵⁴⁰ es poner en duda que el efecto sobre el contenido local constituya el tipo de "supeditación" exigido por el párrafo 1 b) del artículo 3 y que cualquier efecto que ejerza es comparable con el que resulta de los sistemas fiscales territoriales puesto que, cito:

"un productor sometido a un sistema fiscal territorial puede pagar menos impuestos si exporta que si vende en el país, esto obliga al productor a adoptar decisiones que no se habrían tomado si las exportaciones y las operaciones nacionales soportaran la misma carga tributaria".

4.1235 La argumentación de los Estados Unidos es difícil de seguir. Como explicaron las Comunidades Europeas en su primera comunicación escrita, los beneficios para las EVE sólo se aplican a la exportación de "bienes de exportación", que se definen en el párrafo a) del artículo 927 del IRC como propiamente aquellos "no más del 50 por ciento de cuyo valor de mercado justo sea imputable a artículos importados a los Estados Unidos". Los Estados Unidos dudan que esto sea una "supeditación" para los fines del párrafo 1 b) del artículo 3 porque hay algunos casos en los que el valor añadido por el montaje o la fabricación en los Estados Unidos ya equivaldrá al 50 por ciento, de modo que la condición no representa una limitación.

4.1236 Las Comunidades Europeas consideran que cuando una ley fija una restricción al empleo de materiales importados (como lo hace claramente el párrafo a) del artículo 927), se trata de una supeditación al contenido local y que no importa que en cierto número de casos la restricción no tenga consecuencias en la práctica. Existe por lo menos una supeditación al contenido local en todos los casos en que el valor de los no componentes o las materias primas de los bienes de exportación sea inferior al 50 por ciento, ya que no será entonces posible emplear el 100 por ciento de componentes o materias primas importados.

4.1237 La comparación con los efectos de los sistemas fiscales territoriales está totalmente mal concebida y los Estados Unidos no han concretado ningún requisito jurídico en esos sistemas que se refiera al empleo de productos nacionales o restrinja el de productos importados.

⁵⁴⁰ Párrafo 151 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

D. SI LAS MEDIDAS RELATIVAS A LAS EVE INFRINGEN EL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA

Las **Comunidades Europeas** argumentan de la siguiente manera en su primera comunicación:

Introducción

4.1238 El párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC se aplica "a reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura". Es, por lo tanto, necesario examinar si el Acuerdo sobre la Agricultura permite la concesión de las subvenciones a las EVE a los productos agropecuarios. Se demostrará más adelante que no la permite y que el programa relativo a las EVE infringe también los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura leídos conjuntamente con el párrafo 1 d) de su artículo 9 y los párrafos 1 y 3 del artículo 10. Las Comunidades Europeas presentarán dos líneas de argumentación; la primera basada en el supuesto de que las subvenciones a las EVE caben dentro del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura (específicamente el párrafo 1 d) del artículo 9) y la segunda en el supuesto de que no están comprendidas en él.

4.1239 Las Comunidades Europeas examinarán primeramente las disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura pertinentes a ambas argumentaciones y presentarán los datos para los productos agropecuarios que se utilizarán como ejemplos.

Las disposiciones comunes pertinentes del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1240 El párrafo e) del artículo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura define las "subvenciones a la exportación" como:

"las subvenciones supeditadas a la actuación exportadora, con inclusión de las enumeradas en el artículo 9 del presente Acuerdo".

4.1241 El artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura dispone, en la medida que afecta a las subvenciones a la exportación, que:

"1 Los compromisos en materia de [...] subvenciones a la exportación consignados en la Parte IV de la Lista de cada Miembro *constituyen compromisos de limitación de las subvenciones [...]*

[...]

3 A reserva de las disposiciones de los párrafos 2 b) y 4 del artículo 9, ningún Miembro otorgará subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 con respecto a los productos o grupos de productos agropecuarios especificados en la sección II de la Parte IV de su Lista *por encima de los niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades especificados en la misma ni otorgará tales subvenciones con respecto a un producto agropecuario no especificado en esa sección de su Lista.* (Cursivas añadidas.)

4.1242 El artículo 8 del Acuerdo sobre la Agricultura dispone que:

"cada Miembro se compromete a no conceder subvenciones a la exportación más que de conformidad con el presente Acuerdo y con los compromisos especificados en su Lista".

4.1243 En consecuencia, conforme al Acuerdo sobre la Agricultura, no están permitidas las subvenciones a la exportación para los productos agropecuarios por encima de los niveles de

compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades especificados en la Lista pertinente y no se permiten en absoluto para los productos agropecuarios no enumerados en la Lista.

4.1244 Las subvenciones que no están permitidas conforme al Acuerdo sobre la Agricultura pueden desde luego estar prohibidas conforme al Acuerdo SMC. Se ha mostrado anteriormente que las subvenciones a las EVE están prohibidas de esa manera.

4.1245 El Acuerdo sobre la Agricultura reconoce en el párrafo 1 de su artículo 10 que puede haber algunas subvenciones a la exportación que no estén cubiertas por el párrafo 1 del artículo 9 de ese Acuerdo. Declara que:

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

4.1246 Aparte de las transacciones no comerciales (es decir, la ayuda al desarrollo) mencionadas en el párrafo 1 del artículo 10, está el caso de los créditos a la exportación mencionados en el párrafo 2 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1247 Vista la dificultad para los Miembros de concretar qué transacciones de exportación están subvencionadas y cuáles no, el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura invierte la carga de la prueba y dispone que:

"Todo Miembro que alegue que una cantidad exportada por encima del nivel de compromiso de reducción no está subvencionada deberá demostrar que para la cantidad exportada en cuestión no se ha otorgado ninguna subvención a la exportación, esté o no enumerada en el artículo 9."

Exportaciones estadounidenses de productos agropecuarios que se benefician de las subvenciones a las EVE

4.1248 Las Comunidades Europeas han suministrado en la Prueba 16 de las CE datos sobre las exportaciones de los Estados Unidos y las importaciones de las Comunidades Europeas de trigo, maíz, habas de soja y algodón en el período 1995 a 1997. Estos datos muestran las exportaciones de todos estos productos a las Comunidades Europeas. Para el maíz, las habas de soja y el algodón, los Estados Unidos no han incluido en su Lista ningún compromiso de reducción, por lo que no está permitida ninguna subvención a su exportación. Para el trigo, las notificaciones de los Estados Unidos al Comité de Agricultura indican que las cantidades del producto exportadas con subvenciones estaban por debajo de los compromisos.

4.1249 Nada hay en la legislación sobre las EVE ni en ninguna otra parte de la legislación de los Estados Unidos que impida que las exportaciones de maíz, habas de soja y algodón se beneficien de las subvenciones a las EVE.

4.1250 Las cifras más recientes proporcionadas por los Estados Unidos sobre las EVE se refieren a 1992. El cuadro 1 de la Prueba 12 de las CE muestra a 27 EVE activas en la exportación de "granos y habas de soja" y 9 en la de algodón, con entradas brutas de 4,4 y 1,7 millones de dólares EE.UU., respectivamente. Esto demuestra que las EVE pueden utilizarse y se utilizan para la exportación de estos productos. En realidad, la legislación sobre las EVE contiene normas específicas destinadas a facilitar la aplicación del programa a las cooperativas agropecuarias (párrafos a) 4) del artículo 923 y f) del artículo 925 del IRC).

4.1251 El párrafo a) 4) del artículo 923 del IRC prevé que en el caso de una EVE propiedad de una cooperativa, los ingresos de comercio exterior exentos de la EVE sean el 100 por ciento de sus ingresos de comercio exterior (en vez del 65 por ciento en el caso normal (véase la sección II.C.8 *supra*)).

4.1252 Dado que la utilización de EVE se extiende por toda la economía de los Estados Unidos con la utilización de programas informáticos para maximizar los beneficios, queda claro que las antes mencionadas exportaciones de trigo, maíz, habas de soja y algodón en el período 1995 a 1997 se han beneficiado en alguna medida de las subvenciones a las EVE.

4.1253 Las Comunidades Europeas explicarán ahora cómo las subvenciones a las EVE, comprendidas o no en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura, deben considerarse contrarias a este Acuerdo.

Las subvenciones a las EVE están comprendidas en el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1254 El párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura requiere que se haga constar en la Lista y se reduzca:

"el otorgamiento de subvenciones para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios (excepto los servicios de asesoramiento y promoción de exportaciones de amplia disponibilidad) incluidos los costos de manipulación, perfeccionamiento y otros gastos de transformación, y los costos de los transportes y fletes internacionales".

4.1255 Cabe considerar que el programa relativo a las EVE entra en esta categoría. Al reducir la carga impositiva derivada de las ventas en el extranjero, el programa reduce los costos de comercialización de las exportaciones. La excepción para "los servicios de asesoramiento y promoción de exportaciones de amplia disponibilidad" no es aplicable, ya que el programa relativo a las EVE no es "un servicio" sino una exención de impuestos.

4.1256 De los cuatro productos agropecuarios que se examinan, el maíz, las habas de soja y el algodón no se podían exportar en absoluto durante el período 1995 a 1997 con subvenciones a la exportación. Por consiguiente, la aplicación del programa relativo a las EVE a esos productos fue contraria al Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1257 El trigo puede, por otra parte, atraer subvenciones a la exportación conforme al Acuerdo sobre la Agricultura. No obstante, como se indica en el cuadro de la Prueba 16 de las CE, se pudo exportar en 1995 conforme al compromiso una cantidad de hasta 20,2 millones de toneladas. Los Estados Unidos han notificado que sólo 560.000 toneladas recibieron esas subvenciones en 1995. En total, los Estados Unidos exportaron en 1995 32,4 millones de toneladas de trigo lo que significa que se declaró que 31,8 millones de toneladas fueron exportadas sin subvenciones a la exportación.

4.1258 Los Estados Unidos no toman en cuenta para los fines del cumplimiento de sus compromisos conforme al Acuerdo sobre la Agricultura las subvenciones proporcionadas a los productos agropecuarios en virtud del programa relativo a las EVE.

4.1259 De acuerdo con el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura, corresponde a los Estados Unidos probar que la totalidad del maíz, las habas de soja y el algodón, y todo el trigo por encima de sus compromisos de reducción se exportaron sin beneficiarse de subvenciones a las EVE. Si así no lo hacen, debe estimarse que han violado el artículo 8 y el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura.

Las subvenciones a las EVE no están comprendidas en el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1260 Incluso si la subvención del programa relativo a las EVE no está comprendido en el párrafo 1 d) del artículo 9, ello no impide que sea contrario al artículo 8 del Acuerdo sobre la Agricultura, que se aplica a todas las subvenciones a la exportación de productos agropecuarios, estén o no descritos en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1261 Los compromisos acerca de subvenciones a la exportación en el caso de los Estados Unidos para el maíz, las habas de soja y el algodón son iguales a cero.

4.1262 En consecuencia, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura, corresponde a los Estados Unidos probar que todo el maíz, habas de soja y algodón y todo el trigo exportados por encima de sus compromisos de reducción se exportaron sin beneficiarse de subvenciones a las EVE. Si no lo hacen, debe estimarse que han violado el artículo 8 y el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, así como el artículo 3 del Acuerdo SMC respecto de estas subvenciones.

Conclusión

4.1263 A reserva de que los Estados Unidos demuestren que ninguna de sus exportaciones de algodón, maíz o habas de soja se beneficia de las subvenciones a las EVE ni tampoco ninguna de sus exportaciones de trigo por encima de sus compromisos de reducción, debe concluirse que han violado el párrafo 3 del artículo 3 y el artículo 8 del Acuerdo sobre la Agricultura.

Los **Estados Unidos** responden de la siguiente manera en su primera comunicación:

4.1264 El régimen de las EVE no infringe las obligaciones de los Estados Unidos conforme al Acuerdo sobre la Agricultura por la simple razón de que, como se demuestra a continuación, el régimen no es una subvención a las exportaciones para los fines de ese Acuerdo.

Las disposiciones sobre subvenciones a la exportación del Acuerdo sobre la Agricultura deben interpretarse a la luz del artículo XVI del GATT de 1994 y el Acuerdo SMC

4.1265 Como punto de partida inicial, hay que determinar qué es una "subvención a la exportación" para los fines del Acuerdo sobre la Agricultura. A este respecto, las Comunidades Europeas han citado dos disposiciones, el apartado e) del artículo 1 y el párrafo 1 d) del artículo 9 de ese Acuerdo. El apartado e) del artículo 1 es una definición general que dispone lo siguiente: "por "subvenciones a la exportación" se entiende las subvenciones supeditadas a la actuación exportadora, con inclusión de las enumeradas en el artículo 9 del presente Acuerdo". El párrafo 1 d) del artículo 9 es más concreto y dispone lo siguiente:

"1 Las subvenciones a la exportación que se enumeran a continuación están sujetas a los compromisos de reducción contraídos en virtud del presente Acuerdo:

[...]

d) el otorgamiento de subvenciones para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios (excepto los servicios de asesoramiento y promoción de exportaciones de amplia disponibilidad) incluidos los costos de manipulación, perfeccionamiento y otros gastos de transformación, y los costos de los transportes y fletes internacionales."

Como resulta evidentemente del texto, ninguna de estas disposiciones define la palabra "subvención". Además, ninguna otra disposición del Acuerdo sobre la Agricultura proporciona esa definición.

4.1266 En consecuencia, como cuestión inicial preliminar, el Grupo Especial debe interpretar la palabra "subvención" tal como se utiliza en el Acuerdo sobre la Agricultura. Los Estados Unidos creen que para cumplir esta tarea, la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* y el párrafo 1 del artículo 21 del Acuerdo sobre la Agricultura requieren que el Grupo Especial considere, como parte del contexto de las disposiciones del tratado que se examinan, las disposiciones pertinentes de otros acuerdos de la OMC⁵⁴¹. A este respecto, son disposiciones claramente pertinentes el artículo XVI del GATT de 1994 y el artículo 1 y el párrafo 1 a) del artículo 3 y el Anexo I del Acuerdo SMC. En realidad, el apartado c) ii) del artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura (la llamada "cláusula de paz") reconoce expresamente la vinculación entre el Acuerdo sobre la Agricultura y estas disposiciones.⁵⁴²

4.1267 Como ayuda adicional a la interpretación, el Órgano de Apelación ha hecho igualmente hincapié en el párrafo 1 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*, que dispone lo siguiente:

"Salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las Partes Contratantes del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo."⁵⁴³

Así, por ejemplo, las decisiones adoptadas y los informes emitidos conforme al artículo XVI del GATT de 1947 y el Código de Subvenciones son pertinentes a la interpretación de la expresión "subvención a la exportación" utilizada en el Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1268 Finalmente, el párrafo 1 b) iv) del GATT de 1994 dispone que el GATT de 1994 comprenderá "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 [...]"

4.1269 Teniendo en cuenta estos recursos interpretativos, es evidente que el régimen de las EVE no es una subvención a la exportación para los fines del Acuerdo sobre la Agricultura.

Dada la falta de toda indicación en contrario en el Acuerdo sobre la Agricultura, puesto que el régimen de las EVE no es una subvención para los fines del Acuerdo SMC o el artículo XVI del GATT de 1994, no constituye una subvención a la exportación en el sentido del apartado e) del artículo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1270 Como se ha demostrado anteriormente, el régimen de las EVE no constituye, conforme al Acuerdo SMC, una subvención, menos aún una subvención a la exportación. Además, aunque las Comunidades Europeas no han formulado una reclamación basada en el artículo XVI del GATT de 1994, el análisis precedente demuestra que el régimen de las EVE no constituiría una subvención para los fines del artículo XVI. En particular, el régimen es compatible con los términos de la

⁵⁴¹ El párrafo 1 del artículo 21 establece lo siguiente: "Se aplicarán las disposiciones del GATT de 1994 y de los otros Acuerdos Comerciales Multilaterales incluidas en el Anexo 1^a del Acuerdo sobre la OMC, a reserva de las disposiciones del presente Acuerdo."

⁵⁴² El apartado c) ii) del artículo 13 establece que durante el período de aplicación, las subvenciones a la exportación que estén en conformidad con la Parte V del Acuerdo sobre la Agricultura estarán exentas de medidas basadas, entre otras cosas, en el artículo XVI del GATT de 1994 o el artículo 3 del Acuerdo SMC.

⁵⁴³ *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, documento WT/DS22/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 20 de marzo de 1997, en el párrafo 14.

Decisión del Consejo de 1981, decisión que, de conformidad con el párrafo 1 b) iv) del GATT de 1994, constituye parte del GATT de 1994 y que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*, debe servir de orientación a la OMC.

4.1271 De este modo, a la luz de que el régimen de las EVE no es una subvención ni una subvención a la exportación para los fines del Acuerdo SMC o del GATT de 1994, y a falta de ninguna disposición en el Acuerdo sobre la Agricultura que indique un resultado contrario, no se puede considerar que el régimen de las EVE constituya una "subvención a la exportación" para los fines del apartado e) del artículo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura.

El régimen de las EVE no constituye una subvención a la exportación en el sentido del párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1272 El régimen de las EVE tampoco constituye una subvención a la exportación para los fines del párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. Para que una medida quede comprendida en ese párrafo han de satisfacerse dos criterios. Primeramente, la medida debe ser una subvención a la exportación. En segundo lugar, la subvención a la exportación debe establecerse "para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios (excepto los servicios de asesoramiento y promoción de exportaciones de amplia disponibilidad) incluidos los costos de manipulación, perfeccionamiento y otros gastos de transformación, y los costos de los transportes y fletes internacionales". El régimen de las EVE no satisface ninguno de los dos criterios.

4.1273 Con respecto al primero, como anteriormente se ha demostrado, el régimen de las EVE no es una subvención a la exportación en el sentido del apartado e) del artículo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura. Por lo tanto, incluso suponiendo hipotéticamente que el régimen se ha establecido para reducir los costos de los gastos de comercialización, etc., no estaría cubierto por el párrafo 1 d) del artículo 9.

4.1274 En segundo lugar, suponiendo hipotéticamente que el régimen de las EVE represente una subvención a la exportación, no se ha establecido para disminuir los costos en concepto de gastos de comercialización, etc. Ateniéndonos al sentido ordinario de los términos empleados, el régimen no disminuye los gastos de comercialización. En vez de ello, el estatuto de las EVE aumenta los ingresos netos después de impuestos de una EVE. No lo hace disminuyendo los costos de comercialización sino la carga impositiva. Los costos que ocasionan a una empresa los gastos de comercialización no cambian por el hecho de que la empresa presente o no una declaración de impuesto a la renta en calidad de EVE.⁵⁴⁴

4.1275 Además, como cuestión contextual, un examen del Acuerdo SMC revela que los redactores de las normas de la OMC sobre subvenciones sabían cómo distinguir entre posibles subvenciones relacionadas con los impuestos y otros tipos de subvención. Por ejemplo, los párrafos e) a h) de la Lista ilustrativa establecen normas específicas para diferentes tipos de medidas impositivas. A la luz de esto, es inconcebible que esos mismo redactores hubiesen tenido la intención de que las medidas impositivas estuvieran comprendidas en una disposición como el párrafo 1 d) del artículo 9 que, por su tenor, se refiere a las subvenciones establecidas para reducir los gastos de comercialización y que ni siquiera menciona la palabra "impuesto".⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ En realidad, si se interpretara el párrafo 1 d) del artículo 9 como sugieren las Comunidades Europeas, esa disposición se aplicaría a las rebajas de un IVA.

⁵⁴⁵ Las Comunidades Europeas no han alegado que el régimen de las EVE entre en ningún otro apartado del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. Con todo, para completar el análisis, los Estados Unidos creen que ninguno de esos apartados abarcaría una medida sobre el impuesto a la renta, como el régimen de las EVE.

4.1276 Con respecto a las alegaciones de las Comunidades Europeas en relación con el Acuerdo sobre la Agricultura, es aún más manifiesto que las Comunidades no han cumplido con su carga de la prueba. Por lo que hace a la afirmación de las Comunidades Europeas de que el régimen de las EVE está comprendido en el párrafo 1 d) del artículo 9, se busca en vano en la primera comunicación de las Comunidades Europeas una explicación, para no hablar de una prueba, de que el régimen constituya una subvención a la exportación para los fines del Acuerdo sobre la Agricultura, uno de los requisitos previos de una subvención de las descritas en el párrafo 1 d) del artículo 9. Además, la afirmación de las Comunidades Europeas de que el régimen de las EVE "reduce los costos de comercialización de las exportaciones" es insostenible a la luz del significado ordinario de las palabras del párrafo 1 d) del artículo 9.

4.1277 De la misma manera, con respecto a su afirmación de que el régimen de las EVE constituye una "subvención a la exportación no enumerada en el párrafo 1 del artículo 9", en el sentido del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura, las Comunidades Europeas no han ofrecido ninguna explicación ni prueba de por qué el régimen de las EVE constituye una subvención a la exportación en el sentido del apartado e) del artículo 1 de ese Acuerdo. En vez de ello, las Comunidades Europeas se remiten al párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo en un intento de esquivar su carga de la prueba. Suponiendo hipotéticamente que el párrafo 3 del artículo 10 sea aplicable, cuando mucho desplaza al Miembro que responde la carga de probar que los productos exportados por encima del nivel de un compromiso de reducción no se aprovechan de una medida particular que se pretende constituye una subvención o, en otro caso, que la medida no es una subvención a la exportación. Sin embargo, no puede interpretarse que el párrafo 3 del artículo 10 desplace ninguna carga probatoria cuando el producto exportado no aparece en la sección II, Parte IV de la Lista del Miembro o la cantidad reflejada en la Lista es igual a cero. Solamente los productos enumerados en la sección II junto con una cantidad concreta positiva están sometidos a los compromisos de reducción y el alcance del párrafo 3 del artículo 10 se limita expresamente a las cantidades de un producto "exportado por encima del nivel de compromiso de reducción". Así pues, sólo en esas circunstancias específicas podría el párrafo 3 del artículo 10 relevar al Miembro reclamante de la obligación de fundar una presunción de que la medida de que se trata es, realmente, una subvención a la exportación. En el contexto del presente caso, esto significa que si llegara a desplazarse la carga de la prueba a los Estados Unidos en virtud del párrafo 3 del artículo 10, se desplazaría sólo con respecto al trigo, el único producto agropecuario indicado por las Comunidades Europeas respecto del cual los Estados Unidos han asumido un compromiso positivo de reducción.

4.1278 En cualquier caso, los Estados Unidos han probado que el régimen de las EVE no es una subvención a la exportación para los fines del Acuerdo sobre la Agricultura.

Las **Comunidades Europeas** refutan del modo siguiente la respuesta de los Estados Unidos en la declaración oral que pronunció en la primera reunión del Grupo Especial:

Introducción

4.1279 Las Comunidades Europeas han explicado en su primera comunicación escrita⁵⁴⁶ que el programa relativo a las EVE infringe también los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura, leídos conjuntamente con el párrafo 1 d) del artículo 9 y los párrafos 1 y 2 del artículo 10 de ese Acuerdo. Las Comunidades presentaron dos argumentaciones, la primera basada en el supuesto de que las subvenciones otorgadas a las EVE están incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 d)

⁵⁴⁶ Párrafos 167 a 192.

del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura⁵⁴⁷ y la segunda basada en el supuesto de que no lo están.⁵⁴⁸

4.1280 Además de formular una objeción de procedimiento⁵⁴⁹, los Estados Unidos han respondido con varios argumentos.

Los Estados Unidos alegan que no hay subvención en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1281 La primera objeción de los Estados Unidos es que, aunque muchas disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura reglamentan las "subvenciones a la exportación" y aunque en el apartado e) del artículo 1 y el artículo 9 de ese Acuerdo se definen las "subvenciones a la exportación", no hay en él ninguna definición del término "subvención".

4.1282 Las Comunidades Europeas dieron por supuesto y ahora sostienen formalmente que, dada la similitud entre el apartado e) del artículo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura y el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, el término debe tener en el primero el mismo sentido que en el segundo, al menos por lo que se refiere a las subvenciones a la exportación. Una razón de esto es que el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC comienza con una excepción relativa a las subvenciones a la exportación permitidas por el Acuerdo sobre la Agricultura. Por lo tanto, los términos utilizados en ambos acuerdos deben tener el mismo sentido.

4.1283 Los Estados Unidos sostienen que ha de tomarse en consideración el artículo XVI del GATT y que, a la luz, en particular, del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y del párrafo 1 b) iv) del texto por el que se incorpora el GATT de 1994 en el Acuerdo sobre la OMC, "es evidente que el régimen de las EVE no es una subvención a la exportación para los fines del Acuerdo sobre la Agricultura".⁵⁵⁰

4.1284 Esta opinión parece basarse enteramente en el razonamiento (o, más bien, el supuesto "criterio jurídico rector") de que lo que un Miembro considera un proceso económico extranjero puede quedar exento de impuestos a discreción del Miembro y de que ello puede comprender la supeditación a la exportación, lo cual ya han refutado las Comunidades Europeas. Si las Comunidades Europeas estuvieran equivocadas y hubiera razones adicionales, pedirían que esto se aclare.

Alegación de que el programa relativo a las EVE no reduce los costos de comercialización de conformidad con el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1285 En el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura se dispone que se incluya en las listas y se reduzca:

"el otorgamiento de subvenciones para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios (excepto los servicios de asesoramiento y promoción de exportaciones de amplia disponibilidad) incluidos los costos de manipulación, perfeccionamiento y otros gastos de transformación, y los costos de los transportes y fletes internacionales".

⁵⁴⁷ Párrafos 183 a 188.

⁵⁴⁸ Párrafos 189 a 191.

⁵⁴⁹ Que se trata por separado[].

⁵⁵⁰ Párrafos 170 a 174 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

4.1286 Además de repetir que el programa relativo a las EVE no implica una subvención, los Estados Unidos aducen que reduce la obligación fiscal, no los costos de comercialización, y que "los gastos que ocasionan a una empresa los costos de comercialización no cambian por el hecho de que la empresa presente o no una declaración de impuesto a la renta en calidad de EVE".⁵⁵¹

4.1287 Las Comunidades Europeas quisieran señalar que, según admiten los propios Estados Unidos, el programa relativo a las EVE reduce el impuesto que debe pagarse sobre el ingreso de las "funciones de distribución" de una operación de exportación. De este modo, el régimen de las EVE compensa parcialmente los costos de comercialización de las exportaciones. El argumento de los Estados Unidos de que la subvención no reduce los costos sino únicamente la obligación fiscal no puede aceptarse porque, de lo contrario, una donación directa a empresas que comercialicen productos agropecuarios se substraería a lo dispuesto en el párrafo 1 d) del artículo 9, puesto que podría aducirse que la donación no reducía los costos sino que únicamente aumentaba el ingreso. No cabe duda de que la existencia de una subvención debe ser independiente de los medios por los que se entrega.

4.1288 Lo importante es que, cuando se aplican a productos agropecuarios, las subvenciones otorgadas a las EVE están, por su misma naturaleza, relacionadas con la distribución o comercialización de los productos. Comercialización significa publicidad, promoción de ventas y actividades de oferta, y éstas son funciones que la EVE debe desempeñar (o de las que debe ser responsable).⁵⁵²

Rechazo por los Estados Unidos de la carga de demostrar que no elude sus compromisos con arreglo al párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1289 Como se ha dicho, las Comunidades Europeas formularon una reclamación alternativa de conformidad con el Acuerdo sobre la Agricultura para el caso de que no se considerara que las subvenciones otorgadas a las EVE quedaban incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 d) del artículo 9 de ese Acuerdo.

4.1290 El párrafo 1 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura dispone que:

"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 compromisos en materia de subvenciones a la exportación; tampoco se autorizarán transacciones no comerciales para eludir esos compromisos".

4.1291 Dado que es difícil para los Miembros identificar las operaciones de exportación que están subvencionadas y las que no lo están, en el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura se invierte la carga de la prueba, disponiendo que:

"Todo Miembro que alegue que una cantidad exportada por encima del nivel de compromiso de reducción no está subvencionada deberá demostrar que para la cantidad exportada en cuestión no se ha otorgado ninguna subvención a la exportación, esté o no enumerada en el artículo 9".

4.1292 Por lo tanto, las Comunidades Europeas alegaron que correspondía a los Estados Unidos demostrar que sus productos agropecuarios para los que existían compromisos de reducción se exportaban sin el beneficio de subvenciones otorgadas con arreglo al régimen de las EVE.

⁵⁵¹ Párrafo 179 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁵⁵² Véanse los apartados e) 1) y d) 1) A) del artículo 924 del IRC.

4.1293 Las Comunidades Europeas eligieron cuatro productos que los Estados Unidos exportan a su territorio desde 1995 e invitó a los Estados Unidos a proporcionar la prueba requerida al respecto. Estos productos son el maíz, las habas de soja y el algodón, respecto de los cuales los Estados Unidos no han incluido en su lista compromisos de reducción, y el trigo, respecto del cual sí existen esos compromisos. Los antecedentes de hecho y los datos disponibles sobre las exportaciones estadounidenses se expusieron en la sección III.C.3 de la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas y en la Prueba 16 de las CE presentada con éstas.

4.1294 Los Estados Unidos han rechazado la invitación a suministrar la prueba requerida en el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura, aduciendo tres argumentos:

- Repiten que el programa relativo a las EVE no da lugar a subvenciones a la exportación en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura y agregan, como alternativa, que las Comunidades Europeas no han demostrado que lo hagan.
- En el párrafo 3 del artículo 10 no se desplaza la carga de la prueba cuando el producto exportado no figura en la sección II de la parte IV de la lista del Miembro o figura en ella con una cantidad igual a cero.
- El único producto agropecuario identificado por las Comunidades Europeas respecto del cual los Estados Unidos han asumido un compromiso positivo de reducción es el trigo y, por lo tanto, si la carga de la prueba pasa a recaer en los Estados Unidos con arreglo al párrafo 3 del artículo 10, será sólo en el caso del trigo.

4.1295 Las Comunidades Europeas no necesitan formular nuevas observaciones sobre el primer punto, es decir, sobre si las subvenciones otorgadas a las EVE son subvenciones a la exportación a los efectos del Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1296 En cuanto al segundo punto, hay otro importante desacuerdo jurídico. Los Estados Unidos no parecen negar que no se les permite otorgar subvenciones a la exportación de maíz, habas de soja o algodón, pero aducen que el desplazamiento de la carga de la prueba sólo tiene lugar cuando en la lista se refleja una cantidad positiva específica. Apoyan esta afirmación citando el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura en forma selectiva y que induce a error. Las Comunidades Europeas remediarán esta situación y demostrarán que los Estados Unidos se equivocan, citando de nuevo la disposición y poniendo de relieve las partes que los Estados Unidos han omitido.

"Todo Miembro que alegue que *una cantidad* exportada por encima del *nivel* de compromiso de reducción no está subvencionada deberá demostrar que para la cantidad exportada en cuestión no se ha otorgado ninguna subvención a la exportación, esté o no enumerada en el artículo 9".

4.1297 Las Comunidades Europeas no ven ninguna razón para que el "nivel de compromiso de reducción" no sea igual a cero o se convierta en cero. ¿Por qué debe desaparecer la inversión de la carga de la prueba tan pronto como el compromiso de reducción llegue a cero? Después de todo, es más fácil para el Miembro interesado demostrar que las cantidades exportadas no se beneficiaron de ninguna subvención cuando el compromiso es cero que cuando es una cifra positiva. Además, un compromiso cero es más útil para los demás Miembros y, por lo tanto, es más importante que se respete debidamente.

4.1298 En cuanto al tercer punto, las Comunidades Europeas señalan que los Estados Unidos admiten que han asumido compromisos de reducción, no niegan que exportan por encima de esos

compromisos, como se indica en la Prueba 16 de las CE, pero no intentan demostrar que esas cantidades no están subvencionadas.

Los **Estados Unidos** continúan respondiendo del modo siguiente en la declaración oral que pronunciaron en la primera reunión del Grupo Especial:

4.1299 Por último, el Programa relativo a las EVE no infringe lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura acerca de las subvenciones a la exportación. Como se explicó en la primera comunicación de los Estados Unidos, las subvenciones otorgadas a las EVE no quedan incluidas en ninguna de las categorías de subvenciones a la exportación enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura, incluido el apartado d) de ese párrafo. En cuanto a la definición general de las subvenciones a la exportación que figura en el apartado e) del artículo 1 de ese Acuerdo, como en el Acuerdo sobre la Agricultura no hay nada en contra, el Grupo Especial debe interpretar ese apartado a la luz de las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y el Acuerdo SMC. A juicio de los Estados Unidos, por las razones anteriormente aducidas, el régimen de las EVE no implica una subvención, y menos aún una subvención a la exportación, de conformidad con esas disposiciones. Por consiguiente, el régimen de las EVE no implica una subvención a la exportación a los efectos del Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1300 En lo que se refiere al Acuerdo sobre la Agricultura, las Comunidades Europeas alegan que la interpretación de los Estados Unidos, según la cual el párrafo 1 d) del artículo 9 de ese Acuerdo permitiría que no se adoptaran medidas contra la existencia de pagos directos para cubrir los gastos de comercialización, es engañosa y plantea un problema inexistente. Los pagos directos quedan incluidos en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) del artículo 9, y el Grupo Especial no debe distorsionar el claro lenguaje del apartado d) de ese párrafo para resolver un problema que no es tal.

Las **Comunidades Europeas** continúan refutando la respuesta de los Estados Unidos del modo siguiente en su segunda comunicación:

Introducción

4.1301 Las Comunidades Europeas han explicado que el programa relativo a las EVE infringe también los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura, leídos conjuntamente con el párrafo 1 d) del artículo 9 y los párrafos 1 y 3 del artículo 10 de ese Acuerdo. Las Comunidades Europeas presentaron dos argumentaciones, la primera basada en el supuesto de que las subvenciones otorgadas a las EVE están incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura⁵⁵³ y la segunda, basada en el supuesto de que no lo están.⁵⁵⁴

4.1302 Los Estados Unidos formularon varios argumentos, a los que las Comunidades Europeas dieron una respuesta inicial en la primera reunión del Grupo Especial.⁵⁵⁵ Las Comunidades remitirán simplemente al Grupo Especial a esos argumentos sin repetirlos ahora, salvo en la medida necesaria para responder a los formulados por los Estados Unidos.

4.1303 Las Comunidades Europeas desean señalar varios otros puntos.

⁵⁵³ Párrafos 183 a 188.

⁵⁵⁴ Párrafos 189 a 191.

⁵⁵⁵ Párrafos 96 a 113 de la declaración pronunciada por las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial.

El sentido del término "subvención" en el Acuerdo sobre la Agricultura

4.1304 Los Estados Unidos aducen⁵⁵⁶ que, como en el Acuerdo sobre la Agricultura no hay una definición del término "subvención", éste debe interpretarse teniendo en cuenta no sólo el Acuerdo SMC sino también el artículo XVI del GATT. A continuación, llegan en forma bastante perentoria, a la conclusión⁵⁵⁷ de que es, por lo tanto, "evidente" que el régimen de las EVE no es una subvención a la exportación para los fines del Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1305 Las Comunidades Europeas consideran que el término "subvención" utilizado en el Acuerdo sobre la Agricultura debe tener el sentido que le otorga el artículo 1 del Acuerdo SMC. En ese artículo se define el término subvención a todos los efectos del Acuerdo SMC, y el párrafo 1 a) del artículo 3 de dicho Acuerdo contiene una excepción relativa a las subvenciones a la exportación permitidas por el Acuerdo sobre la Agricultura. Las subvenciones que así se exceptúan deben ser las mismas que las medidas permitidas por el Acuerdo sobre la Agricultura y, por lo tanto, la palabra subvención debe tener el mismo alcance y el mismo sentido en ambos Acuerdos.

4.1306 La única dificultad que pueden apreciar en este enfoque las Comunidades Europeas es que el término "subvención" empleado en el Acuerdo sobre la Agricultura abarcaría tanto las subvenciones específicas como las no específicas. Sin embargo, este problema no se plantea ya que ese Acuerdo sólo utiliza el término subvención en relación con las subvenciones a la exportación.

4.1307 Los Estados Unidos no explican cómo podría ser diferente la definición de subvención en el artículo XVI del GATT pero, tanto de la nota interpretativa al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC como de la historia de las negociaciones (el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC se negociaron en forma paralela), se deduce claramente que, si hay algún conflicto entre las definiciones que pueden utilizarse a los efectos del Acuerdo sobre la Agricultura, debe prevalecer la definición que figura en el Acuerdo SMC.

4.1308 Las Comunidades Europeas quisieran agregar que, a los efectos del Acuerdo sobre la Agricultura, una subvención a la exportación se define simplemente como una subvención supeditada a los resultados de exportación y que se considera que esta definición abarca las subvenciones enumeradas en el artículo 9 de dicho Acuerdo pero *no* las contenidas en la Lista ilustrativa que figura en el Anexo 1A del Acuerdo SMC. Por lo tanto, el argumento de carácter contextual formulado por los Estados Unidos en el párrafo 180 de su primera comunicación escrita parece erróneo. A los efectos del Acuerdo sobre la Agricultura, los Miembros de la OMC no desean distinguir entre las subvenciones a la exportación entregadas a través del sistema fiscal y por otros medios.

4.1309 Por consiguiente, las subvenciones otorgadas a las EVE son subvenciones a la exportación a los efectos del Acuerdo sobre la Agricultura por la misma razón por la que son subvenciones con arreglo al Acuerdo SMC y se ha demostrado que están supeditadas a los resultados de exportación para los fines de ese Acuerdo.

Párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1310 En la declaración que pronunció en la primera reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas refutaron la afirmación de los Estados Unidos de que el programa relativo a las EVE reduce la obligación fiscal, no los costos de comercialización, y de que "los costos que ocasionan a una

⁵⁵⁶ Párrafos 170 a 174 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁵⁵⁷ Párrafo 174 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

empresa los gastos de comercialización no cambian por el hecho de que la empresa presente o no una declaración de impuesto a la renta en calidad de EVE." ⁵⁵⁸

4.1311 Las Comunidades Europeas adujeron que la existencia de una subvención debe ser indudablemente independiente de los medios por los que se entrega. Quisieran agregar que, en realidad, esto se desprende claramente del resto del párrafo 1 d) del artículo 9, en el que se dispone en forma expresa que reducir los costos de los transportes y fletes internacionales es un ejemplo de los medios por los que pueden reducirse los costos de comercialización.

4.1312 Las Comunidades Europeas adujeron además que, cuando se aplican a productos agropecuarios, las subvenciones otorgadas a las EVE están, por su misma naturaleza, relacionadas con la distribución o comercialización de los productos. Comercialización significa publicidad, promoción de ventas y actividades de oferta, y todas éstas son funciones que la EVE debe desempeñar (o de las que debe ser responsable). ⁵⁵⁹

4.1313 La respuesta preliminar de los Estados Unidos en la primera reunión del Grupo Especial consistió meramente en decir que los pagos directos se tratan en el párrafo 1 a) del artículo 9. Esto sólo es cierto en la medida en que están supeditados a las exportaciones y cumplen las demás condiciones requeridas en esa disposición. El párrafo 1 d) del artículo 9 tiene un objeto independiente, que es someter las subvenciones que reducen los costos de comercialización de las exportaciones a las disciplinas del artículo 9. Este objeto es el mismo sean cuales fueren los medios por los que se entrega la subvención.

Rechazo por los Estados Unidos de la carga de demostrar que no elude sus compromisos con arreglo al párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura

4.1314 Los Estados Unidos intentaron evitar la reclamación alternativa formulada por las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura rechazando simplemente la carga de la prueba que, según dispone el párrafo 3 del artículo 10 de ese Acuerdo, un Miembro debe asumir si alega que cualquier cantidad exportada por encima del nivel de compromiso de reducción no está subvencionada. Curiosamente, los Estados Unidos ni siquiera intentaron asumir la carga de la prueba que les correspondía respecto del trigo, en cuyo caso aceptaron que existían compromisos de reducción.

4.1315 Las Comunidades Europeas respondieron a los argumentos de los Estados Unidos en la primera reunión del Grupo Especial y, como los Estados Unidos no han formulado ningún nuevo argumento, no tiene nada que agregar en la actualidad.

Los **Estados Unidos** continúan respondiendo del modo siguiente en su segunda comunicación:

4.1316 En lo que se refiere a la alegación de las Comunidades Europeas de que el programa relativo a las EVE infringe las obligaciones de los Estados Unidos con arreglo al Acuerdo sobre la Agricultura, los Estados Unidos han demostrado anteriormente que el régimen de las EVE no implica una subvención a la exportación a los efectos de ese Acuerdo. ⁵⁶⁰ En esta sección, los Estados Unidos comentarán brevemente los argumentos formulados por las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial.

⁵⁵⁸ Párrafo 179 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁵⁵⁹ Véanse los apartados e) 1) y d) 1) A) del artículo 924 del IRC.

⁵⁶⁰ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 169 a 180.

4.1317 En primer lugar, las Comunidades Europeas no parecen negar que el artículo XVI del GATT es pertinente a los efectos de la interpretación de las disposiciones relativas a las subvenciones a la exportación del Acuerdo sobre la Agricultura.⁵⁶¹ Admiten el argumento de los Estados Unidos de que el artículo XVI es pertinente y, en lugar de rebatirlo, sacan simplemente, de los precedentes de ese artículo, conclusiones distintas de aquellas a las que llegan los Estados Unidos.

4.1318 En segundo lugar, para apoyar su afirmación de que el régimen de las EVE queda incluido en el ámbito de aplicación del párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura, las Comunidades Europeas aducen que, si no fuera así, "una donación directa a empresas que comercialicen productos agropecuarios se substraería a lo dispuesto en el párrafo 1 d) del artículo 9 [...]".⁵⁶² No obstante, como señalaron anteriormente los Estados Unidos, una donación directa quedaría incluida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de ese artículo, y el Grupo Especial no debe distorsionar el sentido evidente del párrafo 1 d) del artículo 9 para resolver un problema inexistente.⁵⁶³

4.1319 En tercer lugar, refiriéndose al hecho de que las Comunidades Europeas se basan en el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura, los Estados Unidos señalan de nuevo la incompatibilidad entre el recurso de las Comunidades Europeas a esa disposición y su postura respecto de la cuarta frase de la nota de pie de página 59 de pie de página del Acuerdo SMC. Las Comunidades Europeas afirman que no estaban obligada a plantear sus inquietudes acerca de las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE en un foro fiscal apropiado porque la cuarta frase de la nota de pie de página 59 de pie de página no se identifica como norma o procedimiento especial o adicional en el ESD. No obstante, el párrafo 3 del artículo 10, en el que se basan las Comunidades Europeas, tampoco se identifica como norma o procedimiento especial o adicional en el ESD.

4.1320 Por último, las Comunidades Europeas impugnan el argumento de los Estados Unidos de que el párrafo 3 del artículo 10 desplaza, como mucho, la carga de la prueba en el caso de los productos incluidos en la lista, aduciendo en cambio que "no ve ninguna razón para que el 'nivel de compromiso de reducción' no sea igual a cero o se convierta en cero".⁵⁶⁴ La simple respuesta a las Comunidades Europeas es que el claro texto del párrafo 3 del artículo 10 limita la aplicación de éste a los productos respecto de los cuales un Miembro tiene un "nivel de compromiso de reducción". De conformidad con el párrafo 3 del artículo 3, esos niveles se especifican en la lista del Miembro. Los compromisos de reducción contenidos en la lista de un Miembro muestran cómo prometió ese determinado Miembro *reducir* el nivel de los desembolsos presupuestarios, así como el volumen de las exportaciones de productos especificados realizadas con el beneficio de subvenciones a la exportación durante el período de aplicación. El sentido evidente del término "reducción" presupone que existe una cantidad positiva que puede reducirse y no abarca el compromiso de un Miembro de continuar *no* subvencionando los productos agropecuarios no subvencionados. Este último compromiso no es una promesa de *reducir* cantidades o desembolsos presupuestarios sino de mantener el *statu quo*.

4.1321 Además, la otra principal disposición del Acuerdo sobre la Agricultura relativa a las subvenciones a la exportación, que hace referencia a la reducción del nivel de compromiso -el artículo 9- refuerza la interpretación de que el "nivel de compromiso de reducción" queda limitado a los compromisos en materia de cantidad sobre productos especificados incluidos en las listas. Tal

⁵⁶¹ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafos 98 y 99.

⁵⁶² Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 102.

⁵⁶³ Oral Statement on the Merits de los Estados Unidos, párrafo 38.

⁵⁶⁴ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 112.

como están redactadas, las disposiciones del artículo 9 carecen de sentido si se interpreta que el "nivel de compromiso de reducción" hace referencia al tipo de compromiso cero que los Miembros asumirán en relación con los productos agropecuarios que no se benefician de subvenciones a la exportación.

4.1322 En el párrafo 1 del artículo 9 se dispone que "las subvenciones a la exportación que se enumeran a continuación están sujetas a los *compromisos de reducción* contraídos en virtud del presente Acuerdo [...]" (cursivas añadidas) y a continuación se mencionan los seis tipos generales de subvenciones a la exportación, los productos, las cantidades y los desembolsos que habían de incluirse en las listas de los Miembros. Según se desprende de sus propios términos, el párrafo 1 del artículo 9 vincula los "compromisos de reducción" con subvenciones a la exportación específicas, definición que no abarca el tipo de compromiso "cero" que los Miembros asumieron en relación con todas las exportaciones no subvencionadas.

4.1323 Análogamente, en el párrafo 2 b) ii) del artículo 9 se permite que los Miembros concedan subvenciones a la exportación por encima de los correspondientes niveles de compromiso anuales (léase, del "nivel de compromiso de reducción"), a condición de que "las cantidades acumuladas exportadas con el beneficio de dichas subvenciones a la exportación [...] no superasen las cantidades acumuladas que habrían resultado del pleno cumplimiento de los correspondientes niveles anuales de compromiso en materia de cantidades especificados en la lista del Miembro en más del 1,75 por ciento de las cantidades del período de base". La fórmula contenida en el párrafo 2 b) ii) del artículo 9 parte implícitamente del supuesto de que existe una cantidad positiva de exportaciones subvencionadas; de lo contrario, la norma del "1,75 por ciento de las cantidades del período de base" no tendría sentido en los casos en que el compromiso del Miembro se refiere a exportaciones subvencionadas iguales a cero y el Miembro tiene cantidades positivas de exportaciones reales en el período de base.

4.1324 En cuanto a las reclamaciones de las Comunidades Europeas de conformidad con el Acuerdo sobre la Agricultura, las Comunidades no han formulado una teoría coherente sobre cómo puede considerarse subvención a la exportación a los efectos de ese Acuerdo el régimen de las EVE ni han aducido pruebas que puedan apoyar una teoría de ese tipo. Además, la afirmación de las Comunidades Europeas de que el régimen de las EVE reduce los costos de comercialización de las exportaciones es insuficiente para demostrar que se ha infringido el Acuerdo, habida cuenta del texto del párrafo 1 d) del artículo 9.

4.1325 Análogamente, en lo que se refiere a las reclamaciones de las Comunidades Europeas de conformidad con el artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura, las Comunidades no han demostrado que el régimen de las EVE implique una subvención a la exportación con arreglo al apartado e) del artículo 1 de ese Acuerdo, lo cual es un requisito previo necesario. Los intentos de las Comunidades Europeas de no asumir la carga de la prueba que les corresponde recurriendo al párrafo 3 del artículo 10 deben ser igualmente infructuosos. Como mucho, el párrafo 3 del artículo 10 hace recaer en el Miembro demandado la carga de demostrar que los productos exportados por encima del nivel del compromiso de reducción no se benefician de la medida impugnada o que la medida no es una subvención a la exportación. En cualquier caso, incluso si se considera que el párrafo 3 del artículo 10 hace recaer sobre el Miembro demandado la carga inicial de establecer una presunción *prima facie*, los Estados Unidos han demostrado que el régimen de las EVE no implica una subvención a la exportación con arreglo al Acuerdo sobre la Agricultura, traspasando así la carga de la prueba a las Comunidades Europeas.

Las **Comunidades Europeas** continúan refutando del modo siguiente la respuesta de los Estados Unidos en la declaración oral que pronunció en la segunda reunión del Grupo Especial:

Introducción

4.1326 Los Estados Unidos sólo aducen en su segunda comunicación escrita dos argumentos acerca del Acuerdo sobre la Agricultura que no se habían tratado ya en la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

4.1327 El primero es que el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura no se menciona como norma o procedimiento especial o adicional en el apéndice 2 del ESD. El segundo es una continuación de su argumento de que el párrafo 3 del artículo 10 no se aplica en el caso de un "compromiso cero". Se abordarán ambos puntos sucesivamente.

El párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura no está incluido en el Apéndice 2 del ESD

4.1328 Los Estados Unidos consideran que las Comunidades Europeas no son coherentes al aducir, por una parte, que la tercera frase de la nota de pie de página 59 de pie de página no puede ser una norma determinante de la competencia o contener una condición previa adicional para la solución de diferencias porque no se menciona en el apéndice 2 y, por la otra, que el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura invierte la carga de la prueba en los casos en que un Miembro aduce que sus exportaciones que sobrepasan el nivel del compromiso de reducción no están subvencionadas.

4.1329 Es fácil descartar este argumento. Según el párrafo 2 del artículo 1 del ESD, en el apéndice 2 se enuncian las normas y procedimientos especiales o adicionales que constituyen una excepción respecto de los que figuran en el ESD. Éste no contiene ninguna norma o procedimiento relativo a la carga de la prueba para la determinación de si hay infracción de un acuerdo abarcado y, por lo tanto, no es apropiado incluir el párrafo 3 del artículo 10 en la lista de las excepciones. Sin embargo, el ESD sí contiene normas y procedimientos sobre el momento en que las diferencias pueden someterse a un grupo especial y, si la tercera frase de la nota de pie de página 59 de pie de página contuviera una excepción respecto de esas normas y procedimientos, se habría enunciado en el apéndice 2 del ESD.

Aplicación del párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura a los niveles de compromiso cero

4.1330 Los Estados Unidos han rechazado la carga de la prueba que los Miembros deben asumir con arreglo al párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura si alegan que cualquier cantidad exportada por encima del nivel del compromiso de reducción no está subvencionada. Como señalaron las Comunidades Europeas en su segunda comunicación escrita, ¡los Estados Unidos ni siquiera han intentado asumir esa carga de la prueba en el caso de los productos respecto de los cuales tienen compromisos de reducción positivos, como el trigo!

4.1331 La argumentación de los Estados Unidos, tal como se expone en la segunda comunicación escrita de ese país, es que:

- Cero no es un "nivel", y el sentido evidente del término "reducción" presupone que existe una cantidad positiva que puede reducirse y no una promesa de mantener el *statu quo*⁵⁶⁵;

⁵⁶⁵ Párrafo 156 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

- En el artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura se hace referencia a un "nivel de compromiso de reducción" en relación con las subvenciones específicas, y esto carece de sentido en el caso de los productos para los que no se permiten subvenciones⁵⁶⁶;
- En el párrafo 2 b) ii) del artículo 9 de ese Acuerdo se permite que los Miembros concedan subvenciones a la exportación por encima de los correspondientes niveles de compromiso anuales a condición de que "las cantidades acumuladas exportadas con el beneficio de esas subvenciones a la exportación [...] no sobrepasen las cantidades acumuladas que habrían resultado del pleno cumplimiento de los correspondientes niveles actuales de compromiso en materia de cantidades especificados en la Lista del Miembro en más del 1,75 por ciento de las cantidades del período de base". Según los Estados Unidos, hablar del 1,75 por ciento de cero no tiene sentido.⁵⁶⁷

4.1332 Al formular este argumento, los Estados Unidos ignoran el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, que dispone en primer lugar que

"ningún Miembro otorgará subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 con respecto a los productos o grupos de productos agropecuarios especificados en la sección II de la Parte IV de su Lista *por encima de los niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades especificados* en la misma."

4.1333 Esto deja claro que lo que el Acuerdo denomina en ocasiones "compromisos de reducción" (y a veces "compromisos anuales") son, más exactamente, *niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades*. A continuación, en el párrafo 3 del artículo 3 se dispone que deberá considerarse que los productos agropecuarios no incluidos en la Lista representan un compromiso cero, declarando que un Miembro

no "otorgará tales subvenciones con respecto a un producto agropecuario *no especificado en esa sección de su Lista*".

4.1334 Las Comunidades Europeas recuerdan también que en el párrafo 3 del artículo 10 se dispone que:

"Todo Miembro que alegue que *una cantidad* exportada por encima del *nivel* de compromiso de reducción no está subvencionada deberá demostrar que para la cantidad exportada en cuestión no se ha otorgado ninguna subvención a la exportación, esté o no enumerada en el artículo 9."

4.1335 Las Comunidades Europeas sostienen que cero es un "nivel". Un compromiso de reducción de cero puede entenderse fácilmente como una obligación de reducir la cantidad a cero y *mantenerla en cero*. La primera parte de la obligación (reducir de la cantidad) carece de sentido sin la segunda (mantenerla en cero). No hay ninguna razón para que las obligaciones de las partes se modifiquen radicalmente en el momento en que la cuantía del compromiso de reducción llega a cero.

4.1336 En lo que se refiere al artículo 9, las Comunidades Europeas señalan simplemente que, cuando hay un compromiso cero, el artículo 9 se convierte en una simple prohibición de la concesión de las subvenciones enumeradas, así como de otras, y el hecho de que el 1,75 por ciento de cero sea

⁵⁶⁶ Párrafos 157 y 158 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

⁵⁶⁷ Párrafo 159 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos.

también cero no crea ningún problema para la aplicación del artículo 9 a niveles de compromiso cero. Sencillamente no existe ningún margen de tolerancia cuando el nivel del compromiso de reducción es cero.

Conclusión

4.1337 Como los Estados Unidos no han hecho ningún intento de demostrar que los productos agropecuarios exportados por encima de los niveles de compromiso de reducción (incluido el nivel de compromiso cero que se aplica a los productos no incluidos en las listas con arreglo al párrafo 3 del artículo 3) no se benefician de subvenciones concedidas en el marco del programa relativo a las EVE en una medida que sobrepase el nivel de compromiso, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial debe constatar que los Estados Unidos han infringido los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura, leídos conjuntamente con el párrafo 1 d) del artículo 9 y los párrafos 1 y 3 del artículo 10 de ese Acuerdo.

Las **Comunidades Europeas** alegan lo siguiente en respuesta a una pregunta que le formuló el Grupo Especial después de su segunda reunión:

4.1338 Las Comunidades Europeas aducen ambas cosas.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ En los párrafos 4.1338 a 4.1346 se refleja la respuesta de las Comunidades Europeas a la siguiente pregunta del Grupo Especial. En la versión escrita de la declaración oral que pronunció en la primera reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas declararon que su primera comunicación debía decir lo siguiente:

"Las Comunidades Europeas piden al Grupo Especial que constate que al mantener las exenciones fiscales y las normas especiales de fijación administrativa de precios contenidas en el programa relativo a las EVE, los Estados Unidos han violado [...] los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura, leídos conjuntamente con el párrafo 1) d) del artículo 9 y los párrafos 1 y 3 del artículo 10 de ese Acuerdo, *concediendo subvenciones a la exportación a productos agropecuarios por encima de sus compromisos de reducción* asumidos en el marco de ese Acuerdo (es decir, al trigo, el maíz, las habas de soja y el algodón)" (cursivas añadidas).

En respuesta a una pregunta formulada oralmente por el Grupo Especial, las Comunidades Europeas declararon que:

"Lo que solicitamos al Grupo Especial es que constate que la aplicación de las subvenciones otorgadas con arreglo al régimen de las EVE a productos agropecuarios respecto de los cuales existen compromisos de reducción [...] constituye una infracción de lo dispuesto en el Acuerdo. Se trata de *legislación imperativa*, todo el que desea exportar un producto agropecuario tiene derecho a recibir una subvención en el marco del programa relativo a las EVE y, por lo tanto, la recomendación debe ser que se elimine la posibilidad de que se conceda una subvención con arreglo a ese programa a cualquier producto agropecuario para el que exista un compromiso de reducción".

Respecto del Acuerdo sobre la Agricultura, sírvase, las Comunidades Europeas aclarar si aduce:

- a) que hay infracción en la medida en que se conceden *de hecho* subvenciones en el marco del programa relativo a las EVE a productos agropecuarios exportados por encima de los compromisos de reducción de los Estados Unidos (sin perjuicio de a quien corresponda la carga de la prueba en relación con este punto); o
- b) que el hecho de que el programa relativo a las EVE esté disponible para cualquier producto agropecuario constituye, en sí mismo, una infracción del Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1339 En el artículo 8 del Acuerdo sobre la Agricultura queda claro que los Miembros no deben "conceder subvenciones a la exportación más que de conformidad con el presente Acuerdo" (lo cual se dispone también en el párrafo 1 del artículo 3).

4.1340 La principal disposición del Acuerdo que permite la concesión de subvenciones a la exportación es el artículo 9 (dentro de los límites de los compromisos de reducción -es decir de los niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades- a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 3). Quizá haya otras autorizaciones pero las Comunidades Europeas no ven ninguna que sea pertinente, y los Estados Unidos no han aducido que existan.

4.1341 Que las únicas subvenciones a la exportación que pueden concederse en el caso de los productos agropecuarios son las permitidas por el Acuerdo sobre la Agricultura queda también demostrado por el hecho de que la prohibición de las subvenciones a la exportación que figura en el Acuerdo SMC sólo desaparece en el caso de las subvenciones permitidas por el Acuerdo sobre la Agricultura (véanse las primeras palabras del párrafo 1 del artículo 3).

4.1342 Así pues, si las subvenciones concedidas con arreglo al programa relativo a las EVE no quedan incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura (y ésta es la posición de los Estados Unidos), no están permitidas en absoluto en el caso de los productos agropecuarios y, como dice el Grupo Especial en el punto b), "el hecho de que el programa relativo a las EVE esté disponible para cualquier producto agropecuario constituye, en sí mismo, una infracción del Acuerdo sobre la Agricultura".

4.1343 El párrafo 3 del artículo 10 no parece dejar de aplicarse incluso en este caso, ya que el Miembro que afirme que la cantidad exportada por encima del nivel de compromiso de reducción no está subvencionada debe demostrar que no se ha concedido ninguna subvención. No obstante, en caso de que hubiera una subvención, ésta no podría considerarse legal ni siquiera si no sobrepasara los límites establecidos en la lista.

4.1344 Los problemas de hecho sugeridos en el punto a) de la pregunta sólo se plantean si las subvenciones concedidas en el marco del programa relativo a las EVE quedan incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 d) del artículo 9. En ese caso, podría ocurrir que la cuantía de las subvenciones otorgadas o la cantidad exportada con el beneficio de esas subvenciones sobrepasaran los límites especificados en la lista de los Estados Unidos (que, como han explicado las Comunidades Europeas, pueden determinar un nivel cero en el caso de algunos productos). Esto implica una infracción de los artículos 3 y 8, como se ha indicado anteriormente.

4.1345 Dado que existen productos agropecuarios respecto de los cuales los Estados Unidos tienen un nivel de compromiso cero, la disponibilidad jurídicamente imperativa del régimen de las EVE para cualquier producto agropecuario (es decir, el hecho de que todo el que desee exportar un producto agropecuario tenga derecho a recibir una subvención en el marco del programa relativo a las EVE) constituye, en sí misma, una infracción de los artículos 3 y 8.

4.1346 Según se desprende de sus propios términos, el párrafo 3 del artículo 10 también se aplica a las exportaciones de productos agropecuarios que se benefician de subvenciones a la exportación distintas de las descritas en el artículo 9 pero esto hace entonces recaer sobre los Estados Unidos la obligación de demostrar que el programa relativo a las EVE no da lugar a subvenciones a la exportación en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura. Como las Comunidades Europeas han probado que el programa relativo a las EVE sí da lugar a subvenciones a la exportación en el sentido del Acuerdo SMC, que deben, por lo tanto, considerarse subvenciones a la exportación a los efectos del Acuerdo sobre la Agricultura, la inversión de la carga de la prueba probablemente se convierte en una cuestión teórica en el caso de las exportaciones de productos agropecuarios que se benefician de subvenciones a la exportación distintas de las permitidas por el Acuerdo sobre la Agricultura.

Los **Estados Unidos** alegan lo siguiente en respuesta a una pregunta formulada por el Grupo Especial después de su segunda reunión:

4.1347 Los Estados Unidos no formularán observaciones sobre lo que aducen las Comunidades Europeas. No obstante, a su juicio, el texto del Acuerdo deja claro que el mero hecho de que haya una subvención a la exportación disponible no constituye una infracción de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura.⁵⁶⁹

4.1348 En el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, por ejemplo, se dispone que "ningún Miembro otorgará subvenciones a la exportación [...] por encima de los niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades especificados [en su lista]". Es evidente que se contempla la posibilidad de que un Miembro otorgue subvenciones a la exportación, infringiendo así sus obligaciones, sólo si la cuantía de esas subvenciones a la exportación otorgadas sobrepasa los niveles de compromiso de ese Miembro. Este lenguaje no es compatible con la idea de que el mero hecho de que haya una subvención a la exportación disponible infringe lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura.

4.1349 Análogamente, aunque los Estados Unidos no están de acuerdo con las Comunidades Europeas en que el régimen de las EVE se describa en ninguno de los apartados del párrafo 1 del artículo 9, el lenguaje del párrafo 2 de ese artículo indica no obstante que el mero hecho de que haya

⁵⁶⁹ En los párrafos 4.1347 a 4.1350, se reflejan las observaciones de los Estados Unidos sobre la siguiente pregunta formulada a las Comunidades Europeas por el Grupo Especial: en la versión escrita de la declaración oral que pronunció en la primera reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas declararon que su primera comunicación debía decir lo siguiente:

"Las Comunidades Europeas piden al Grupo Especial que constate que al mantener las exenciones fiscales y las normas especiales de fijación administrativa de precios contenidas en el programa relativo a las EVE, los Estados Unidos han violado [...] los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura, leídos juntamente con el párrafo 1 d) del artículo 9 y los párrafos 1 y 3 del artículo 10 de ese Acuerdo, *concediendo subvenciones a la exportación a productos agropecuarios por encima de sus compromisos de reducción* asumidas en el marco de ese Acuerdo (es decir, al trigo, el maíz, las habas de soja y el algodón)" (cursivas añadidas).

En respuesta a una pregunta formulada oralmente por el Grupo Especial, las Comunidades Europeas declararon que:

"Lo que solicitamos al Grupo Especial es que constate que la aplicación de las subvenciones otorgadas con arreglo al régimen de las EVE a productos agropecuarios respecto de los cuales existen compromisos de reducción [...] constituye una infracción de lo dispuesto en el Acuerdo. Se trata de *legislación imperativa*, todo el que desea exportar un producto agropecuario tiene derecho a recibir una subvención en el marco del programa relativo a las EVE y, por lo tanto, la recomendación debe ser que se elimine la posibilidad de que se conceda una subvención con arreglo a ese programa a cualquier producto agropecuario para el que exista un compromiso de reducción".

Respecto del Acuerdo sobre la Agricultura, sírvase, las Comunidades Europeas aclarar si aduce:

- a) que hay infracción en la medida en que se conceden *de hecho* subvenciones en el marco del programa relativo a las EVE a productos agropecuarios exportados por encima de los compromisos de reducción de los Estados Unidos (sin perjuicio de a quién corresponda la carga de la prueba en relación con este punto); o
- b) que el hecho de que el programa relativo a las EVE esté disponible para cualquier producto agropecuario constituye, en sí mismo, una infracción del Acuerdo sobre la Agricultura.

una subvención disponible no basta. Por ejemplo, en el párrafo 2 a) ii) del artículo 9 se hace referencia a la "cantidad [...] respecto a la cual podrán concederse en ese año tales subvenciones".

4.1350 En una vena similar, el párrafo 1 del artículo 10 dispone que "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 compromisos en materia de subvenciones a la exportación [...]". (Cursivas añadidas). El párrafo 3 de ese mismo artículo 1 que, según la alegación de las Comunidades Europeas, es pertinente a esta diferencia, hace referencia a la necesidad de "demostrar que para la cantidad exportada en cuestión no *se ha otorgado* ninguna subvención a la exportación." (Cursivas añadidas). La utilización de la palabra "aplicadas" y de la expresión "se ha otorgado" también es incompatible con la idea de que el mero hecho de que haya una subvención a la exportación disponible infringe lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura.

E. ARGUMENTOS RELACIONADOS CON LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO ESPECIAL

Las **Comunidades Europeas** aducen lo siguiente:

4.1351 En el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC se dispone que:

"Si se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el grupo especial recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora. A este respecto, el grupo especial especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida."

4.1352 Las Comunidades Europeas reconocen que el principio de la retirada inmediata puede ser difícil de aplicar en el presente asunto. Consideran que un plazo prudencial para la retirada de las dos subvenciones otorgadas en el marco del programa relativo a las EVE sería hasta el comienzo del próximo año fiscal (año fiscal 2000) y solicita al Grupo Especial que formule la consiguiente recomendación.

4.1353 Las Comunidades Europeas piden al Grupo Especial que recomiende que los Estados Unidos retiren las dos subvenciones otorgadas en el marco del programa relativo a las EVE antes del comienzo del próximo año fiscal (año fiscal 2000).

Los **Estados Unidos** responden lo siguiente:

4.1354 Invocando el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, las Comunidades Europeas han declarado que "un plazo prudencial para la retirada de las dos subvenciones otorgadas en el marco del programa relativo a las EVE sería hasta el comienzo del próximo año fiscal (año fiscal 2000)" y ha solicitado "al Grupo Especial que formule la consiguiente recomendación".⁵⁷⁰

4.1355 A juicio de los Estados Unidos, hay varios factores que intervienen en cualquier determinación del plazo razonablemente necesario para aplicar las recomendaciones y resoluciones de un grupo especial. Entre esos factores figuran: a) la forma jurídica de la aplicación (es decir, legislación, reglamento, decreto, etc.); b) el período de tiempo que el Miembro que deba realizar la aplicación necesite para llevarla a cabo en la forma jurídica propuesta, suponiendo que se dedique a ello de buena fe; c) la naturaleza del cambio legislativo o reglamentario que haya de efectuarse.

4.1356 En estos momentos, es difícil evaluar estos factores porque el Grupo Especial aún no ha hecho constataciones sobre la manera en que el régimen de las EVE infringe cualquier obligación de

⁵⁷⁰ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 120.

los Estados Unidos con arreglo al Acuerdo SMC o al Acuerdo sobre la Agricultura, si es que lo hace. Así pues, es especialmente difícil evaluar el tercer factor citado -la naturaleza del cambio legislativo o reglamentario que haya de efectuarse- sin saber cuál podrá ser ese cambio, si lo hubiere.

4.1357 Teniendo en cuenta todo esto y reconociendo que en el párrafo 7 del artículo 4 se requiere que el grupo especial formule una recomendación acerca del plazo dentro del cual debe retirarse la medida, los Estados Unidos sostienen que un método más ordenado consistiría en utilizar la etapa intermedia de reexamen prevista en el artículo 15 del ESD como vehículo para que las partes formulen observaciones sobre el plazo que deberá concederse para la aplicación, si ésta es necesaria. Así, el Grupo Especial podría tener en cuenta estas observaciones al formular una recomendación en su informe definitivo.

4.1358 Dicho esto, los Estados Unidos formularon no obstante algunas observaciones iniciales sobre la sugerencia de las Comunidades Europeas. En primer lugar, como ya se ha dicho⁵⁷¹, dado que las Comunidades Europeas han invocado el párrafo 7 del artículo 4, una norma especial o adicional que beneficia al reclamante, resulta aún más importante que el Grupo Especial no deje sin rectificar la infracción por las Comunidades Europeas del párrafo 2 del artículo 4, una norma especial o adicional que beneficia al demandado.

4.1359 En segundo lugar, en los Estados Unidos, el año fiscal 2000 comienza el 1º de octubre de 1999. Si se apelara en contra de las constataciones de este Grupo Especial, esa apelación estaría indudablemente pendiente el 1º de octubre de 1999. Por lo tanto, es evidente que la sugerencia de las Comunidades Europeas es inapropiada y poco realista.

4.1360 En tercer lugar, como la única medida debidamente presentada a este Grupo Especial es el propio texto legal relativo a las EVE, cualesquiera modificaciones de éste tendrían que introducirse por medios legislativos, más que administrativos. Como han reconocido anteriores árbitros en procedimientos iniciados de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, cuando se requieren medios legislativos, puede ser necesario un plazo más largo que si pudieran utilizarse medios administrativos.⁵⁷²

Las **Comunidades Europeas** refutan la respuesta de los Estados Unidos de modo siguiente:

4.1361 Las Comunidades Europeas han sugerido que un plazo prudencial para la retirada de las dos subvenciones otorgadas en el marco del programa relativo a las EVE sería hasta el comienzo del próximo año fiscal (año fiscal 2000). Los Estados Unidos responden que, en los Estados Unidos, el año fiscal 2000 comienza el 1º de octubre de 1999 y que, en ese momento, puede estar pendiente una apelación. Aducen también que la eliminación del programa relativo a las EVE requerirá medidas legislativas, que tardarán más en adoptarse que las medidas administrativas.

4.1362 Aceptando que estos argumentos son plausibles, las Comunidades Europeas solicitan que el Grupo Especial fije dos posibles fechas para la retirada. Si no se presenta una apelación, los Estados Unidos dispondrán del informe definitivo del Grupo Especial el 6 de julio de 1999 y deberían poder revisar su legislación antes del 1º de octubre de ese año. En caso de que se apele, los Estados Unidos deberían estar obligados a retirar las subvenciones otorgadas con arreglo al régimen de las EVE el 1º de octubre del 2000 (fecha en la que es de suponer que comenzará su año fiscal 2001). Puesto que la

⁵⁷¹ Oral Statement on the Merits de los Estados Unidos (9 de febrero de 1999), párrafo 39.

⁵⁷² Véase, por ejemplo, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/9, laudo del árbitro distribuido el 23 de febrero de 1999, párrafo 38, en el que se cita el asunto *CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/15, WT/DS48/13, laudo del árbitro distribuido el 29 de mayo de 1998, párrafo 25.

legislación fiscal se revisa todos los años, no debería crear dificultades que los Estados Unidos modifiquen su legislación para esa fecha.

F. ARGUMENTOS FINALES

Los **Estados Unidos** aducen lo siguiente en su primera comunicación:

Consideraciones institucionales y de procedimiento, así como los hechos y la legislación, justifican que se rechacen las reclamaciones de las Comunidades Europeas

4.1363 A juicio de los Estados Unidos, tanto los principios jurídicos aplicables a las reclamaciones de las Comunidades Europeas como los elementos de hecho que tiene ante sí el Grupo Especial justifican que se adopte una resolución en favor de los Estados Unidos sobre el fondo del asunto. Como se ha dicho anteriormente, las Comunidades Europeas no identifican correctamente en sus principales argumentos jurídicos el criterio jurídico rector y, por consiguiente, su argumentación se basa en un predicado que se desea hacer simple pero que, en realidad, es jurídicamente incorrecto. Por otra parte, la argumentación de las Comunidades Europeas carece de todo apoyo fáctico, como lo demuestra tanto que no hayan podido citar elementos de prueba para respaldarla durante las consultas como que no hayan podido aducir hechos que la apoyen en su primera comunicación.

4.1364 Sin embargo, más allá del fondo del asunto, hay consideraciones adicionales favorables a una decisión por la que se rechacen las reclamaciones de las Comunidades Europeas. La primera se refiere a una disposición muy poco común del Acuerdo SMC, a saber, al texto de la nota de pie de página 59 de pie de página, en la que se indica que las diferencias del tipo de la que aquí se plantea deben abordarse, en primer término, en un foro fiscal internacional apropiado. Esta disposición notable y explícita refleja una preferencia institucional, basada en anteriores incursiones en problemas de política fiscal fundamental, por delegar, cuando se trata de cuestiones de este tipo, en instituciones que han sido establecidas para ocuparse de temas fiscales técnicos y que están mejor equipadas para hacerlo que el principal foro comercial mundial. La advertencia formulada en la nota de pie de página 59 de pie de página se aplica al fondo de esta diferencia y no debe desatenderse a la ligera.

4.1365 Además, si este Grupo Especial adoptara la decisión de renunciar al principio de que no es necesario gravar las actividades económicas que tienen lugar fuera del territorio de la autoridad impositiva, socavaría la histórica Decisión del Consejo de 1981, que resolvió una áspera diferencia paralela planteada en el marco del GATT de 1947. Durante más de 17 años, los Estados Unidos y otros Miembros, incluidos los Estados miembros de las Comunidades Europeas, se han basado en esa decisión, y repudiar ahora el principio aplicado por el Consejo del GATT para resolver en último término los asuntos *Legislación fiscal* sería perjudicial para el procedimiento de solución de diferencias de la OMC y para la propia Organización. Las normas de la OMC se percibirían como criterios efímeros en los que los gobiernos y las partes privadas sólo podrían confiar por su cuenta y riesgo y que podrían hacer una y otra vez objeto de litigio según les conviniera.

4.1366 Por último, cualquier decisión que rechace o limite el principio de que los procesos económicos que tienen lugar fuera del territorio de una autoridad impositiva pueden ser gravados pero no tienen que serlo necesariamente perturbaría el pacto finamente calibrado que se refleja en la Decisión del Consejo de 1981 y en el Acuerdo SMC, que incorporan ambos ese principio. Este reconoce expresamente que los distintos Miembros tienen sistemas fiscales diferentes y que el *Acuerdo sobre la OMC* no impone a ningún Miembro la obligación de adoptar un sistema fiscal territorial con preferencia a uno mundial o viceversa. Alterar la solución de transacción alcanzada en 1981 y aplicada a partir de esa fecha haría volver a las partes al *statu quo ante* que existía antes de la Decisión del Consejo de 1981. Esto quiere decir que las características tanto de los sistemas fiscales europeos como del régimen estadounidense de las EVE -que gozan todos ellos de protección mediante disciplinas con arreglo a la Decisión del Consejo de 1981- se verían de nuevo amenazadas,

al igual que la posición de las empresas privadas que han planificado sus actividades sobre la base de esas características. Invalidar la solución a que se llegó en 1981 haría que se plantearan de nuevo molestas cuestiones de política sobre cuál es la mejor manera de conciliar sistemas fiscales nacionales distintos con arreglo a normas comerciales internacionales elaboradas para abordar las prácticas comerciales nacionales y no temas de política fiscal nacional.

Las **Comunidades Europeas** aducen lo siguiente en la declaración oral que pronunciaron en la primera reunión del Grupo Especial:

4.1367 Los Estados Unidos formulan por último algunas observaciones⁵⁷³ sobre lo que denominan "consideraciones institucionales y de procedimiento" en relación con las razones por las que el Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones de las Comunidades Europeas. Además de reafirmar su posición anterior sobre el fondo del asunto, pretenden, utilizando un lenguaje casi emotivo, que la Decisión por la que se adoptaron los informes sobre los asuntos *Legislación fiscal* y la nota de pie de página 59 de pie de página del Acuerdo SMC constituyen un "pacto finamente calibrado" y que alterar ese pacto sería "perjudicial para el procedimiento de solución de diferencias de la OMC y para la propia Organización".

4.1368 Como las Comunidades Europeas han explicado hoy detenidamente y como tendrán indudablemente que repetirlo, la Decisión de 1981 no es aplicable, y ni ella ni la nota de pie de página 59 dicen lo que los Estados Unidos alegan que dicen o desearían que dijeran. Si el "criterio jurídico rector" de los Estados Unidos es realmente tan importante, ese país ha tenido amplias oportunidades de intentar negociarlo desde 1981.

4.1369 Está también bastante claro que las Comunidades Europeas y, por lo menos, otros siete Miembros de la OMC que participaron en las consultas celebradas en 1985 con arreglo al GATT de 1947 en el marco del procedimiento de solución de diferencias no compartían la opinión que ahora alegan tener los Estados Unidos sobre el significado del "pacto".

4.1370 Las subvenciones concedidas en el marco del programa relativo a las EVE son claramente subvenciones prohibidas con arreglo al Acuerdo SMC de la OMC. Las pretendidas complicaciones fiscales no son sino un velo tras el que los Estados Unidos intentan ocultar sus infracciones. Para las Comunidades Europeas la cuestión está clara y confiamos en que también lo esté para el Grupo Especial. Las exenciones de impuestos directos son subvenciones a la exportación, por lo menos, cuando están específicamente relacionadas con exportaciones. Ningún sistema fiscal quedará debilitado por tener que dar cabida a principios y normas que son generalmente aplicables ni por verse obligado a no exceptuar específicamente las exportaciones.

4.1371 Para el procedimiento de solución de diferencias de la OMC y para la propia Organización, el riesgo no reside en defender las normas convenidas que contiene el Acuerdo SMC sino en permitir que un país Miembro poderoso se sustraiga a las disciplinas de ese Acuerdo.

Los **Estados Unidos** aducen lo siguiente en su segunda comunicación:

⁵⁷³ Párrafos 196 a 199 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

Una decisión contraria al régimen de las EVE enredaría a la OMC en problemas de política fiscal fundamental, favorecería el surgimiento de nuevas diferencias en materia de política fiscal y socavaría las expectativas razonables de los Miembros que se han basado en la Decisión del Consejo de 1981

4.1372 Por las razones mencionadas, los Estados Unidos consideran que, como cuestión de derecho, esta reclamación debería o bien desestimarse sin entrar en el fondo del asunto o, si se entra en dicho fondo, decidirse en contra de las Comunidades Europeas. Los Estados Unidos opinan asimismo que ese resultado cuenta también con el respaldo de consideraciones relacionadas con unas buenas políticas comerciales y una buena administración de éstas.

4.1373 Dada la multiplicidad de cuestiones presentadas al Grupo Especial, este asunto podría resolverse sobre varias bases posibles, de procedimiento o sustantivas. La adopción de la resolución de que el régimen de las EVE es contrario a los principios de la OMC podría tener, a juicio de los Estados Unidos, repercusiones de largo alcance. Una decisión de ese tipo podría llevar consigo profundas consecuencias para los sistemas fiscales nacionales, incluidos los territoriales, y sumergir a la OMC en toda una gama de problemas técnicos relativos a las políticas fiscales nacionales. Aunque determinadas medidas fiscales, como las disposiciones discriminatorias que protegen o subvencionan a una rama de producción nacional favorecida, pueden infringir las normas de la OMC en materia de subvenciones y el problema que plantean puede ser fácil de resolver, es menos evidente que la OMC deba llevar a cabo una labor de decisión o armonización cuando se trata de cuestiones generales de política fiscal internacional y de la estructura de los sistemas fiscales nacionales.

4.1374 Las cuestiones de política fiscal que plantea esta impugnación son fundamentales. Aunque las Comunidades Europeas intentan invocar en contra de los Estados Unidos un principio general respecto del cual parece reclamar la inmunidad para sí misma y para sus Estados miembros, los principios de la OMC deben aplicarse por igual a todos los Miembros y, en la medida de lo posible, no deben mantenerse distinciones basadas más en la forma que en el fondo. Cualquier principio de la OMC aplicable a los sistemas fiscales mundiales debe ser también aplicable a los territoriales, y los efectos inherentes a un sistema territorial no pueden distinguirse de los efectos paralelos incorporados a los sistemas mundiales en un esfuerzo por lograr la paridad.

4.1375 En este asunto, una decisión que rechace el principio adoptado por el Consejo del GATT en 1981 de que no es necesario gravar el ingreso procedente de actividades económicas extranjeras daría inevitablemente lugar a nuevos procedimientos en los que se invocaría ese mismo principio en contra de sistemas "territoriales", como ocurrió en los asuntos *Legislación fiscal* en los años setenta. No cabe duda de que la consecuencia inevitable de una serie de resoluciones contrarias a los sistemas mundiales como a los territoriales o de resultados asimétricos al respecto sería obligar a renegociar los principios de la OMC que afectan a la capacidad de los Miembros de estructurar sus sistemas fiscales nacionales y de lograr la paridad en términos generales con los sistemas estructurados en forma diferente. Esa controversia volvería a abrir el debate no sólo sobre el principio de que los Miembros no están obligados a gravar el ingreso procedente de actividades económicas extranjeras sino también probablemente sobre distinciones tradicionales, aunque teóricamente dudosas, establecidas en el marco del GATT entre los impuestos directos e indirectos y sobre las prácticas de ajuste fiscal en frontera con ellas relacionadas.

4.1376 A juicio de los Estados Unidos, es dudoso que ese escenario fuera favorable a los intereses del sistema de comercio internacional o que la OMC, organización todavía joven, fuera el foro preferible para realizar un examen tan fundamental de las políticas fiscales nacionales. El hecho de que la escala de esa actividad es incompatible con el calendario que los Miembros han establecido para los grupos especiales de la OMC se refleja en el texto de la nota de pie de página 59 de pie de página, en la que se indica que la OMC no debe ser la tribuna en la que examinen las cuestiones de este tipo, por lo menos, no antes de su examen en un foro fiscal apropiado.

4.1377 Por último, una decisión contraria al régimen de las EVE socavaría directamente la Decisión del Consejo de 1981, en la que se basan desde esa fecha tanto los Estados Unidos como los países europeos. Precisamente el Congreso de los Estados Unidos se basó de buena fe en los principios enunciados en esa decisión para elaborar el programa relativo a las EVE. A menos que se demuestre de manera irrefutable que los Miembros tenían intención de prescindir de los principios enunciados en la Decisión del Consejo -y no ha habido una demostración de ese tipo por parte de las Comunidades Europeas- este Grupo Especial debe mostrarse reacio a interpretar el Acuerdo SMC sin tener en cuenta esa decisión histórica, especialmente dadas las disposiciones de la OMC destinadas a garantizar la continuidad entre los regímenes del GATT y de la OMC. Entre los riesgos que esto presentaría, figura la posibilidad de que los Miembros iniciaran nuevos litigios sobre cuestiones que se han convertido en principios establecidos en el marco del GATT y de la OMC.

4.1378 En resumen, los Estados Unidos opinan que los argumentos jurídicos anteriormente mencionados apuntan en forma concluyente a una decisión del Grupo Especial de desestimar las reclamaciones de las Comunidades Europeas sin entrar en el fondo del asunto o de rechazarlas en base a dicho fondo. Estos argumentos jurídicos se ven reforzados por consideraciones de política relacionadas tanto con la administración eficaz de las normas y los procedimientos de solución de diferencias de la OMC como con el examen en condiciones óptimas de las cuestiones relativas al interfaz entre los sistemas nacionales.

Las **Comunidades Europeas** aducen lo siguiente en la declaración oral que pronunciaron en la segunda reunión del Grupo Especial:

4.1379 Los Estados Unidos formulan algunas observaciones más⁵⁷⁴, con las que intenta asustar al Grupo Especial para que decida en su favor, aduciendo que una decisión en favor de las Comunidades Europeas "enredaría" o "sumergiría" a la OMC en toda una gama de cuestiones técnicas relativas a la política fiscal.

4.1380 Las Comunidades Europeas deben protestar contra esas tácticas.

4.1381 El Acuerdo SMC de la OMC dispone claramente que las prácticas fiscales directas están sometidas a sus disciplinas. Efectivamente, es habitual la adopción de medidas compensatorias, en particular por los Estados Unidos, en el caso de subvenciones otorgadas por conducto de sistemas fiscales. ¿Por qué deberían subvenciones que están claramente supeditadas a la exportación y al contenido nacional substraerse a las disciplinas convenidas en materia de subvenciones a la exportación simplemente por que forman parte del sistema fiscal de un Miembro poderoso? Lejos de perjudicar a "la OMC, Organización todavía joven", una decisión correcta del Grupo Especial en este asunto restablecerá la confianza de los Miembros en la aplicación de las disciplinas convenidas a todos por igual. Las Comunidades Europeas esperan también que demuestren que el sistema de solución de diferencias de la OMC es objetivo e imparcial y representa una mejora en comparación con los procesos políticos que predominaban en la época de los asuntos *Legislación fiscal*.

4.1382 La alegación de que el régimen de las EVE se promulgó de buena fe revela una falta de franqueza por parte de los Estados Unidos, ya que dicho régimen fue impugnado desde un principio, en particular por las Comunidades Europeas, y las actas legislativas demuestran que el Congreso estadounidense ya lo sabía en aquellos momentos.

4.1383 Si otros países otorgan subvenciones de base fiscal similares a las concedidas en el marco del programa relativo a las EVE, es evidente que esas subvenciones también deben ser objeto de un

⁵⁷⁴ Párrafos 188 a 194 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, tras observaciones similares contenidas en los párrafos 196 a 199 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

procedimiento de solución de diferencias y eliminadas. Lo cierto es que la mayor parte de los países utilizan sus sistemas fiscales en forma objetiva con objeto de obtener ingresos de manera justa y eficaz y no para establecer incentivos a la exportación, como lo hacen claramente los Estados Unidos (y como han admitido que lo hacen, según señalaron las Comunidades Europeas en la introducción de su primera comunicación escrita⁵⁷⁵).

4.1384 Si las normas de la OMC resultaran insuficientes y tuvieran que negociarse de nuevo, no hay por qué asustarse de ello. Sin embargo, las Comunidades Europeas creen que su argumentación es correcta y no ven por qué esas normas se convertirían en "insuficientes".

4.1385 Para el procedimiento de solución de diferencias de la OMC y para la propia Organización, el riesgo no reside en defender las normas convenidas que contiene el Acuerdo SMC sino en distorsionarlas para permitir que subvenciones supeditadas a la exportación se sustraigan a las disciplinas a que están sujetas debido a las presiones de un país Miembro poderoso.

Los **Estados Unidos** aducen lo siguiente en la declaración oral que pronunciaron en la segunda reunión del Grupo Especial:

4.1386 Para terminar, los numerosos defectos que pueden observarse en los argumentos de las Comunidades Europeas, tomados por separado o conjuntamente, son funestos para la reclamación de las Comunidades. Éstas no ha respetado las normas de procedimiento por las que se rigen estas actuaciones y tampoco han presentado al Grupo Especial argumentos y elementos de prueba suficientes para que pueda considerarse que ha asumido la carga de establecer una presunción *prima facie*. Por lo tanto, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial desestime la reclamación sin entrar en el fondo del asunto o resuelva, basándose en dicho fondo, que las Comunidades Europeas no han demostrado que se haya infringido el párrafo 1 a) y b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura o el artículo 10 de ese Acuerdo.

4.1387 En estas observaciones finales, intentaremos tomar una cierta distancia respecto de los detalles de esta controversia y formular unas breves observaciones sobre las cuestiones que dominan todo el asunto y sobre las características distintivas que, según creen los Estados Unidos, deben desempeñar un papel destacado en la resolución del Grupo Especial.

4.1388 Hay en este asunto una serie de características que los Estados Unidos consideran inquietantes y que, según sugieren respetuosamente, también deberían inquietar a este Grupo Especial. Varias de ellas son cuestiones de umbral. Como se ha dicho anteriormente, los Estados Unidos creen que el hecho de que las Comunidades Europeas no hayan respetado los requisitos de procedimiento establecidos en el marco de la OMC es, y debe ser, funesto para su reclamación. La complejidad de este asunto, los problemas fiscales de carácter técnico que implica, las repercusiones de largo alcance que puede tener y el hecho de que sea aplicable la única disposición del Acuerdo SMC que insta a las partes a recurrir primero a un foro más especializado son factores que sirven todos ellos para poner de relieve la importancia del respeto de los requisitos de procedimiento destinados a garantizar que las cuestiones se exploren y desarrollen plenamente.

4.1389 Análogamente, al no presentar pruebas creíbles para apoyar sus reclamaciones e intentar, en cambio, alegar una teoría jurídica *ipso facto*, las Comunidades Europeas no han asumido la carga de la prueba que le correspondía. El hecho de que hayan recurrido en repetidas ocasiones a un artículo sensacionalista aparecido en una revista popular revela que la escasez de pruebas creíbles que han podido reunir para respaldar sus reclamaciones. Aunque no les corresponde la carga de la prueba, los

⁵⁷⁵ En la que las Comunidades Europeas hacen referencia al título de la Prueba 3 de las CE.

Estados Unidos son la única parte que ha ofrecido elementos de prueba fácticos y empíricos, que van en contra de las afirmaciones no fundamentadas de las Comunidades Europeas. Por consiguiente, los fracasos de éstas en lo que se refiere a las pruebas representan un segundo umbral que la argumentación de las Comunidades Europeas no han conseguido superar.

4.1390 Desde el punto de vista del Fondo, las Comunidades Europeas han intentado negar un principio establecido del GATT en el que tanto los Miembros europeos como los Estados Unidos se han basado durante casi 20 años. El argumento de que este principio histórico ha sido rescindido o modificado de manera que no se aplica a los Estados Unidos no se apoya en ningún texto de acuerdos posteriores, en ninguna constancia de negociaciones en ese sentido ni en ningún entendimiento entre las partes afectadas. Una propuesta tan osada como la formulada por las Comunidades Europeas tendría ante sí un camino difícil incluso si contara con un amplio apoyo fáctico. Con un historial probatorio que carece, en gran medida, de apoyo fáctico y jurídico, la propuesta es insostenible.

4.1391 El momento en que las Comunidades Europeas presentaron su reclamación plantea otra cuestión de procedimiento. El principio que las Comunidades Europeas alegan ahora que no reconocen no es un principio que haya salido a la luz recientemente. Tampoco es un principio que estuviera enterrado en el texto voluminoso de un acuerdo recientemente negociado. Es, en cambio, un principio destacado, si no histórico. Es el principio que puso fin al célebre callejón sin salida con que se enfrentó el GATT debido a cuatro asuntos fiscales que marcaron un hito. La cuestión no se resolvió mediante los mecanismos habituales de solución de diferencias en el marco del GATT sino mediante la acción de todo el Consejo del GATT, que no actuó meramente como un intermediario para llegar a una solución de transacción sino que elaboró un amplio principio generalmente aplicable.

4.1392 Es cierto que las Comunidades Europeas alegan que tenían reservas acerca de la manera en que los Estados Unidos pusieron su legislación en conformidad con el nuevo principio, hace casi decenio y medio. Expresaron esas reservas en aquellos momentos, y los Estados Unidos respondieron. No obstante, el hecho es que las Comunidades Europeas no impugnaron la aplicación estadounidense de la Decisión del Consejo del GATT cuando los Estados Unidos la llevaron a cabo. Tampoco la impugnaron el año siguiente o el siguiente. Más bien, se abstuvieron de actuar cuando la nueva ley de los Estados Unidos se incorporó al código fiscal de ese país y pasó a formar parte del sistema y la estructura fiscales aplicables a todas las empresas estadounidenses afectadas. Ahora, las Comunidades Europeas mantienen que nunca renunciaron a sus objeciones.

4.1393 La idea de que un Miembro puede optar por no impugnar la aplicación por otro Miembro de una Decisión del GATT o de la OMC y conservar, en cambio, indefinidamente, la posibilidad de iniciar un litigio en el futuro en el momento que él elija es incompatible con el espíritu, si no con la letra, del sistema de solución de diferencias del GATT y la OMC. Los Miembros no deben tener libertad para abrir de nuevo, en nombre de objeciones que han permanecido largo tiempo latentes o de otra manera, diferencias ya resueltas, y el intento de hacerlo plantea cuestiones de procedimiento. Según ellas mismas lo han admitido, las Comunidades Europeas estaban al tanto de la cuestión en aquellos momentos, conocían el recurso de que disponían y optaron por no actuar en forma plenamente informada. Su decisión de hacerlo ahora pone en peligro la capacidad de los Miembros de basarse de buena fe en la solución definitiva de una diferencia.

4.1394 Por último, las objeciones que las Comunidades Europeas han resucitado en contra del régimen de las EVE son también inquietantes debido a la simetría que intentan crear. No puede negarse con justicia que existe una ventaja fiscal inherente a los sistemas fiscales territoriales en comparación con los mundiales en el caso de exportaciones realizadas conjuntamente con sucursales y filiales extranjeras. El resultado que las Comunidades Europeas defienden ahora es que la Decisión del Consejo del GATT, que revocó tres conclusiones de un Grupo de Expertos del GATT según las cuales los sistemas fiscales territoriales implican intrínsecamente la subvención de las exportaciones, debe permanecer en vigor y surtir plenos efectos para los sistemas territoriales pero ya no debe

considerarse una norma satisfactoria en el caso de los países competidores, cuyos sistemas fiscales son distintos. Aunque las Comunidades Europeas han propuesto teorías en favor de ese resultado asimétrico en su segunda comunicación, no logran disimular el hecho de que redundan convenientemente en beneficio propio.

4.1395 En resumen, los Estados Unidos opinan que este asunto no está maduro para que se adopte una decisión sobre el fondo; que este distinguido Grupo Especial no es, por lo menos en esta etapa, el foro adecuado para esta diferencia; que las Comunidades Europeas no han asumido, en ningún aspecto, la carga de la prueba que le correspondía; que el principio fundamental del que reniegan ahora las Comunidades no puede dejarse de lado en forma sumaria; que los que se han basado en él de buena fe tienen interés tanto en que siga en vigor como en que se aplique equitativamente; y que los problemas auténticamente complejos de la paridad fiscal y la competencia fiscal no pueden decidirse en forma equitativa sobre la base de un conjunto de disposiciones de la OMC, que, en el mejor de los casos, proporcionan una orientación imperfecta acerca de las cuestiones que este Grupo Especial tiene ante sí. Por estas razones, los Estados Unidos instan al Grupo Especial a rechazar las reclamaciones de las Comunidades Europeas sobre la base de las objeciones preliminares formuladas por los Estados Unidos, del fondo del asunto, o de ambas cosas.

V. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR TERCEROS

A. BARBADOS

Barbados argumenta lo siguiente en respuesta a las preguntas hechas por las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial:

5.1 La obligación de que las empresas obtengan una licencia del Gobierno tiene por finalidad lo siguiente:

- supervisar el establecimiento de las empresas de ventas en el extranjero (EVE) y
- hacer que esas empresas cumplan los criterios establecidos para las concesiones en el capítulo 59C de la Ley de EVE de Barbados.

La licencia se expide con un plazo de validez de un año. Se adjunta copia de una licencia.⁵⁷⁶

5.2 No hay prescripciones en materia de presentación de información. Todos los años se examina la situación de las empresas.⁵⁷⁷

⁵⁷⁶ El párrafo 5.1 de la sección V.A refleja la respuesta de Barbados a la siguiente pregunta de las Comunidades Europeas: En la Ley de Empresas de Ventas en el Extranjero de 1984 de Barbados, modificada en 1994, se conceden exenciones fiscales y otros privilegios a las "empresas de ventas en el extranjero". El párrafo 1 del artículo 3 dispone que, para beneficiarse de esas exenciones, la empresa ha de tener una licencia, y el párrafo 2) d) del artículo 3 dispone que el Registrador sólo puede expedir licencias a una empresa que demuestre que ha sido designada empresa de ventas en el extranjero de conformidad con la legislación de uno de los países indicados en el Primer Apéndice o que cumple los requisitos establecidos para ser así designada. ¿Cuál es la finalidad de esas licencias? ¿En qué condiciones y, en particular, para cuánto tiempo se expiden las licencias? ¿Podría Barbados dar un ejemplo típico de una licencia, suprimiendo toda la información relativa a la empresa de que se trate?

⁵⁷⁷ El párrafo 5.2 de la sección V.A refleja la respuesta de Barbados a la siguiente pregunta de las Comunidades Europeas: ¿Cuáles son las prescripciones aplicables en materia de presentación de información a las empresas de ventas en el extranjero en Barbados?

5.3 Los Estados Unidos de América y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico están incluidos en el Primer Apéndice de la Ley de EVE.⁵⁷⁸

5.4 Barbados no sabe de ningún otro país con arreglo a cuya legislación se pueda designar a una compañía como empresa de ventas en el extranjero. Si existe alguno, Barbados, siguiendo el proceso legislativo aplicable a la inclusión de tales países en el Apéndice, se complacería en incluirlo en él.⁵⁷⁹

5.5 Barbados no puede confirmar que las licencias sólo se concederán a las empresas que cumplan las prescripciones legales de los Estados Unidos de América relativas a las EVE. La legislación no pretende discriminar contra las personas de otros países. Barbados tiene por norma tratar de obtener inversiones de todo el mundo para prestar servicios desde Barbados. Barbados está dispuesto a colaborar con los países para facilitar las inversiones. De hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 118 a 120 de la Convención IV de Lomé, las Comunidades Europeas reconocieron la necesidad de cooperar para fomentar el comercio de servicios en los Estados de África, el Caribe y el Pacífico y convinieron en cooperar a tal efecto.⁵⁸⁰

5.6 La Ley de Barbados se promulgó en 1985, y no se tenía la intención de excluir de los privilegios fiscales en cuestión a los Miembros del GATT/OMC. Barbados desea cooperar con todos los Miembros de la OMC.⁵⁸¹

B. CANADÁ

El **Canadá** argumenta lo siguiente en la comunicación que ha presentado como tercero:

5.7 El Canadá ha apoyado la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Comisión Europea en relación con determinados elementos de la legislación por la que se rigen las EVE. En este contexto, el Canadá desea poner de relieve sus preocupaciones específicas con respecto a las EVE.

5.8 El programa relativo a las EVE es conforme a la definición del artículo 3 del Acuerdo SMC, una subvención a la exportación prohibida.

5.9 En el programa relativo a las EVE se establece lo que constituye claramente, con arreglo a la definición de los párrafos 1 a) y 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, una subvención a la exportación prohibida.

⁵⁷⁸ El párrafo 5.3 de la sección V.A refleja la respuesta de Barbados a la siguiente pregunta de las Comunidades Europeas: El único país mencionado en el Apéndice son los Estados Unidos. ¿Puede confirmar Barbados que no se ha incluido ningún otro país en el Primer Apéndice?

⁵⁷⁹ El párrafo 5.4 de la sección V.A refleja la respuesta de Barbados a la siguiente pregunta de las Comunidades Europeas: ¿Conoce Barbados algún otro país con arreglo a cuya legislación se pueda designar a una compañía como empresa de ventas en el extranjero? En caso afirmativo, ¿por qué no se ha incluido ese país en el Primer Apéndice?

⁵⁸⁰ El párrafo 5.5 de la sección V.A refleja la respuesta de Barbados a la siguiente pregunta de las Comunidades Europeas: ¿Puede confirmar Barbados que sólo se expedirán licencias a las empresas que cumplan las prescripciones legales de los Estados Unidos relativas a las EVE?

⁵⁸¹ El párrafo 5.6 de la sección V.A refleja la respuesta de Barbados a la siguiente pregunta de las Comunidades Europeas: ¿Cómo justifica Barbados la concesión, a filiales de empresas de los Estados Unidos, de privilegios fiscales que no se conceden a las filiales de empresas de otros Miembros de la OMC? ¿No constituye esto una infracción del artículo 2 del AGCS?

5.10 La subvención prohibida se concede por medio de la reducción del tipo efectivo del impuesto estadounidense aplicable a los ingresos de exportación obtenidos con transacciones de exportación que cumplan los requisitos establecidos y que se hayan realizado mediante empresas de ventas ubicadas en el extranjero. En consecuencia, el programa relativo a las EVE está vinculado a las exportaciones o a los ingresos de exportación, en contra de lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3. Además, la reducción del tipo efectivo del impuesto estadounidense aplicable a los ingresos de exportación está supeditado también al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, en contra de lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 3.

5.11 En el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC se dispone que se considerará que existe subvención cuando se condonen o no se recauden "ingresos públicos que en otro caso se percibirían" y con ello se otorgue un beneficio. La reducción de impuestos ofrecida a los exportadores estadounidenses mediante el programa relativo a las EVE representa claramente unos ingresos públicos que se percibirían en otro caso, es decir, si no fuera por la aplicación del programa relativo a las EVE. Al condonar tales ingresos, los Estados Unidos otorgan un beneficio a los participantes en ese programa, pues los autorizan a retener unos fondos que de otro modo se recaudarían en forma de impuestos. Como tal desgravación fiscal está supeditada a los resultados de exportación, es decir, a la venta, el arrendamiento financiero o el alquiler de "bienes de exportación", el programa infringe evidentemente el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.12 En la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación que figura en el Anexo I del Acuerdo SMC se hace referencia expresa, en su párrafo e), a:

La exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales.

En resumen, la legislación referente a las EVE excluye de los impuestos estadounidenses los ingresos generados por los resultados de exportación. De no existir esa legislación, tales ingresos estarían sometidos a los impuestos estadounidenses. En consecuencia, las subvenciones otorgadas por el programa relativo a las EVE están supeditadas a los resultados de exportación en el sentido de que están vinculadas directamente a los ingresos de exportación y de que adoptan la forma de exención de los impuestos directos pagaderos por las empresas comerciales estadounidenses.

5.13 El alcance del párrafo e) del Anexo I está modificado por la nota de pie de página 59, que entre otras cosas dispone lo siguiente:

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.

La clara subvención ofrecida por el programa relativo a las EVE no puede justificarse alegando que ese programa está destinado a evitar la doble imposición de los ingresos obtenidos en el extranjero por empresas estadounidenses. El programa relativo a las EVE no tuvo nunca por finalidad evitar la doble tributación, sino más bien fomentar las exportaciones estadounidenses. Otras medidas fiscales de los Estados Unidos hacen que las empresas estadounidenses no estén sometidas a doble imposición en el plano internacional. Los exportadores estadounidenses pueden obtener las subvenciones del programa relativo a las EVE independientemente de que los ingresos de exportación en cuestión estén sometidos o puedan estar sometidos a doble imposición.

5.14 En este contexto, la legislación fiscal de los Estados Unidos dispone que se deduzcan los impuestos pagados en el extranjero, a fin de que las empresas estadounidenses no estén sometidas a doble imposición por los ingresos obtenidos en el extranjero por filiales suyas ubicadas en el

extranjero. La deducción del impuesto extranjero constituye una desgravación tanto del impuesto retenido en la fuente con el que el país extranjero pueda haber gravado cualquier dividendo remitido por la filial a su empresa matriz como del impuesto sobre la renta pagado por la filial situada en el extranjero al país extranjero en el que ha devengado sus beneficios. De no existir la legislación relativa a las EVE, los ingresos obtenidos por las filiales de ventas en el extranjero de empresas estadounidenses estarían sometidos a uno de los siguientes regímenes: 1) el aplazamiento de la imposición estadounidense hasta que se remitiesen los dividendos a la empresa matriz estadounidense, momento en que se gravarían los dividendos y en que se deducirían los impuestos pagados en el extranjero, o 2) cuando los ingresos de la filial se consideren "ingresos procedentes de las ventas efectuadas por empresas establecidas en el extranjero", imposición en los Estados Unidos, a reserva de la deducción de los impuestos pagados en el extranjero. En ambos casos, cuando los ingresos obtenidos en el extranjero se incluyen en los ingresos imponibles de un contribuyente estadounidense y se someten a los impuestos estadounidenses, se deducen los impuestos extranjeros sobre la renta que se hayan pagado. Por consiguiente, después de aplicarse las normas fiscales de los Estados Unidos no puede haber ninguna doble imposición en el plano internacional. Por otra parte, muchas EVE están situadas en territorios en que los impuestos son bajos o nulos y en que la doble imposición no es evidentemente un factor que se tenga en cuenta.

5.15 Además, el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC prohíbe las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Con arreglo al programa relativo a las EVE, la desgravación fiscal ofrecida sólo puede obtenerse en relación con los ingresos procedentes de la venta, el arrendamiento financiero o el alquiler de "bienes de exportación" cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más de un 50 por ciento a artículos importados en los Estados Unidos. Esa disposición constituye una prescripción legal en el sentido que las empresas han de utilizar al menos algunos productos nacionales para tener derecho a una subvención. Ahora bien, tal subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados y, por consiguiente, es incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 3.

5.16 El programa relativo a las EVE tiene claramente por finalidad fomentar las exportaciones de los Estados Unidos mediante la aplicación discriminatoria de una subvención a la exportación prohibida. No hay ninguna razón legítima de política fiscal que permita defender o justificar la aplicación de tal subvención. El Canadá, como país cuyas empresas compiten con las empresas estadounidenses para vender en terceros mercados, experimenta gran inquietud por los efectos de distorsión que las subvenciones concedidas a las EVE pueden tener sobre el comercio internacional y, por consiguiente, apoya las medidas encaminadas a eliminar tales subvenciones mediante la solución de la diferencia en el contexto de las obligaciones que en materia de comercio internacional se imponen a los Estados Unidos en la Organización Mundial del Comercio.

El **Canadá** argumenta lo siguiente en la declaración oral hecha en la primera reunión del Grupo Especial:

5.17 El Canadá acoge con satisfacción la oportunidad de exponer su opinión al Grupo Especial que examina el asunto de las empresas estadounidenses de ventas en el extranjero.

5.18 Como declaramos en nuestra comunicación escrita, la posición del Canadá es que el programa relativo a las EVE establece una subvención a la exportación prohibida, tal como se define ésta en el artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.19 En el programa se establece una reducción del tipo efectivo del impuesto estadounidense, reducción que se aplica solamente a los ingresos de exportación obtenidos en las transacciones de exportación que cumplen determinados requisitos.

5.20 En consecuencia, el programa relativo a las EVE está vinculado a las exportaciones o a los ingresos de exportación, en contra de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 3 del Acuerdo.

5.21 Además, la reducción del tipo efectivo del impuesto estadounidense aplicable a los ingresos de exportación está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, en contra de lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 3.

5.22 La reducción fiscal ofrecida a los exportadores estadounidenses mediante el programa relativo a las EVE constituye una subvención, puesto que se dejan de recaudar "ingresos públicos que en otro caso se percibirían", lo que otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 del artículo 1.

5.23 Como tal desgravación fiscal está supeditada a los resultados de exportación, es decir, la venta, el arrendamiento financiero o alquiler de "bienes de exportación", el programa infringe lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3.

5.24 La Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación que figura en el Anexo I hace referencia expresa a la exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos que paguen o deban pagar las empresas.

5.25 En resumen, la legislación relativa a las EVE excluye de los impuestos estadounidenses los ingresos generados por los resultados de exportación.

5.26 De no existir esa legislación, tales ingresos estarían sometidos a los impuestos estadounidenses.

5.27 En consecuencia, las subvenciones concedidas con arreglo al programa relativo a las EVE están supeditadas a los resultados de exportación en el sentido de que están vinculadas directamente a los ingresos de exportación y adoptan la forma de exención de los impuestos directos pagaderos por las empresas comerciales estadounidenses.

5.28 Además, como se señala en nuestra comunicación escrita, la subvención ofrecida por el programa relativo a las EVE no puede justificarse alegando que constituye una medida destinada a evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero devengados por las empresas estadounidenses.

5.29 Los exportadores estadounidenses pueden obtener las subvenciones otorgadas a las EVE independientemente de que los ingresos de exportación en cuestión estén sometidos o puedan estar sometidos a doble imposición.

5.30 El programa relativo a las EVE no tuvo nunca por finalidad aliviar la doble imposición, sino que está destinado a fomentar las exportaciones estadounidenses.

5.31 El párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo prohíbe las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.32 Con arreglo al programa relativo a las EVE, la desgravación fiscal ofrecida sólo puede obtenerse en relación con los ingresos procedentes de la venta, el arrendamiento financiero o el alquiler de "bienes de exportación" cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más de un 50 por ciento a artículos importados en los Estados Unidos.

5.33 Esto obliga a las empresas a utilizar al menos el 50 por ciento de productos nacionales para tener derecho a la subvención. Por consiguiente, la subvención está supeditada al empleo de

productos nacionales con preferencia a los importados, lo que es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3.

5.34 En conclusión, la posición del Canadá es que el programa relativo a las EVE beneficia solamente a las exportaciones estadounidenses mediante la aplicación discriminatoria de una subvención a la exportación prohibida.

5.35 No hay ninguna razón legítima de política fiscal que permita defender o justificar la aplicación de tal subvención.

5.36 El Canadá, como país cuyas empresas compiten con las empresas estadounidenses para vender en terceros mercados, experimenta gran inquietud por los efectos de distorsión que las subvenciones concedidas a las EVE pueden tener sobre el comercio internacional.

5.37 En consecuencia, instamos a este Grupo Especial a que constate que esas subvenciones no son compatibles con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el Acuerdo SMC.

El **Canadá** argumenta lo siguiente en respuesta a una pregunta hecha por el Grupo Especial en su primera reunión:

5.38 La cuestión de si en el programa relativo a las EVE se establece una subvención a la exportación prohibida se resuelve examinando si la subvención está supeditada, *de jure* o *de facto*, a los resultados de exportación y si está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Los efectos de tales subvenciones sobre el comercio carecen de importancia: si las subvenciones están supeditadas así, están prohibidas. El Canadá afirma que las ventajas fiscales concedidas con arreglo al programa relativo a las EVE están supeditadas a los resultados de exportación y al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Por consiguiente, están prohibidas *ipso facto*.

5.39 No obstante, el Canadá experimenta naturalmente preocupación por los efectos de distorsión del comercio que puede tener el programa relativo a las EVE. Esa inquietud está relacionada primordialmente con los efectos potenciales en terceros mercados. Los productos exportados por las EVE pueden expedirse a cualquier lugar del mundo, por lo que pueden competir deslealmente con las exportaciones canadienses en un número ilimitado de mercados. Por otra parte, ni el Canadá ni los productores canadienses tienen ningún recurso directo con respecto a los terceros mercados: no se pueden tomar medidas compensatorias. Así pues, hay un potencial de distorsión ilimitado, lo que es nuestro mayor motivo de inquietud.

5.40 Dicho esto, preocupan al Canadá los posibles efectos bilaterales, preocupación que se refleja hasta cierto punto en nuestras declaraciones escritas y orales.

5.41 La remisión fiscal concedida con arreglo al programa relativo a las EVE está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Esto da a los insumos de origen estadounidense una ventaja competitiva con respecto a los insumos canadienses en lo que se refiere a las ventas a las EVE, y esta es exactamente la razón por la que el Canadá apoya la impugnación hecha por las Comunidades Europeas con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

5.42 Con respecto a las distorsiones potenciales en el mercado canadiense, el Canadá está evidentemente preocupado por la posibilidad de convertirse en un objetivo para los productos estadounidenses subvencionados. Sin embargo, esto no es de importancia inmediata en este asunto, dado que se podría aplicar nuestra propia legislación comercial para remediar la situación.

C. JAPÓN

El **Japón** argumenta lo siguiente en la comunicación que ha presentado como tercero:

5.43 El Gobierno del Japón presenta como tercero esta comunicación en apoyo del procedimiento iniciado por las Comunidades Europeas contra el trato fiscal favorable concedido por el Gobierno de los Estados Unidos a los beneficios resultantes de la exportación de productos estadounidenses por conducto de EVE.

5.44 Las disposiciones de la legislación estadounidense (artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos) por las que se ha creado el programa relativo a las EVE establecen unas subvenciones destinadas a reducir los impuestos aplicados a las empresas estadounidenses a condición de que exporten ciertos productos (productos cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más de un 50 por ciento a artículos importados en los Estados Unidos). El programa relativo a las EVE permite que las empresas realicen un volumen modesto de actividades en el extranjero y que después utilicen esas actividades para justificar la exención fiscal de gran parte de unos ingresos de exportación que no están relacionados con esas actividades. Las empresas estadounidenses que exportan otros productos o que venden productos en el mercado interno se encuentran en situación de desventaja a causa de la mayor carga impositiva que soportan. Además, el Gobierno de los Estados Unidos aplica solamente a las EVE unas normas especiales para la fijación de los precios de transferencia.

5.45 El Gobierno del Japón insta al Grupo Especial a que constate que el programa relativo a las EVE infringe el Acuerdo SMC, puesto que las exenciones fiscales concedidas en virtud de ese programa constituyen subvenciones con arreglo al artículo 1 y están prohibidas con arreglo al artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.46 El programa relativo a las EVE se ha establecido en sustitución de las disposiciones concernientes a sociedades estadounidenses de ventas al extranjero ("DISC"). La legislación sobre las DISC concedía exenciones fiscales a los ingresos procedentes de las exportaciones efectuadas por conducto de DISC.

5.47 Varios países europeos impugnaron en el GATT la legislación relativa a las DISC, afirmando que las exenciones fiscales concedidas a los ingresos procedentes de las exportaciones efectuadas por conducto de DISC infringían el párrafo 4 del artículo XVI del GATT, como subvenciones a la exportación prohibidas. El Grupo Especial del GATT apoyó la reclamación de los países europeos y, en 1976, constató que la legislación estadounidense referente a las DISC era incompatible con el GATT.⁵⁸² El Gobierno de los Estados Unidos, aunque inicialmente se resistió a la decisión del Grupo de expertos, en 1981 convino finalmente en adoptar el informe del Grupo de expertos a cambio de que el Consejo del GATT adoptase un entendimiento (el "Entendimiento de 1981"). Así pues, el informe fue adoptado

en la inteligencia de que, tanto con respecto a esos casos como en general, los procesos económicos (incluyendo las transacciones en que intervenían productos exportados) realizados fuera de los límites territoriales del país exportador no tenían por qué ser gravados por el país exportador ni debían considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General. Se entiende además que el párrafo 4 del artículo XVI exige que los precios se fijen en condiciones de plena competencia, es decir, que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control

⁵⁸² Informe del Grupo de expertos sobre el asunto "Legislación fiscal de los Estados Unidos (DISC)", L/3851, adoptado el 7 y el 8 de diciembre de 1981, IBDD 23S/107 a 126.

o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia.⁵⁸³

5.48 Después de adoptarse el informe, el Gobierno de los Estados Unidos modificó la legislación aplicable a las DISC. En 1984 el Congreso de los Estados Unidos promulgó una ley por la que las DISC se sustituían por las EVE. Ahora bien, como demostramos más abajo, ese programa revisado continúa siendo incompatible con las normas de la OMC y en particular con el Acuerdo SMC.

5.49 En la ley estadounidense por la que se crearon las EVE se establecen ciertos requisitos en materia de procesos económicos en el extranjero y ciertos requisitos en materia de gestión en el extranjero que han de cumplir las EVE para tener derecho a obtener exenciones fiscales.

5.50 Además, la nueva ley autoriza a las EVE a elegir entre la fijación administrativa de los precios o la fijación de los precios en condiciones de plena competencia para determinar los precios de transferencia entre la EVE y su empresa matriz. Al establecer normas tanto sobre la fijación administrativa de los precios como sobre la fijación de los precios en condiciones de plena competencia, la ley permite que las EVE aumenten los beneficios objeto de la exención en comparación con los beneficios que se obtendrían si los precios se fijasen en condiciones de plena competencia. Estas normas sobre la fijación de los precios se estudiarán en detalle más abajo.

5.51 Como se indica más arriba, las EVE han de cumplir ciertos requisitos en materia de procesos económicos en el extranjero y ciertos requisitos en materia de gestión en el extranjero para que sus ventas de exportación puedan beneficiarse de las exenciones fiscales.

5.52 Para que una transacción dada cumpla los requisitos en materia de procesos económicos en el extranjero, han de cumplirse tanto el criterio de la *participación* como el criterio de los *costos directos*. Para cumplir el criterio de la participación, la EVE o su agente han de participar en transacciones de exportación fuera de los Estados Unidos. A estos efectos, por transacciones de exportación se entienden las actividades de oferta (excepto la publicidad), la negociación o la contratación. Basta con que se inicie en el extranjero una sola de estas actividades para que la transacción a que se refiere tenga derecho a las ventajas fiscales concedidas a las EVE.

5.53 El criterio de los costos directos se centra en cinco actividades que entrañan gastos: 1) la publicidad y la promoción de las ventas; 2) la tramitación de los pedidos y la adopción de disposiciones para la entrega; 3) la entrega del bien de exportación al consumidor; 4) la preparación y envío de la factura o del extracto de cuenta y la recepción del pago, y 5) la aceptación del riesgo crediticio.

5.54 En el caso de una transacción de exportación dada, el criterio de los costos directos puede cumplirse de dos formas. Primero, el criterio se cumple si al menos la mitad de los costos directos globales efectuados por la EVE en las cinco categorías indicadas más arriba son costos directos en el extranjero. Segundo, el criterio se cumple si al menos el 85 por ciento de los costos directos efectuados por la EVE en dos cualesquiera de las cinco categorías indicadas más arriba (consideradas por separado) son costos directos en el extranjero.

5.55 La legislación estadounidense dispone que la gestión de las EVE ha de efectuarse en el extranjero. Ahora bien, este requisito puede cumplirse con tres medidas fáciles de adoptar. Primero, todas las reuniones formalmente convocadas de los consejos de administración y de las juntas generales de accionistas han de celebrarse fuera de los Estados Unidos. Segundo, la principal cuenta

⁵⁸³ GATT, IBDD 28S, página 121.

bancaria de la EVE ha de mantenerse en un país extranjero o en una posesión de los Estados Unidos que cumplan las normas establecidas. Tercero, todos los dividendos en efectivo, los honorarios de abogados y de contadores y los sueldos de miembros del consejo de administración y de empleados han de pagarse con cargo a una cuenta bancaria mantenida en el extranjero.

5.56 Las EVE han de estar situadas fuera de los Estados Unidos en un país o una posesión que cumplan las normas establecidas. En comparación con las DISC, esto parece a primera vista representar una evolución positiva hacia la compatibilidad con el "Entendimiento de 1981". Ahora bien, en los reglamentos se define una oficina como, bien un edificio, bien parte de un edificio que consista en al menos una habitación, que se utilicen regularmente para alguna empresa constituida en sociedad y que hayan sido adquiridos o arrendados por la sociedad o por un agente dependiente o independiente de la sociedad.⁵⁸⁴ Prácticamente, esto significa que la empresa matriz puede contratar a una sociedad de gestión en el país elegido como paraíso fiscal para que alquile una habitación a fin de realizar las actividades mínimas exigidas por la ley.

5.57 El Gobierno de los Estados Unidos también autoriza a las EVE a constituirse en una de las posesiones estadounidenses que cumplen los requisitos establecidos, tales como Guam o las Islas Vírgenes de los Estados Unidos.

5.58 Para determinar debidamente el reparto de los beneficios entre las actividades nacionales y las actividades extranjeras de una filial controlada, se deben fijar los precios en condiciones de plena competencia. El Código de Rentas Internas de los Estados Unidos dispone expresamente que los precios de las transacciones entre filiales conexas se fijen en condiciones de plena competencia. Además, en la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC se dispone lo siguiente:

Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia.

5.59 Ahora bien, en la ley relativa a las EVE no se adoptaron ni el método del Código de Rentas Internas ni los principios establecidos en el Acuerdo SMC. En la ley relativa a las EVE se establecen dos métodos de fijación administrativa de los precios para calcular los precios de transferencia entre las EVE y sus empresas matrices: 1) el método de la renta imponible conjunta, con el que se asigna a la EVE el 23 por ciento de los beneficios netos procedentes de la venta de exportación, y 2) el método de los ingresos brutos procedentes de operaciones de comercio exterior, con el que se asigna a la EVE el 1,83 por ciento de los ingresos de exportación o, si esta cantidad es menor, el 46 por ciento de los beneficios netos procedentes de la venta de exportación.

5.60 En la práctica, la mayoría de las EVE, aunque también pueden fijar los precios en condiciones de plena competencia, utilizan uno de los dos métodos de fijación administrativa de los precios, o ambos métodos. Se hace así porque tanto el método de la renta imponible conjunta como el método de los ingresos brutos procedentes de operaciones de comercio exterior permiten asignar un mayor porcentaje de beneficios a las EVE. Un sistema de "comodidad administrativa" sería un sistema en el que el método del 23 por ciento de la renta imponible conjunta, por ejemplo, fuese obligatorio en todos los casos y en el que no se permitiera utilizar ningún otro método. En cambio, un sistema en el que los exportadores pudieran elegir, una vez concluida una transacción, uno de los tres métodos de fijación de los precios de transferencia no sería un sistema de "comodidad administrativa".

⁵⁸⁴ 49 Federal Register 48288-89.

5.61 El Gobierno de los Estados Unidos ha establecido un sistema con el que, según su comunicación, las empresas pueden aproximarse al método de fijación de los precios en condiciones de plena competencia. Sin embargo, la razón básica para utilizar el método de fijación de los precios en condiciones de plena competencia es determinar exactamente el reparto de los beneficios entre las actividades nacionales y las actividades extranjeras, *evitando* así toda aproximación. Los métodos especiales de fijación administrativa de los precios son intrínsecamente imperfectos; pueden hacer más cómoda la asignación de los beneficios, pero la contabilización que se hace con esos métodos es claramente diferente de la contabilización real. Aplicando una asignación del 23 por ciento a todas las transacciones se distorsionarán evidentemente las cifras reales.

5.62 La diferencia entre los impuestos recaudados con arreglo al programa relativo a las EVE y los impuestos que se habrían recaudado con arreglo a la legislación fiscal estadounidense son ingresos condonados. El propio Gobierno de los Estados Unidos ha calculado el importe de los ingresos condonados como resultado de la aplicación de la legislación relativa a las EVE. Según un informe del Tesoro publicado en 1997, "se estima que las pérdidas de ingresos debidas al programa relativo a las EVE fueron de 1.380 millones de dólares en el año civil 1992".⁵⁸⁵ Teniendo en cuenta las mínimas actividades que se realizan en el extranjero en el caso de la mayoría de las EVE, ese considerable volumen de ingresos "que en otro caso se percibirían" ilustra la magnitud del problema.

5.63 El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC dispone que se considerará que existe subvención:

- cuando haya una "contribución financiera" de un gobierno o de un organismo público, y
- con ello se otorgue un "beneficio".

5.64 Esos dos elementos existen en el caso de las exenciones fiscales y de las normas especiales sobre fijación administrativa de los precios establecidas con arreglo al programa relativo a las EVE, por lo que constituyen subvenciones en el sentido del Acuerdo SMC.

5.65 Las exenciones fiscales concedidas conforme al programa relativo a las EVE equivalen en sí mismas a una contribución financiera, puesto que se condonan o no se recaudan ingresos públicos que en otro caso se percibirían, como se indica en el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1. En esencia, el resultado del programa relativo a las EVE es que hay empresas que pueden eludir impuestos sobre la renta que de otro modo se recibirían. Por otra parte, mientras que las empresas estadounidenses normales están obligadas a utilizar el método de fijación de los precios en condiciones de plena competencia para determinar la asignación de los ingresos, las normas especiales sobre la fijación administrativa de los precios establecidas con arreglo al programa relativo a las EVE permiten a éstas elegir, para asignar los ingresos, entre el método de fijación de los precios en condiciones de plena competencia, el método de la renta imponible conjunta o el método de las entradas brutas procedentes de operaciones de comercio exterior. Las EVE optarán, naturalmente, por el método que las lleve a pagar menos impuestos. En consecuencia, el importe de los impuestos recaudados por el Gobierno de los Estados Unidos es menor que si se hubiera aplicado el método de fijación de los precios en condiciones de plena competencia.

5.66 El segundo elemento de la definición de subvención dada en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC es que se debe otorgar un "beneficio". La ventaja financiera que obtiene la empresa matriz de una EVE es lógicamente clara: la carga fiscal de las EVE y de sus empresas matrices se

⁵⁸⁵ "The Operation and Effect of the Foreign Sales Corporation Legislation 1 July 1992 to 30 June 1993", página 16, Dept. Treas. Rept. (noviembre de 1997).

reduce considerablemente como resultado de la aplicación del programa relativo a las EVE y las beneficia.

5.67 El párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

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 jure* 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.⁵⁸⁶

5.68 Tanto las propias exenciones fiscales concedidas a las EVE como el aumento del importe de esas exenciones fiscales como resultado de la aplicación de las normas sobre fijación administrativa de los precios dependen de los resultados de exportación. La única finalidad de la legislación relativa a las EVE es facilitar las ventas para la exportación, ventas que, a su vez, serán objeto de exenciones fiscales. Así pues, las subvenciones están supeditadas a los resultados de exportación.

5.69 En el párrafo e) del Anexo I del Acuerdo SMC se enumeran las medidas que se consideran subvenciones a la exportación prohibidas:

La exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales.⁵⁸⁷

5.70 Las exenciones fiscales concedidas conforme al programa relativo a las EVE reúnen también todos los principales elementos del texto del párrafo e). En efecto, son:

- exenciones;
- relacionadas específicamente con las exportaciones;
- de los impuestos directos;
- que deben pagar las empresas industriales y comerciales.

5.71 El párrafo 1 b) del artículo 3 se refiere al otro tipo de subvenciones prohibidas por el Acuerdo SMC: "las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones".

5.72 Las exenciones fiscales concedidas a las EVE se limitan a los ingresos procedentes de la exportación de productos cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más de un 50 por ciento a artículos importados en los Estados Unidos. Por consiguiente, las subvenciones están supeditadas al empleo de productos estadounidenses con preferencia a los productos importados, en contra de lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 3.

5.73 La nota de pie de página 59 reafirma el principio de los métodos de fijación de los precios en condiciones de plena competencia y, como señalan los Estados Unidos en el párrafo 112 de su primera comunicación, implica que los Miembros pueden basarse en prácticas administrativas para asignar los ingresos siempre que no infrinjan el principio de la fijación de los precios en condiciones de plena competencia y que no lleven a una importante economía de impuestos directos. Los Estados

⁵⁸⁶ Se han omitido las notas de pie de página.

⁵⁸⁷ Acuerdo SMC, Anexo I, Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación (se han omitido las notas de pie de página).

Unidos no han demostrado que el funcionamiento efectivo de las normas sobre la fijación administrativa de los precios no infrinja el principio de la fijación de los precios en condiciones de plena competencia, y por nuestra parte ponemos de relieve los hechos descritos en los párrafos precedentes, en particular el párrafo 20.

5.74 Es particularmente improcedente que el Gobierno de los Estados Unidos se base en la expresión "importante economía" que figura en la nota de pie de página 59. El Gobierno de los Estados Unidos afirma que la reducción de los ingresos en 1.380 millones de dólares en el año civil 1992 no constituye una "importante economía" porque esa cantidad representa solamente el 0,93 por ciento de los ingresos brutos totales correspondientes a ese año. El Gobierno de los Estados Unidos dice que la norma del párrafo 9 del artículo 11 del Acuerdo SMC, en el que se establece un umbral *de minimis* del 1 por ciento para impugnar las subvenciones "recurrables", debe ser la norma con arreglo a la cual se determine si ha habido una "importante economía". El Gobierno de los Estados Unidos se basa en el Anexo IV del Acuerdo SMC y en la nota de pie de página 64 de ese Acuerdo para afirmar que la economía lograda con las subvenciones debe calcularse basándose en las ventas totales correspondientes a ese ejercicio fiscal. En consecuencia, el Gobierno de los Estados Unidos llega a la conclusión de que la cifra del 0,93 por ciento, dado que no alcanza el umbral porcentual *de minimis*, no debe considerarse importante.

5.75 Según el cálculo del Gobierno de los Estados Unidos, la aplicación del método de la renta imponible conjunta lleva a la concesión de una exención fiscal del 15 por ciento a los ingresos *totales* tanto de la EVE como de su proveedor. Ahora bien, el párrafo 9 del artículo 11, el Anexo IV y la nota de pie de página 64 se aplican a las subvenciones que no están prohibidas sino que son meramente "recurrables", según la definición del artículo 5. Las subvenciones a la *exportación* del tipo de las impugnadas aquí están prohibidas *per se*. El umbral *de minimis* se estableció específicamente para las subvenciones recurrables, no para las subvenciones prohibidas. Por otra parte, incluso suponiendo que el Gobierno de los Estados Unidos tuviera alguna base para afirmar que se debe aplicar una norma *de minimis*, ¿por qué cree que ese umbral debe ser del 1 por ciento? El apartado c) del artículo 351.106 del Reglamento sobre derechos antidumping y compensatorios de los Estados Unidos dispone que, al estudiar una orden de imposición de derechos compensatorios, el Gobierno de los Estados Unidos considerará *de minimis* todas "las tasas de subvención susceptible de derechos compensatorios que sean inferiores al 0,5 por ciento *ad valorem*". El Gobierno de los Estados Unidos se ha atenido a esa tasa del 0,5 por ciento en sucesivas negociaciones comerciales, por lo que evidentemente estima que el 0,5 por ciento constituye un umbral *de minimis* apropiado.

5.76 El Gobierno de los Estados Unidos basa parte de su argumento en la idea de que el programa relativo a las EVE no infringe el Acuerdo SMC porque es conforme al Entendimiento de 1981. En el Entendimiento de 1981 se establecen dos principios aplicables a la exención fiscal de los ingresos de procedencia extranjera. Esos principios son los siguientes: 1) el GATT no exige que ningún país exportador grave los procesos económicos que tengan lugar fuera de sus límites territoriales, y 2) la fijación de precios en condiciones de plena competencia es obligatoria, en el GATT, en las transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros que estén sometidos a un control común.

5.77 Ahora bien, la legislación relativa a las EVE no responde a ninguno de esos principios, adoptados por el Consejo del GATT. En particular las normas sobre la fijación administrativa de precios relativas a las EVE difieren de las normas sobre la fijación de precios en condiciones de plena competencia establecidas en el Entendimiento. El programa relativo a las EVE autoriza a las empresas a no aplicar las normas usuales sobre la fijación de los precios de transferencia, sino a optar por el método que sea más favorable entre el método de determinación de los precios en condiciones de plena competencia, el método de la renta imponible conjunta y el método de los ingresos brutos procedentes de operaciones de comercio exterior.

5.78 En relación con el Entendimiento de 1981, los Estados Unidos declaran en el párrafo 106 de su primera comunicación que la exención de la totalidad o parte de los ingresos generados por actividades económicas realizadas en el extranjero, por cualquier medio, no constituye una subvención a la exportación. Ahora bien, el Entendimiento de 1981 no proporciona ninguna base para aducir tal argumento, sino que se limita a declarar que no es obligatorio gravar las actividades económicas que se realicen fuera de los límites territoriales. Para determinar si una exención fiscal constituye una subvención a la exportación hay que tener en cuenta el Acuerdo SMC.

5.79 El Gobierno de los Estados Unidos pide al Grupo Especial que rechace la reclamación de las Comunidades Europeas, argumentando que las Comunidades Europeas no han dirigido al órgano debido la solicitud de celebración de consultas y deben presentar su reclamación en un órgano competente que se ocupe de cuestiones fiscales.

5.80 El Gobierno de los Estados Unidos cita el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, que dispone lo siguiente:

En las solicitudes de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 figurará una relación de las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trate.

5.81 El Gobierno de los Estados Unidos parece interpretar esa disposición estrictamente; sin embargo, el párrafo 2 del artículo 4 exige solamente que el Miembro solicitante presente una relación de "las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trate". En este asunto, la mención de la legislación de los Estados Unidos (Código de Rentas Internas, artículos 921 a 927) puede considerarse como una indicación de las pruebas de que se dispone.

5.82 Por otra parte, la nota de pie de página 59 no *exige* que los Miembros sometan ciertas diferencias a órganos ajenos a la OMC. Simplemente dispone que todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro la medida en cuestión y que, en tales circunstancias, los Miembros tratarán de resolver sus diferencias en ciertos foros distintos de la OMC.

5.83 Además, en tanto que la nota de pie de página 59 se refiere a la solución de ciertas diferencias que surjan en relación con el principio de la fijación de precios en condiciones de plena competencia, esta diferencia se centra en cuestiones mucho más amplias que la fijación de precios en tales condiciones. Las Comunidades Europeas están impugnando las exenciones fiscales concedidas con arreglo al programa relativo a las EVE como subvención a la exportación de ciertos productos. La OMC es el único foro que se ocupa de la relación entre los derechos conferidos y las obligaciones impuestas con arreglo al Acuerdo sobre la OMC.

5.84 Por las razones expuestas más arriba, el Gobierno del Japón pide al Grupo Especial que constate que las exenciones fiscales y las normas sobre la fijación administrativa de precios establecidas en el programa relativo a las EVE infringen el Acuerdo SMC, al conceder subvenciones supeditadas *de jure* a los resultados de exportación y al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. El programa relativo a las EVE responde a la definición de "subvención" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 y está comprendido en la definición de las subvenciones prohibidas que figura en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 3.

El **Japón** argumenta lo siguiente en la declaración oral hecha en la primera reunión del Grupo Especial:

5.85 En nombre del Gobierno del Japón, deseamos expresar nuestra satisfacción por el hecho de que las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos hayan aceptado la solicitud del

Japón de participar como tercero en las actuaciones realizadas por el Grupo Especial con arreglo al artículo XXIII en relación con el trato fiscal dado a las EVE.

5.86 El Gobierno del Japón insta al Grupo Especial a que constate que el programa relativo a las EVE infringe el Acuerdo sobre la OMC y, en particular, el Acuerdo SMC.

5.87 En el programa relativo a las EVE se conceden a las empresas unas exenciones de impuestos que se recaudarían si no existiese ese programa. Además, las EVE, para minimizar los impuestos que han de pagar, pueden optar entre la fijación de los precios en condiciones de plena competencia y dos métodos de fijación administrativa de los precios. La diferencia entre la cantidad que las EVE pagan al utilizar el método más beneficioso para la fijación de los precios, por una parte, y la cantidad que las EVE tendrían que pagar si sólo pudieran aplicar un método para la fijación de los precios, por otra, constituye "ingresos públicos" condonados o no recaudados "que en otro caso se percibirían". Así pues, hay una "contribución financiera" de los Estados Unidos. La considerable reducción de la carga fiscal con arreglo al programa relativo a las EVE representa un claro "beneficio" para las empresas.

5.88 En consecuencia, el programa relativo a las EVE constituye una subvención, tal como se define ésta en el artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.89 Las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación están prohibidas *per se* en virtud del Acuerdo SMC. En el programa relativo a las EVE se conceden a éstas, en función de sus resultados de exportación, exenciones fiscales con respecto a determinados ingresos procedentes del comercio exterior.

5.90 Por otra parte, el importe de la exención fiscal puede aumentar considerablemente mediante la aplicación de las normas sobre la fijación administrativa de los precios. Sólo los ingresos procedentes de la exportación pueden beneficiarse de esa exención fiscal. Por consiguiente, el programa relativo a las EVE constituye una subvención a la exportación prohibida por el párrafo 1 a) del artículo 3.

5.91 La tentativa del Gobierno de los Estados Unidos de aplicar una norma *de minimis* a una subvención totalmente prohibida está fuera de lugar. Además, el Entendimiento de 1981 no apoya el argumento del Gobierno de los Estados Unidos, sino que se limita a declarar que no es obligatorio gravar las actividades económicas que se realicen fuera de los límites territoriales. El programa relativo a las EVE debe juzgarse desde el punto de vista del Acuerdo SMC, ya que la exención fiscal concedida en virtud de ese programa constituye una subvención a la exportación.

5.92 Por otra parte, las exenciones fiscales concedidas a las EVE y las normas especiales sobre la fijación administrativa de los precios sólo pueden aplicarse a los ingresos procedentes de la exportación de productos cuyo precio justo de mercado no sea imputable en más de un 50 por ciento a artículos importados en los Estados Unidos. Así pues, las subvenciones concedidas a las EVE están supeditadas a que se empleen productos estadounidenses con preferencia a los productos importados, en contra de lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 3.

5.93 En cuanto a las cuestiones de procedimiento, el Gobierno del Japón constata que la reclamación del Gobierno de los Estados Unidos carece de legitimidad y debe rechazarse. El Gobierno del Japón cree que el párrafo 2 del artículo 4 exige que la parte que solicite la celebración de consultas indique cualquier base "de que se disponga" para la reclamación en el momento en que solicite la celebración de consultas. Las Comunidades Europeas cumplieron esa norma al señalar en su solicitud las disposiciones de la legislación estadounidense (Código de Rentas Internas, artículos 921 a 927) en cuestión. Por otra parte, el Gobierno de los Estados Unidos se remite al texto de la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC al afirmar que las Comunidades Europeas tienen que plantear su reclamación en un órgano que se ocupe de cuestiones fiscales o en el marco de tratados fiscales bilaterales. El Gobierno del Japón cree que la nota de pie de página 59 no exige que los

Miembros sometan sus diferencias a órganos ajenos a la OMC. Sobre todo, en tanto que la nota de pie de página 59 se aplica a la cuestión de las normas sobre la fijación de los precios, la diferencia en cuestión tiene un alcance mucho más amplio.

5.94 Por estas razones, el Gobierno del Japón pide al Grupo Especial que constate que el programa relativo a las EVE infringe el Acuerdo sobre la OMC y solicita que el programa relativo a las EVE se modifique para ponerlo en conformidad con las obligaciones dimanantes de la OMC.

VI. REEXAMEN INTERMEDIO

6.1 El 23 de julio de 1999 el Grupo Especial dio traslado a las partes de su informe provisional. El 6 de agosto de 1999 las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, con arreglo al párrafo 2 del artículo 15 del ESD, presentaron al Grupo Especial una petición a fin de que reexaminara aspectos concretos del informe provisional. Las Comunidades Europeas también solicitaron al Grupo Especial que celebrara una nueva reunión con ambas partes, pero pidieron que no se celebrara durante el mes de agosto. La reunión se celebró el 6 de septiembre de 1999.

6.2 Las Comunidades Europeas solicitaron que modificáramos la última frase del párrafo 7.6 del informe provisional para que dijera lo siguiente: "En conclusión, no hay fundamento para sostener que la solicitud de consultas presentada por las Comunidades Europeas no contiene una relación de las pruebas disponibles", conclusión que las Comunidades Europeas consideran que se deduce de las declaraciones anteriores. Dado que el texto actual refleja exactamente el carácter de nuestra consideración de los asuntos examinados en el párrafo 7.6, decidimos no introducir la modificación solicitada por las Comunidades Europeas.

6.3 Las Comunidades Europeas consideran que la expresión utilizada por el Grupo Especial en el párrafo 7.10 "debidas garantías procesales" ("due process"), surge exclusivamente de la legislación estadounidense y solicitan que se sustituya por una expresión más "neutral" tal como "derechos de defensa". Sin embargo, observamos que la expresión "debidas garantías procesales" ha sido utilizada en repetidas ocasiones en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Véase, por ejemplo, en *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 16 de enero de 1998, el párrafo 94 (donde se hace referencia a la "exigencia de un proceso con todas las garantías que está implícita en el ESD [...]"). Además, observamos que el concepto "debidas garantías procesales", a diferencia del concepto "derechos de defensa", abarca los derechos tanto del reclamante como del demandado. En consecuencia, decidimos no introducir el cambio solicitado por las Comunidades Europeas.

6.4 Las Comunidades Europeas solicitan que en la segunda frase del párrafo 7.34, que se relaciona con la objeción preliminar de los Estados Unidos a nuestro examen de las "medidas conexas", sustituyamos la expresión "instrumentos jurídicos" por "medidas" y reestructuremos la frase. Los Estados Unidos consideran que dicha frase no adolece de falta de claridad. Hemos introducido determinadas modificaciones a fin de aclarar la segunda frase del párrafo 7.34.

6.5 Las Comunidades Europeas consideran que el Grupo Especial incurrió en error al no pronunciarse sobre normas de fijación administrativa de precios relativas a las EVE (párrafos 7.124 a 7.129). Las Comunidades Europeas alegan que expusieron sus argumentos en forma de dos reclamaciones distintas con respecto a las subvenciones a la exportación a fin de asegurar que el Grupo Especial consideraría y se pronunciaría sobre ambos elementos del programa relativo a las EVE (es decir, las exenciones relativas a las EVE y las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE). Las Comunidades Europeas no aceptan que para formular una resolución independiente sobre la compatibilidad de las normas de fijación administrativa de precios el Grupo Especial deba realizar un análisis jurídico sobre la base de interpretaciones jurídicas que ya

han sido objetadas, o examinar un programa hipotético en el que las exenciones relativas a las EVE fueran eliminadas pero las normas de fijación administrativa de precios siguieran utilizándose en otro contexto. A juicio de las Comunidades Europeas, si las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE no se pueden considerar como una subvención a la exportación independiente o distinta, entonces lógicamente deberían ser consideradas como un elemento integrante del programa relativo a las EVE, junto con las exenciones relativas a las EVE. Si bien los Estados Unidos no están de acuerdo con la constatación del Grupo Especial con respecto a las exenciones relativas a las EVE, consideran que, al constatar que dichas exenciones constituyen una subvención a la exportación prohibida, independientemente de la forma en que sean calculadas, el Grupo Especial ha resuelto totalmente esta diferencia.

6.6 Sostenemos que nos hemos ocupado de las alegaciones en las que es necesario que el Grupo Especial formule una constatación a fin de que el OSD pueda a su vez formular conclusiones y resoluciones suficientemente precisas que permitan a los Estados Unidos proceder a un pronto cumplimiento. En particular, consideramos que para examinar la compatibilidad con la OMC de las normas de fijación administrativa de precios en una situación en que las exenciones con las que dichas normas se relacionan ya no existen, deberíamos analizar un programa hipotético con parámetros indeterminados. Recordamos además que, desde la presentación de su primera comunicación en adelante, las Comunidades Europeas nos han pedido que consideráramos a las normas de fijación administrativa de precios como una subvención prohibida distinta, independiente de las exenciones relativas a las EVE, y en su solicitud de reexamen intermedio nos piden por primera vez que examinemos conjuntamente las exenciones y las normas de fijación administrativa de precios relativas a las EVE. En consecuencia, decidimos no introducir las modificaciones solicitadas por las Comunidades Europeas. Sin embargo, hemos introducido algunas modificaciones en el texto de los párrafos 7.127 y 7.129 con miras a aclarar el razonamiento expuesto en ellos y a eliminar las partes innecesarias.

6.7 Las Comunidades Europeas solicitan que modifiquemos nuestro examen (párrafos 7.41 a 7.48) del sentido de la expresión "en otro caso se percibirían" de modo tal que hagamos referencia a la situación que existiría con respecto al "programa" en cuestión, y no con respecto a las "medidas en cuestión". En opinión de las Comunidades Europeas, el empleo del término "medidas" puede dar lugar a malos entendidos, porque tal como se utiliza en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD las medidas son definidas por la parte reclamante, y porque la existencia de una subvención no puede depender de cuán estrecha o ampliamente la parte reclamante haya formulado sus disposiciones jurídicas. Los Estados Unidos alegan que el término "programa" ("programme" y "scheme") es menos preciso que el término "medidas", y que el Grupo Especial, de cualquier modo, identifica claramente las medidas en cuestión en esta diferencia. Observamos que independientemente del término que se utilice, "medida" o "programa", la aplicación del concepto "en otro caso se percibirían" en otras diferencias, exigiría que los grupos especiales utilizaran su mejor criterio caso por caso (véase el párrafo 7.93 y la nota 664). Además, consideramos que hemos sido lo suficientemente claros en nuestra aplicación del principio general a este caso concreto. En consecuencia, decidimos no introducir las modificaciones solicitadas por las Comunidades Europeas.

6.8 Las Comunidades Europeas consideran que deberíamos formular con más precisión el párrafo 7.43 para aclarar que el régimen fiscal está definido tanto por los niveles de tributación como por la base para la tributación. Hemos introducido algunas modificaciones en el párrafo 7.43.

6.9 Las Comunidades Europeas piden que utilicemos el término "excepción" o "desviación" en lugar de "exención" cuando nos referimos a las reglas especiales para la determinación de la fuente en los párrafos 7.94 y 7.95. Nos abstuvimos de introducir la modificación solicitada por las Comunidades Europeas. Como lo sugirieron las Comunidades en sus comunicaciones y en pro de la simplicidad hemos utilizado el término "exenciones" para referirnos a determinados aspectos del

programa relativo a las EVE. Sin embargo, observamos que el sentido de esa expresión tal como la utilizamos en nuestro informe puede ir más allá del sentido técnico de la misma.

6.10 Las Comunidades Europeas alegan que, en nuestro examen de la aplicación del concepto "en otro caso se percibirían" a las exenciones relativas a las EVE (párrafo 7.98), el ejemplo que damos con respecto a la sección F es "inadecuado". En opinión de las Comunidades Europeas, una EVE y su empresa matriz no tendrían ningún interés en que la EVE no distribuyera todos sus ingresos, dado que se benefician de una ventaja incluso mayor, a saber, las exenciones. Por ello la importancia de la exención de una empresa extranjera controlada es que permite al programa relativo a la EVE funcionar sin interferencia alguna de las normas de la sección F. Las Comunidades Europeas sugieren que sustituyamos el ejemplo de la sección F con un ejemplo basado en las normas especiales sobre las fuentes aplicables a las EVE o, si decidiéramos examinar las normas sobre fijación administrativa de precios aplicables a las EVE en el contexto de nuestro examen de las exenciones relativas a las EVE, con un ejemplo basado en esas normas. Los Estados Unidos responden que la exención de las EVE de la sección F ha constituido un aspecto clave de las alegaciones formuladas por las Comunidades Europeas en toda esta diferencia. Además, los Estados Unidos consideran que el examen contenido en el informe provisional es perfectamente claro. Si no existieran las medidas relativas a las EVE, los ingresos procedentes de las transacciones de dichas empresas estarían sujetos a la sección F; esto, a su vez, significaría que los impuestos sobre tales ingresos no serían, en virtud de lo dispuesto en la sección F, aplazados, siendo el aplazamiento la norma en la legislación tributaria de los Estados Unidos. Dado que, a nuestro juicio, el párrafo 7.98 es lo suficientemente claro, no introduciremos la modificación sugerida por las Comunidades Europeas.

6.11 Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial se debería haber pronunciado con respecto a la alegación que las Comunidades formularon al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En opinión de las Comunidades Europeas, nuestra invocación del principio de economía procesal (párrafo 7.132) es inadecuada porque "debería ser (teóricamente) posible" que se mantenga la subvención de contenido local incluso si se eliminan las subvenciones a la exportación. Las Comunidades Europeas consideran además que aquello a lo que se refieren como "razón última" para no examinar esta alegación -es decir, que las cuestiones jurídicas no se investigaran a fondo- es "inaceptable" porque las Comunidades Europeas expusieron sus argumentos y respondieron a todos los argumentos expuestos por los Estados Unidos. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial observó correctamente que la definición de "bienes de exportación" servía simplemente para definir el alcance de la exención de impuestos relativa a las EVE y que, habiendo declarado que la exención era incompatible con la OMC, el Grupo Especial ha llegado a una resolución completa de la diferencia. Los Estados Unidos sostienen además que una constatación con respecto a una alegación al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 sería una constatación totalmente nueva, frente a la cual los Estados Unidos estarían facultados a solicitar un reexamen intermedio al amparo del párrafo 2 del artículo 15 del ESD.

6.12 Seguimos creyendo que una constatación sobre la alegación de las Comunidades Europeas con respecto al párrafo 1 b) del artículo 3 no es necesaria para que el OSD formule resoluciones suficientemente precisas como para que los Estados Unidos puedan proceder al pronto cumplimiento de las mismas en esta diferencia. Como lo indicamos en nuestro informe y fue reconocido por las Comunidades Europeas, la definición de "bienes de exportación" en cuestión sirve simplemente para definir el alcance de las exenciones relativas a las EVE, que han sido consideradas subvenciones a la exportación prohibidas. Aunque en la reunión que celebramos en la etapa intermedia de reexamen, las Comunidades Europeas sugirieron que deberíamos analizar esta alegación porque los Estados Unidos podían ofrecer una subvención fiscal a todos los productos estadounidenses que cumplieran determinado requisito de contenido local, fuesen vendidos en los Estados Unidos o en el exterior, a nuestro juicio, cualquier enfoque de ese tipo involucraría un programa completamente nuevo e hipotético que no ha sido sometido a este Grupo Especial. Con respecto a nuestra declaración (nota 698) de que las cuestiones jurídicas relativas a esa reclamación no fueron analizadas en

profundidad, un examen de la argumentación relativa a esa alegación revela claramente que no fue el centro de la atención de las partes. En lo que respecta a la situación jurídica de la alegación, tomamos nota de que no ha sido abandonada. Consideramos que ésta constituye una relación correcta del asunto desde el punto de vista fáctico.

6.13 Hemos introducido modificaciones adicionales de menor importancia en los párrafos 2.1, 4.1133, 7.10, 7.23 y 7.95, y en la nota 710 del informe.

VII. CONSTATAACIONES

A. SOLICITUDES DE DECISIONES PRELIMINARES

1. Relación de las pruebas disponibles

7.1 Los Estados Unidos afirman que en la solicitud de celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas ("CE") en esta diferencia no se incluyó "una relación de las pruebas de que se disponga", conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (al que en adelante se denominará, en el presente informe, "Acuerdo SMC"). A juicio de los Estados Unidos, esto privó a los Estados Unidos de su derecho a conocer la existencia de tales pruebas con antelación a la celebración de las consultas sobre este asunto, y asimismo privó al sistema de solución de diferencias de las ventajas que el párrafo 2 del artículo 4 tenía por objeto proporcionar. Como las Comunidades Europeas no cumplieron esa prescripción obligatoria, el Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones que las Comunidades Europeas han formulado basándose en el artículo 3 del Acuerdo SMC. En opinión de los Estados Unidos, si no se desestimase esas reclamaciones, el reclamante podría hacer caso omiso con impunidad de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4, con lo que se haría redundante o inútil ese artículo, resultado que sería contrario a principios básicos del derecho internacional público.

7.2 Las Comunidades Europeas argumentan que, en una diferencia relativa a una subvención establecida por una ley generalmente aplicable, las pruebas disponibles pueden ser la propia ley. En este asunto, la solicitud de celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas contenía una relación de las pruebas disponibles, dado que en ella se hacía referencia a las disposiciones legales pertinentes de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas afirman además que, incluso si se considerase que su solicitud de celebración de consultas no cumplía plenamente lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, no habría ninguna razón para desestimar las reclamaciones que había formulado basándose en el artículo 3 del Acuerdo SMC. A juicio de las Comunidades Europeas, el hecho de que no se desestimase una reclamación por no haber cumplido el requisito de que se presente una "relación de las pruebas de que se disponga" no haría que esa prescripción fuese "redundante e inútil", ya que el párrafo 2 del artículo 4 estaba destinado a aplicarse en la fase de *consultas* del proceso de solución de diferencias. Por consiguiente, lo que podían haber hecho los Estados Unidos es solicitar más información y tal vez negarse a proceder a nuevas consultas hasta que las Comunidades Europeas la hubieran proporcionado. Finalmente, las Comunidades Europeas consideran que no se ha denegado en modo alguno a los Estados Unidos su derecho de defensa en esta diferencia.

7.3 Al estudiar la objeción formulada por los Estados Unidos, recordamos ante todo que el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

"En las solicitudes de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 [del artículo 4] figurará una relación de las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trate."

7.4 Las Comunidades Europeas sostienen que su solicitud de celebración de consultas contiene una "relación de las pruebas de que se disponga" en el sentido del párrafo 2 del artículo 4, porque en ella se hace referencia a las disposiciones legales pertinentes de los Estados Unidos. En consecuencia, suponemos que las Comunidades Europeas entienden que las palabras siguientes, que figuran en su solicitud de celebración de consultas, representan su "relación de las pruebas de que se disponga":

"Las Comunidades Europeas desean transmitir a los Estados Unidos de América una solicitud de celebración de consultas de conformidad con el artículo 4 del 'Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias' (denominado en adelante el 'Entendimiento'), el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y el artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, *en relación con los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas y las medidas conexas por las que se establece un trato fiscal especial para las 'empresas de ventas en el extranjero'*." ⁵⁸⁸ (Se han añadido las cursivas.)

7.5 Señalamos que el término "evidence" (prueba) se ha definido como "Los hechos, circunstancias, etc. disponibles que apoyan o refutan una creencia, proposición, etc."; que la palabra "available" se ha definido como "de que se dispone", y que el término "statement" se ha definido como "expresión en palabras". ⁵⁸⁹ Así pues, el párrafo 2 del artículo 4, en su sentido corriente, exige que el Miembro incluya en su solicitud de celebración de consultas una expresión en palabras de los hechos de que disponga en el momento en que solicite la celebración de consultas y que apoyen su opinión de que, como dice el párrafo 1 del artículo 4, tiene "razones para creer que otro Miembro concede o mantiene una subvención prohibida". Basándose en el sentido corriente del párrafo 2 del artículo 4, es evidente que el reclamante ha de indicar, en su solicitud de celebración de consultas, las pruebas de que se disponga, pero no necesita adjuntarlas.

7.6 En vista del sentido corriente del párrafo 2 del artículo 4, cabe razonablemente considerar que la solicitud de celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas contiene una relación de las pruebas de que se disponía. A este respecto, señalamos que los Estados Unidos reconocieron en la primera reunión del Grupo Especial que puede haber casos en que la única prueba en que se base el reclamante sea una ley, un reglamento u otro instrumento jurídico. En este asunto, de hecho, las pruebas en que se basan primordialmente las Comunidades Europeas son los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos y las medidas conexas. La solicitud de celebración de consultas de las Comunidades Europeas, dado que se refiere expresamente a esos instrumentos, contiene una expresión en palabras de las pruebas de que se disponía respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trata. Aunque las Comunidades Europeas, al referirse a esos instrumentos, no utilizaron la fórmula "relación de las pruebas de que se dispone", no consideramos que sea necesario utilizar explícitamente esa fórmula, siempre que se haga referencia a las pruebas pertinentes. Desde luego, es cierto que las Comunidades Europeas hicieron referencia en su primera comunicación a diversos documentos adicionales, consistentes principalmente en fuentes secundarias ⁵⁹⁰, y que en la solicitud de celebración de consultas no se había identificado esa

⁵⁸⁸ WT/DS108/1, de 28 de noviembre de 1997.

⁵⁸⁹ *Concise Oxford Dictionary*, novena edición, 1995.

⁵⁹⁰ La documentación en cuestión consistía en testimonios prestados ante el Congreso de los Estados Unidos; informes y otros documentos descriptivos referentes a las EVE preparados por funcionarios gubernamentales de los Estados Unidos; artículos sobre las EVE aparecidos en publicaciones sobre cuestiones fiscales, jurídicas y comerciales; copias de las solicitudes de celebración de consultas y de establecimiento de un grupo especial en esta diferencia, y pasajes de la publicación *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, de la OCDE. Todos esos documentos contienen explicaciones sobre las EVE, con excepción de las *Guidelines* de la OCDE, que se presentaron en apoyo de la opinión sostenida por

documentación adicional. Ahora bien, incluso suponiendo que esa documentación represente "pruebas" y que todo Miembro esté obligado a identificar en su solicitud de celebración de consultas *todas* las pruebas de que se disponga, no estamos en condiciones de determinar si, de hecho, las Comunidades Europeas disponían de esa documentación en el momento en que presentaron su solicitud de celebración de consultas ni si las Comunidades Europeas sabían en ese momento que se basarían en esa documentación. En resumen, puede muy bien ser que la solicitud de celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas contenga una relación de las pruebas disponibles.

7.7 Incluso suponiendo que la solicitud de celebración de consultas de las Comunidades Europeas no contenga una relación de las pruebas disponibles, subsiste la cuestión de si por esa razón estamos obligados a desestimar las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas basándose en el artículo 3 del Acuerdo SMC. Al estudiar esta cuestión, observamos que todo Miembro tiene generalmente derecho a pedir que se establezca un grupo especial de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 4 del ESD si las consultas "no permiten resolver la diferencia en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas".⁵⁹¹ Cuando, como ocurre aquí, la reclamación se refiere a una infracción del artículo 3 del Acuerdo SMC, el párrafo 4 del artículo 4 del Acuerdo SMC autoriza a un Miembro a pedir que se establezca un grupo especial si no se ha llegado a una solución mutuamente convenida dentro de los 30 días siguientes a la solicitud de celebración de consultas. Aunque estas disposiciones difieren en los plazos y en ciertos otros aspectos, consideramos que ambas recogen el principio de que el único requisito previo para solicitar que se establezca un grupo especial es que se hayan celebrado consultas o se haya solicitado la celebración de consultas y que haya expirado el plazo especificado pertinente.⁵⁹² No encontramos, ni en el ESD ni en el artículo 4 del Acuerdo SMC, disposiciones específicas que obliguen a un grupo especial a desestimar una reclamación basada en el artículo 3 del Acuerdo SMC porque el Miembro reclamante haya incumplido la prescripción de que la solicitud de celebración de consultas incluya una relación de las pruebas de que se disponga.

7.8 Observamos que los Estados Unidos argumentan, basándose en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Cemento*⁵⁹³, que un grupo especial ha de desestimar una reclamación si el reclamante ha incumplido una prescripción procesal pertinente. Ahora bien, el asunto *Guatemala - Cemento* se refería a una situación fáctica diferente de la del asunto que se examina. Específicamente, en esa diferencia el reclamante no identificó en su solicitud de establecimiento de un grupo especial una medida en cuestión susceptible de examen. Como lo

las Comunidades Europeas sobre el significado del principio de la fijación de precios "en condiciones de plena competencia" al que se hace referencia en la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC.

⁵⁹¹ Desde luego, todo Miembro puede también pedir que se establezca un grupo especial con arreglo al párrafo 3 del artículo 4 del ESD si otro Miembro no responde en el plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que haya recibido la solicitud, o no entabla consultas dentro de un plazo de no más de 30 días, u otro plazo mutuamente convenido.

⁵⁹² Véase *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/R-WT/DS84/R, informe del Grupo Especial adoptado el 17 de febrero de 1999, párrafo 10.19 (en el que se afirma, en el contexto de un argumento sobre la idoneidad de las consultas, que "El único requisito que establece el ESD es que se celebren de hecho las consultas, o al menos que se solicite su celebración, y que haya transcurrido un período de 60 días entre el momento en que se solicite la celebración de consultas y el momento en que se presente la solicitud de establecimiento de un grupo especial").

⁵⁹³ *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de noviembre de 1998.

explicó el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Bananos*⁵⁹⁴, todo grupo especial ha de examinar minuciosamente su solicitud de establecimiento porque esa solicitud constituye con gran frecuencia la base del mandato del grupo especial y porque informa a la parte contra la que se dirige la reclamación y a los terceros acerca de cuál es el fundamento jurídico de la reclamación. En el asunto *Guatemala - Cemento* sencillamente no se aborda la cuestión de los vicios procesales en la fase de las consultas previas.

7.9 Tomamos nota del argumento de los Estados Unidos de que la prescripción de que se incluya una "relación de las pruebas de que se disponga" resultaría "redundante o inútil" si los grupos especiales no obligasen a cumplirla desestimando las reclamaciones en que no se cumpliese. Sin embargo, a nuestro juicio la prescripción de que se incluya en la solicitud de celebración de consultas una relación de las pruebas de que se disponga no es "redundante o inútil" porque los grupos especiales no pueden luchar contra su incumplimiento desestimando las reclamaciones formuladas con arreglo al artículo 3. Antes bien, el principio al que se refieren los Estados Unidos, principio que a veces se denomina el "principio de la interpretación efectiva de los tratados", exige que los tratados se interpreten de forma que se dé sentido a todos sus términos. En este asunto, los Estados Unidos están sosteniendo de hecho que, si no se desestimase las reclamaciones de las Comunidades Europeas, se impediría que se sancionase de forma efectiva el incumplimiento de la prescripción, en vez de afirmar que se dejaría de dar sentido a los términos del párrafo 2 del artículo 4.

7.10 Los Estados Unidos afirman que se los ha privado de su derecho a conocer la existencia de las pruebas de que se disponía con antelación a las consultas celebradas en esta diferencia. Ahora bien, no consideramos que los derechos de los Estados Unidos a las debidas garantías procesales en esta diferencia se hayan visto menoscabados por el hecho de que, según se afirma, las Comunidades Europeas no incluyeran en su solicitud de celebración de consultas una relación de las pruebas disponibles. Primero, señalamos que en la solicitud de celebración de consultas de las Comunidades Europeas quedaron indudablemente claros tanto el fundamento jurídico de las reclamaciones de las Comunidades Europeas como las pruebas que constituyen la base de las reclamaciones de las Comunidades Europeas fundadas en el artículo 3 (es decir, las disposiciones pertinentes del Código de Rentas Internas). Segundo, las "pruebas" adicionales que las Comunidades Europeas presentaron al Grupo Especial en su primera comunicación -que los Estados Unidos afirman que pueden ser pruebas de las que las Comunidades Europeas dispusieran en el momento en que solicitaron la celebración de consultas- constituyen todas ellas información pública a la que los Estados Unidos tenían fácil acceso y que en la mayoría de los casos había sido preparada por los Estados Unidos. Finalmente, los Estados Unidos reconocieron en la primera reunión del Grupo Especial que, en el momento en que se presentó la solicitud de celebración de consultas, estimaban que esa solicitud adolecía de "vicios procesales", pero que "no creíamos, ni creemos, que ni en el ESD ni en el Acuerdo SMC haya ninguna norma que nos obligue a subsanar las deficiencias de las alegaciones de las Comunidades Europeas ". Aunque ello tal vez sea el caso, nos parece que los Estados Unidos optaron conscientemente por no pedir aclaraciones sobre la pruebas en cuestión en el momento en que recibieron la solicitud de celebración de consultas, por lo que ahora no están en condiciones de alegar que se han menoscabado sus derechos a las debidas garantías procesales.

7.11 Por las razones que anteceden, rechazamos la petición de los Estados Unidos de que se desestimen las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas al amparo del artículo 3 del Acuerdo SMC basándose en que las Comunidades Europeas no incluyeron en su solicitud de celebración de consultas una relación de las pruebas disponibles respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trata.

⁵⁹⁴ *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 142.

2. Foro apropiado para materias fiscales

7.12 Los Estados Unidos argumentan que en la nota de pie de página 59 del punto e) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC se dispone expresamente que los Miembros de la OMC resuelvan ciertas cuestiones suscitadas por exenciones de impuestos directos en un foro apropiado para materias fiscales antes de recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Específicamente, los Estados Unidos consideran que, cuando surgen desacuerdos sobre prácticas técnicas de fijación de precios de transferencia o sobre cuestiones fundamentales de política fiscal, los Miembros deben tratar de resolver esas diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos. En este asunto, los Estados Unidos afirman que uno de los elementos centrales de la reclamación de las Comunidades Europeas son las normas sobre la fijación administrativa de precios aplicables a las EVE. A juicio de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas deberían haber planteado esta cuestión en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") o ante la autoridad competente con arreglo a los tratados fiscales bilaterales pertinentes. En consecuencia, los Estados Unidos piden al Grupo Especial, bien que aplaze el examen de todas las reclamaciones de las Comunidades Europeas relativas a las normas sobre la fijación administrativa de precios aplicables a las EVE hasta que las Comunidades Europeas hayan tratado de resolver en esos foros las cuestiones que plantea, bien que desestime esas reclamaciones.

7.13 Las Comunidades Europeas consideran que la nota de pie de página 59, si bien recuerda a los Miembros que existen mecanismos fiscales que pueden constituir un foro mejor que los órganos de solución de diferencias de la OMC para dirimir las controversias sobre la fijación de precios en condiciones de plena competencia, está redactada en forma de recomendación y deja a los Miembros en libertad para decidir si deben recurrir a tales mecanismos alternativos. Las Comunidades Europeas sostienen que, como su reclamación se refiere a una subvención a la exportación, la OMC es el foro apropiado; ni la OCDE ni los tratados fiscales bilaterales constituyen foros apropiados ni ofrecen medios para resolver las cuestiones que las Comunidades Europeas plantean en esta diferencia. Las Comunidades Europeas argumentan además que, si se hubiera tenido la intención de que la nota de pie de página 59 impusiera la obligación de agotar los foros alternativos antes de recurrir a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, se la habría mencionado entre las normas y procedimientos especiales o adicionales para la solución de diferencias enumerados en el Apéndice 2 del ESD. Finalmente, las Comunidades Europeas consideran que los Estados Unidos, dado que no expresaron su preocupación antes de que se estableciera este Grupo Especial, no pueden ahora formular su objeción ante el Grupo Especial.

7.14 Recordamos que la nota de pie de página 59 es una nota al punto e) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, párrafo relativo a la exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social. La nota de pie de página 59 dispone lo siguiente:

"Los Miembros reconocen que el aplazamiento no constituye necesariamente una subvención a la exportación en los casos en que, por ejemplo, se perciben los intereses correspondientes. Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia. Todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. En tales circunstancias, los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales

específicos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los Miembros se derivan del GATT de 1994, con inclusión del derecho de consulta establecido en la frase precedente.

7.15 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." (Se han añadido las cursivas.)

7.16 Recordamos asimismo que la nota de pie de página 59 no está mencionada como norma o procedimiento especial o adicional en el Apéndice 2 del ESD.

7.17 Al considerar la objeción preliminar formulada por los Estados Unidos, partimos de la base de que, conforme al artículo XXIII del GATT de 1994, al ESD y al artículo 4 del Acuerdo SMC, todo Miembro tiene derecho a recurrir en cualquier momento a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC solicitando la celebración de consultas de manera coherente con esas disposiciones. Este derecho fundamental a recurrir a los procedimientos de solución de diferencias constituye un elemento básico del sistema de la OMC. Por consiguiente, creemos que un grupo especial no debe frívolamente inferir que en el Acuerdo sobre la OMC existe una restricción de ese derecho; antes bien, en los instrumentos jurídicos pertinentes debe haber una base clara e inequívoca para llegar a la conclusión de que existe tal restricción.

7.18 A la vista de lo que antecede, creemos que la cuestión que tenemos que estudiar es si la nota de pie de página 59 limita el derecho de todo Miembro a recurrir en cualquier momento a los procedimientos de solución de diferencias, es decir, si la nota de pie de página 59 exige que un Miembro recurra a lo que los Estados Unidos denominan "foros alternativos para materias fiscales" antes de recurrir a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. A nuestro juicio, la nota de pie de página 59 dispone que, en ciertas circunstancias, "los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos [...]". Las partes en esta diferencia discrepan en cuanto a lo que implican las palabras "normalmente tratarán": las Comunidades Europeas afirman que esas palabras significan que el Miembro reclamante tiene facultades discrecionales para recurrir o no a tales medios, en tanto que los Estados Unidos sostienen que, aunque puede haber circunstancias inusitadas en que no sea practicable recurrir a otros foros, incumbiría a las Comunidades Europeas demostrar que es ese el caso. A nuestro juicio, sin embargo, no es necesario dirimir aquí esa divergencia de opiniones. Incluso suponiendo que la nota de pie de página 59 obligue a los Miembros a tratar de resolver sus diferencias en foros alternativos para materias fiscales, esa nota no dispone que el derecho a recurrir en cualquier momento a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC esté limitado por esa pretendida prescripción.

7.19 La nota de pie de página 59 no sólo no establece una base clara e inequívoca para coartar el derecho a recurrir en cualquier momento a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, sino que cabe afirmar que indica lo contrario. A este respecto, recordamos que la nota de pie de página 59, si bien dispone que los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos, también dispone que esto se hará "sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los Miembros se derivan del GATT de 1994, con inclusión del derecho de consulta establecido en la frase precedente". Consideramos que la restricción de la capacidad de un Miembro de la OMC para seguir en cualquier momento los procedimientos de solución de diferencias lesionaría los derechos de ese Miembro. Así pues, esas palabras hacen pensar, por lo menos, que la nota de pie de página 59 no tenía por finalidad restringir el derecho de todo Miembro a seguir en cualquier momento los procedimientos de solución de diferencias. Reconocemos que la referencia a los derechos y obligaciones *que se derivan del GATT de 1994* nos deja un tanto perplejos, en particular dado que el "derecho de consulta establecido en la frase precedente" parece ser un derecho

conferido por el propio Acuerdo SMC y no por el GATT de 1994. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, ambas partes han expresado la misma opinión de que la referencia al GATT de 1994 refleja el hecho de que esa disposición se tomó del Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio y debe interpretarse correctamente en el sentido de que se refiere a los derechos y obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC. Sea o no ese el caso, esas palabras nos reafirman en nuestra opinión de que los redactores no tenían la intención de que la nota de pie de página 59 limitase los derechos conferidos a un Miembro por otras disposiciones, incluyendo las relativas a la solución de diferencias.

7.20 Finalmente, el hecho de que no se mencione la nota de pie de página 59 entre las disposiciones especiales o adicionales para la solución de diferencias confirma de nuevo convincentemente la forma en que interpretamos el sentido corriente de la nota de pie de página 59. Como se recordará, el Apéndice 2 del ESD contiene una lista de todas las normas especiales o adicionales contenidas en los acuerdos abarcados, incluyendo numerosas disposiciones del Acuerdo SMC. Si se hubiera tenido la intención de que la nota de pie de página 59 limitase el derecho de todo Miembro a seguir en cualquier momento el procedimiento de solución de diferencias, creemos que se la habría mencionado en ese Apéndice como disposición especial o adicional para la solución de diferencias. Tampoco consideramos que socave esta conclusión el argumento de los Estados Unidos de que en el Apéndice 2 no se menciona el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura, en el que se basan las Comunidades Europeas en su primera comunicación. En nuestra opinión, el párrafo 3 del artículo 10, que se refiere a la asignación de la carga de la prueba con respecto a ciertas reclamaciones basadas en el Acuerdo sobre la Agricultura⁵⁹⁵, es cualitativamente diferente, por lo que implica, de la nota de pie de página 59 tal como la interpretan los Estados Unidos, nota que según se afirma se refiere a la cuestión fundamentalmente procesal de cuándo puede un Miembro recurrir al procedimiento de solución de diferencias.

7.21 Tomamos nota de los argumentos de las partes sobre si en la OCDE y con arreglo a tratados fiscales bilaterales existen o no "vías" apropiadas para la solución de las diferencias entre las partes acerca de lo que éstas califican de cuestiones relativas a la "fijación de precios en condiciones de plena competencia". Asimismo tomamos nota de las divergencias de opinión existentes entre las partes sobre si se podía considerar que las Comunidades Europeas ya habían tratado de solucionar estas cuestiones en la OCDE. Estimamos, no obstante, que la nota de pie de página 59 no exige que los Miembros recurran a otros foros para materias fiscales antes de recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. En consecuencia, no tenemos que decidir sobre esas cuestiones aquí.

7.22 Por las razones que anteceden, rechazamos la petición de los Estados Unidos de que desestimemos las reclamaciones de las Comunidades Europeas sobre las normas relativas a la fijación administrativa de precios aplicables a las EVE o de que aplacemos el examen de esas reclamaciones hasta que las Comunidades Europeas hayan tratado de resolver mediante los tratados fiscales bilaterales existentes u otros instrumentos internacionales específicos las cuestiones que plantea.

3. Carácter concreto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial

7.23 Los Estados Unidos sostienen que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas no cumple la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de que se identifiquen "las medidas concretas en litigio". En particular, los Estados Unidos se basan en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Equipo*

⁵⁹⁵ Véanse los párrafos 7.134 a 7.143, *infra*.

*informático*⁵⁹⁶ a fin de justificar su opinión de que, en ciertos casos, para identificar las medidas concretas en litigio es necesario identificar los productos sujetos a esas medidas. A juicio de los Estados Unidos, como la naturaleza de las obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre la Agricultura en materia de subvenciones a la exportación difiere según los productos de que se trate y según los compromisos asumidos por los Estados Unidos al respecto, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se deberían haber identificado los productos específicos en cuestión, pero no se hizo así. En vez de ello, los Estados Unidos tuvieron que esperar a recibir la primera comunicación de las Comunidades Europeas para saber cuáles eran los productos en cuestión. En consecuencia, el Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas invocando el Acuerdo sobre la Agricultura. En su segunda comunicación, los Estados Unidos reducen y limitan su objeción preliminar al hecho de que las Comunidades Europeas no identificasen los productos agrícolas en cuestión *consignados* en las listas.⁵⁹⁷

7.24 Las Comunidades Europeas sostienen que la medida en litigio en esta diferencia es el programa relativo a las EVE y que el fundamento jurídico de su reclamación es la infracción de ciertas disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura que se indican en su solicitud de establecimiento de un grupo especial con respecto a todos los productos agrícolas. Esto no es comparable a la situación de la consolidación de los derechos arancelarios en el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*, en el que la medida (los derechos arancelarios aplicados) se aplica a un producto particular. Las Comunidades Europeas identificaron *ejemplos* de productos en su primera comunicación porque está invocando lo que considera que es la inversión de la carga de la prueba prevista en el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura para esos productos y quería limitar la carga impuesta a los Estados Unidos a solamente los productos que los Estados Unidos exportan a las Comunidades Europeas.

7.25 La objeción preliminar de los Estados Unidos se basa en el pretendido hecho de que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas no cumple lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. El párrafo 2 del artículo 6 dispone, en su parte pertinente, que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial:

"[...] se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad".

7.26 El Órgano de Apelación explicó, en el asunto *Comunidades Europeas - Bananos*, que "incumbe al Grupo Especial examinar minuciosamente la solicitud para cerciorarse de que se ajusta a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD". Además explicó que:

"Es importante que la solicitud de establecimiento de un grupo especial sea suficientemente precisa por dos razones: en primer lugar, porque con gran frecuencia constituye la base del mandato del grupo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del ESD, y, en segundo lugar, porque informa a la parte contra la que se dirige la reclamación y a los terceros de cuál es el fundamento jurídico de la reclamación."⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R-WT/DS67/AB/R- WT/DS68/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 22 de junio de 1998, párrafo 67.

⁵⁹⁷ Nota de pie de página 64 *supra*.

⁵⁹⁸ *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 142.

7.27 En el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*, el Órgano de Apelación explicó asimismo que:

"[...] el párrafo 2 del artículo 6 del ESD *no* exige expresamente que se identifiquen los productos a los que se aplican 'las medidas concretas en litigio'. Sin embargo, en lo concerniente a ciertas obligaciones en el marco de la OMC, para identificar 'las medidas concretas en litigio' tal vez sea necesario también identificar los productos sujetos a esas medidas".⁵⁹⁹

7.28 Al aplicar estos principios al asunto que se examina, estamos evidentemente obligados a analizar muy atentamente la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas. Con respecto a las reclamaciones formuladas invocando el Acuerdo sobre la Agricultura, en esa solicitud se declara que:

"El programa relativo a las empresas de ventas en el extranjero es una subvención a la exportación en el sentido del artículo 1 e) del Acuerdo sobre la Agricultura. Dado que los Estados Unidos han declarado que el programa no se tiene en cuenta a los efectos del cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura, las Comunidades Europeas consideran que se han infringido los artículos 3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura leídos en conjunción con los artículos 9 1) d), 10 1) y 10 3) del mismo Acuerdo."⁶⁰⁰

7.29 La cuestión que se nos plantea es si la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas es suficientemente precisa para cumplir las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Consideramos que lo es. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, las Comunidades Europeas declaran que, en su opinión, el programa relativo a las EVE es una subvención a la exportación y que "los Estados Unidos han declarado que el programa [relativo a las EVE] no se tiene en cuenta a los efectos del cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura [...]". Así pues, esa reclamación, dado que su ámbito es intrínsecamente amplísimo, constituye una reclamación en el sentido de que el programa relativo a las EVE podría dar lugar a infracciones del Acuerdo sobre la Agricultura con respecto a cualquier producto agrícola. En consecuencia, como no hay ninguna indicación de los productos en cuestión, esa solicitud hace saber a los Estados Unidos y a los terceros que las Comunidades Europeas afirman la existencia de infracciones del Acuerdo sobre la Agricultura con respecto a todos los productos agrícolas.

7.30 Además, no vemos ninguna distinción útil entre el caso de que en la solicitud de establecimiento se alegue simplemente que un Miembro ha infringido sus compromisos con respecto a todos los productos agrícolas y el caso de que un Miembro haga tal alegación y adjunte una lista de todos los productos agrícolas. En uno u otro caso, se conocerán los productos en litigio. Acompañe o no tal lista el Miembro demandante, el mandato está claro y tanto la parte demandada como los terceros quedan plenamente informados del fundamento jurídico de la reclamación.

7.31 Desde luego, el hecho de que el demandante, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, denuncie la existencia de transgresiones en relación con toda una serie de productos no lo libera de su obligación de presentar las pruebas y los argumentos que sean necesarios para que se

⁵⁹⁹ *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R-WT/DS67/AB/R-WT/DS68/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 22 de junio de 1998, párrafo 67.

⁶⁰⁰ WT/DS108/2, de 9 de julio de 1998.

pueda presumir que se ha infringido el Acuerdo sobre la OMC. Así pues, si la existencia de una transgresión depende de que se presente información sobre determinados productos, el reclamante que formula su reclamación en términos amplios en cuanto a los productos a que se refiere tiene que estar dispuesto, por regla general, a presentar las pruebas y los argumentos necesarios en apoyo de su reclamación si espera que se le dé la razón en lo que concierne al fondo de la diferencia. Véase el párrafo 7.163.

7.32 Por las razones que anteceden, consideramos que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se identifican suficientemente las "medidas concretas en litigio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En consecuencia, rechazamos la petición de los Estados Unidos de que desestimemos las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas basándose en el Acuerdo sobre la Agricultura.

4. Medidas conexas

7.33 Las Comunidades Europeas solicitaron que se estableciera un grupo especial "en relación con los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas y las medidas conexas por las que se establece un trato fiscal especial para las 'empresas de ventas en el extranjero'".⁶⁰¹ Los Estados Unidos sostienen que cualesquiera "medidas conexas" no identificadas cuando las Comunidades Europeas presentaron su primera comunicación no pueden ser examinadas por el Grupo Especial. Las Comunidades Europeas responden que su reclamación se refiere a la exención fiscal y las subvenciones en materia de precios de transferencia concedidas a los productos exportados por los Estados Unidos con arreglo al conjunto de disposiciones jurídicas que las Comunidades Europeas han denominado "programa relativo a las EVE", que las Comunidades Europeas ya han identificado otras muchas disposiciones concernientes a ese programa y que, en consecuencia, el Grupo Especial debe rechazar la petición de los Estados Unidos de que se dicte una resolución al respecto.

7.34 A nuestro juicio, esta diferencia se refiere a cierto trato fiscal concedido con arreglo al programa relativo a las EVE que, según alegan las Comunidades Europeas, es incompatible con el Acuerdo SMC y con el Acuerdo sobre la Agricultura. Los principales instrumentos jurídicos que regulan ese trato fiscal son los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, que se mencionan en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas. Al estudiar si ese trato fiscal es compatible con las normas de la OMC, no hemos juzgado necesario examinar ninguno de los otros instrumentos jurídicos que regulan dicho trato fiscal no mencionados expresamente por las Comunidades Europeas cuando éstas presentaron su primera comunicación al Grupo Especial.⁶⁰² Por lo tanto, no consideramos necesario resolver sobre la petición de los Estados Unidos a este respecto.

⁶⁰¹ WT/DS108/2, de 9 de julio de 1998.

⁶⁰² Hemos estudiado el apartado c) del artículo 245 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos en lo que se refiere a la deducción por dividendos recibidos concedida a los accionistas de una EVE, así como el apartado e) del artículo 951 de ese Código de Rentas Internas en lo que concierne a la exención de la aplicación de las normas contra el aplazamiento a los ingresos de las EVE procedentes del comercio exterior. Véanse los párrafos 7.96 a 7.97, *infra*. Ahora bien, el apartado c) del artículo 245 y el apartado e) del artículo 951 fueron mencionados en la primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas (párrafo 65). Por consiguiente, los términos de la objeción preliminar formulada por los Estados Unidos no se extienden a esas disposiciones.

B. RECLAMACIONES BASADAS EN EL PÁRRAFO 1 A) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC

1. Exposición de los argumentos de las partes

7.35 Las Comunidades Europeas afirman que el programa relativo a las EVE confiere unas subvenciones, en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, que están supeditadas a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 de ese Acuerdo y que por consiguiente están prohibidas, con arreglo a esta última disposición. A juicio de las Comunidades Europeas, el programa relativo a las EVE entraña dos subvenciones. Primero, las Comunidades Europeas identifican ciertas exenciones de los impuestos sobre la renta concedidas a las EVE y a sus empresas matrices por el programa relativo a las EVE. Segundo, las Comunidades Europeas identifican unas normas sobre la fijación administrativa de precios que a su juicio se apartan de las normas usuales sobre la fijación de precios de transferencia y hacen que aumente el importe de los ingresos que no pagan impuestos en virtud de las exenciones concedidas a las EVE. En opinión de las Comunidades Europeas, esas exenciones y esas normas sobre fijación administrativa de precios representan una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 porque "se condon[an] o no se recaud[an] ingresos públicos que en otro caso se percibirían", y se otorga un beneficio porque los ingresos condonados equivalen a la suma que no tienen que pagar en impuestos las EVE ni sus empresas matrices. Las Comunidades Europeas consideran además que las subvenciones resultantes de las exenciones y de las normas sobre la fijación administrativa de precios están supeditadas a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3, porque dependen de la existencia y del importe de unos "ingresos exentos obtenidos en el comercio exterior" que sólo pueden ser resultado de la exportación de productos estadounidenses. Finalmente, las Comunidades Europeas estiman que las subvenciones concedidas por el programa relativo a las EVE están comprendidas en el ámbito de aplicación del punto e) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación ("Lista ilustrativa"), confirmando así la aplicación de la prohibición establecida en el párrafo 1 a) del artículo 3.

7.36 Los Estados Unidos sostienen que el programa relativo a las EVE no confiere ninguna subvención a la exportación. A juicio de los Estados Unidos, la nota de pie de página 59 del punto e) de la Lista ilustrativa contiene el "criterio jurídico rector" aplicable a las alegaciones de las Comunidades Europeas de que se han concedido subvenciones a la exportación. Los Estados Unidos consideran que la nota de pie de página 59 indica que no es obligatorio gravar los ingresos obtenidos como resultado de procesos económicos en el extranjero y que la exención de la totalidad o parte de tales ingresos, por cualquier medio, no es una subvención a la exportación prohibida. Los Estados Unidos argumentan además que una decisión y un entendimiento de 1981 del Consejo del GATT de 1947⁶⁰³ (a los que en adelante se denominará, en el presente informe, el "Entendimiento de 1981") establecen que la exención fiscal de ingresos imputables a procesos económicos realizados en el extranjero no constituye condonación de ingresos "que en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y que, por consiguiente, la exención de ingresos imputables a procesos económicos realizados en el extranjero no ha de considerarse supeditada a los resultados de exportación. A juicio de los Estados Unidos, la nota de pie de página 59 autoriza además a los Miembros a recurrir a prácticas administrativas o de otra clase para distinguir entre, por una parte, los ingresos obtenidos mediante procesos económicos realizados fuera de su territorio y, por otra, los ingresos obtenidos mediante procesos económicos realizados dentro de su territorio, siempre que la asignación global de los ingresos se aproxime a la que se obtendría si los precios se fijasen en condiciones de plena competencia y no lleve a una "importante economía" de impuestos directos en transacciones de exportación. Los Estados Unidos consideran que el programa relativo a las EVE meramente exime de impuestos a ciertos ingresos imputables a procesos económicos realizados en el extranjero, y que sus normas aplicables a las EVE sobre la fijación administrativa de

⁶⁰³ *Legislación fiscal*, IBDD 28S/121, 7 y 8 de diciembre de 1981.

precios son prácticas administrativas que están destinadas a distinguir entre los ingresos obtenidos en el extranjero y los ingresos obtenidos en el país y que no llevan a una importante economía de impuestos en transacciones de exportación. En consecuencia, estiman que el programa relativo a las EVE no otorga ninguna subvención a la exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

2. Orden en que se abordarán las cuestiones

7.37 Al estructurar y ordenar sus argumentos, las partes han seguido enfoques diferentes. Las Comunidades Europeas empiezan su análisis con los artículos 1 y 3 del Acuerdo SMC, y después pasan al punto e) de la Lista ilustrativa como "confirmación" de sus conclusiones. En cambio, los Estados Unidos, en su primera comunicación, instan al Grupo Especial a que inicie su análisis con la nota de pie de página 59 del punto e) de la Lista ilustrativa. Los Estados Unidos se basan en el informe adoptado por el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Bananos* para afirmar que, cuando las cuestiones sometidas a un grupo especial involucran dos disposiciones, el grupo especial debe examinar primero la disposición más específica.⁶⁰⁴ En sus comunicaciones posteriores, y en respuesta al enfoque adoptado por las Comunidades Europeas, los Estados Unidos empiezan su argumentación con el artículo 1, sin por ello abandonar su opinión de que debemos iniciar nuestro análisis con la "disposición más específica".

7.38 Observamos que las afirmaciones hechas en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Bananos* en las que se basan los Estados Unidos se refieren al orden en que el Grupo Especial debería haber abordado ciertas *alegaciones*, más que al orden en que debería haber abordado las diversas disposiciones relativas a una alegación particular. En este asunto, las Comunidades Europeas han formulado una alegación basada en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, y las partes han señalado cierto número de disposiciones legales, entre ellas los artículos 1 y 3 del Acuerdo SMC y la Lista ilustrativa (así como el entendimiento de 1981), que consideran pertinentes para nuestro análisis. Aquí, las Comunidades Europeas, como reclamantes, han basado sus argumentos primordialmente en los artículos 1 y 3 del Acuerdo SMC, más que en la Lista ilustrativa, y consideramos que nuestro análisis quedaría mejor estructurado si examinásemos primero esos artículos.⁶⁰⁵ Además, dado que las Comunidades Europeas han alegado que hay dos subvenciones distintas, abordaremos primero la cuestión de las exenciones concedidas a las EVE y estudiaremos después la cuestión de las normas aplicables a la fijación administrativa de precios.

3. Existencia de una subvención: exenciones concedidas a las EVE

7.39 El párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC dispone que las subvenciones "en el sentido del artículo 1" que estén supeditadas a los resultados de exportación están prohibidas. Así pues, una medida, para que sea una subvención a la exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, ha de ser una subvención en el sentido del artículo 1 de ese Acuerdo. Por consiguiente, estudiaremos primero si las exenciones identificadas por las Comunidades Europeas en el programa relativo a las EVE son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

⁶⁰⁴ *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 204.

⁶⁰⁵ No queremos dar a entender que nunca sería procedente iniciar el análisis de una subvención a la exportación haciendo referencia a la Lista ilustrativa, particularmente en un asunto en que el reclamante se basó principalmente en esa Lista, sino simplemente que en este asunto hemos optado por empezar por los artículos 1 y 3.

7.40 El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC dispone, en la parte pertinente, que:

"A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a) 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) [se omite la nota de pie de página];

[...]

y

b) con ello se otorgue un beneficio."

Del artículo 1 se desprende evidentemente que para que exista una subvención en el sentido de ese artículo han de darse dos elementos. Primero, tiene que haber una contribución financiera de un gobierno. Segundo, con ello se tiene que otorgar un beneficio. Consideraremos sucesivamente cada uno de esos elementos.

a) Contribución financiera

i) *Cuándo "en otro caso se percibirían" ingresos condonados*

7.41 Antes de pasar al asunto que nos ocupa y estudiar si, en el caso del programa relativo a las EVE, hay unos ingresos condonados que en otro caso se percibirían, examinaremos primero si, por regla general, el régimen fiscal de un Miembro representa la referencia adecuada para determinar si "en otro caso se percibirían" unos ingresos condonados.

7.42 Como se recordará, conforme al artículo 1 del Acuerdo SMC, hay una contribución financiera y por ende una posible subvención cuando "se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)". El adjetivo "*due*" (traducido en la versión española por "se percibirían") se ha definido en el sentido de que significa, en particular, "que se debe o se ha de pagar, como una deuda".⁶⁰⁶ Además, la contribución financiera ha de ser de un *gobierno* (o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro) y surge solamente cuando se condonan o no se recaudan ingresos *públicos* "que en otro caso se percibirían". Así pues, la pregunta que hay que hacerse al estudiar si existe una contribución financiera en forma de ingresos condonados es si hay unos impuestos que "se deben o se han de pagar" a un gobierno o a cualquier organismo público en el territorio de un Miembro. Cuando un contribuyente trata de determinar si "se deben o se han de pagar" impuestos a un gobierno, ha de estudiar el propio régimen fiscal de ese gobierno. Por consiguiente, a nuestro juicio es evidente que, para determinar si "se deben o se han de pagar" impuestos u otras cantidades que constituyan ingresos públicos, es necesario, de no haber una indicación clara en contrario en el Acuerdo SMC, estudiar el propio régimen fiscal de ese gobierno.

⁶⁰⁶ *Shorter Oxford English Dictionary* (tercera edición).

7.43 Los Estados Unidos han argumentado que "si, con arreglo a las disposiciones de la OMC, un Miembro no está obligado a gravar determinadas clases de ingresos, el eximir de tributación esos ingresos no puede constituir una subvención, ni mucho menos una subvención a la exportación".⁶⁰⁷ Ahora bien, huelga decir que el Acuerdo sobre la OMC no impone a los Miembros ninguna obligación general de establecer impuestos o derechos, ni de establecerlos a un nivel determinado. Por el contrario, por improbable que ello sea en la práctica, todo Miembro de la OMC tiene en principio libertad para no establecer absolutamente ningún impuesto o derecho. De hecho, por lo que se refiere a los derechos de importación cabría decir que su eliminación completa sería coherente con el objeto y el fin del Acuerdo sobre la OMC. Dicho esto, en el Acuerdo sobre la OMC no hay ningún patrón teóricamente "correcto" de impuestos que represente la norma para de los impuestos y derechos "que en otro caso se percibirían". En consecuencia, para determinar si en otro caso se percibirían unos ingresos condonados hay que comparar el trato fiscal aplicado por un Miembro en una situación determinada y el régimen fiscal aplicado en otro caso por ese Miembro (o, en lo que se refiere al trato fiscal aplicado por una entidad dependiente de un Miembro, el régimen fiscal que en otro caso aplique la autoridad fiscal en cuestión).

7.44 Hacemos notar que, en el único informe de un grupo especial de la OMC adoptado hasta la fecha sobre una pretendida subvención en forma de contribución financiera que entrañaba una condonación de ingresos, está implícito que el procedimiento correcto para determinar si "en otro caso se percibirían" los ingresos condonados es la comparación con el régimen fiscal que en otro caso aplica el Miembro en cuestión. En el asunto *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, las partes (incluyendo los Estados Unidos) convinieron en que las exenciones de impuestos de lujo de hasta el 35 por ciento y de derechos de importación de hasta el 200 por ciento entrañaban la condonación de ingresos que de otro modo se percibirían, y el Grupo Especial así lo constató.⁶⁰⁸ Ahora bien, evidentemente Indonesia no tenía, en el marco de la OMC, ninguna obligación general de establecer tales derechos e impuestos, y mucho menos de establecerlos a esos niveles. No obstante, el Grupo Especial y las partes consideraron que se habían condonado ingresos que en otro caso se habrían percibido, porque Indonesia, en el contexto del Programa de Automóviles Nacionales, no recaudó esos derechos e impuestos que en otro caso se habrían percibido.

7.45 Entendemos que las palabras "que en otro caso se percibirían", en su sentido corriente, se refieren a la situación que existiría si no fuera por las medidas en cuestión. Así pues, se trata de determinar si, de no haber tales medidas, habría que pagar unos impuestos más elevados. A nuestro juicio, esto significa que un grupo especial, al considerar si "en otro caso se percibirían" unos ingresos condonados, ha de examinar la situación que existiría si no fuera por la medida en cuestión. Con arreglo a este planteamiento, en esta diferencia la cuestión es si, en el caso de que no existiese el programa relativo a las EVE, se percibirían unos ingresos que se han condonado a causa de ese programa.

7.46 Las Comunidades Europeas califican ese enfoque de "formalista" y prefieren otro enfoque en virtud del cual la cuestión que se plantea es si hay "una desviación o una exención del tipo generalmente aplicado o de la base de la recaudación".⁶⁰⁹ En otras palabras, las Comunidades Europeas sostienen que, conforme a este enfoque, una medida entrañaría la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían si tuviera como resultado la condonación de ingresos que se percibirían

⁶⁰⁷ Párrafo 4.526 *supra*.

⁶⁰⁸ *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS54/R-WT/DS55/R-WT/DS59/R-WT/DS64/R, párrafo 14.155, informe del Grupo Especial adoptado el 23 de julio de 1998.

⁶⁰⁹ Párrafo 4.591 *supra*.

con arreglo al régimen fiscal "de aplicación general" del Miembro en cuestión. Las Comunidades Europeas desarrollaron este planteamiento en respuesta a preguntas del Grupo Especial y explicaron que sólo habría condonación de ingresos que en otro caso se percibirían si la exención o exclusión de impuestos "no se basase en criterios neutros y objetivos, es decir, si la exención o exclusión fuese especial o programática".⁶¹⁰ Sin embargo, en el texto del artículo 1 del Acuerdo SMC no vemos que haya ninguna base para considerar que la cuestión de si "en otro caso se percibirían" los ingresos condonados debe resolverse en general en función de un criterio distinto de la comparación con la situación que existiría de no ser por las medidas en cuestión. Así pues, aunque puede ocurrir que, en muchos casos, el criterio propuesto por las Comunidades Europeas lleve a los mismos resultados que el criterio de la comparación con la hipótesis de que no existiera la medida examinada, consideramos que este último criterio es el que se basa efectivamente en el texto del Acuerdo SMC.

7.47 Procede señalar que, en el contexto de los derechos compensatorios, los propios Estados Unidos aplican el criterio de la comparación con la hipótesis de que no existiera la medida examinada para determinar si existe una subvención en caso de condonación de ingresos. Así, el artículo 351.509 del reglamento estadounidense que regula los derechos compensatorios dispone lo siguiente:

"Cuando se trate de un programa que ofrezca una exención o remisión total o parcial de un impuesto directo (por ejemplo, un impuesto sobre los ingresos), o una reducción de la base que se utiliza para calcular un impuesto directo, existirá un beneficio en la medida en que el impuesto pagado por la empresa como resultado del programa sea inferior al impuesto que la empresa hubiera pagado *en ausencia del programa*."⁶¹¹ (Se han añadido las cursivas.)

7.48 Nos apresuramos a añadir que en la explicación que los Estados Unidos adjuntan a su reglamento se indica que, "si se trata de una medida fiscal extranjera [...] que exime de impuestos (total o parcialmente) unos ingresos atribuibles a procesos económicos (incluidas transacciones que supongan la exportación de mercancías) localizados fuera de los límites territoriales del país exportador, el Departamento considerará que esa medida no es una subvención a la exportación [...]".⁶¹² Sin embargo, esto no es contrario al enfoque general adoptado en la reglamentación en el sentido de que la determinación de si "en otro caso se percibirían" unos ingresos condonados debe basarse en el examen del trato fiscal que el Miembro aplicaría de no existir las medidas en cuestión.

⁶¹⁰ Los Estados Unidos discuten que la referencia para determinar si "en otro caso se percibirían" los ingresos condonados haya de ser, por regla general, el régimen fiscal de aplicación general del Miembro en cuestión, y describen detenidamente la complejidad de determinar en unas circunstancias dadas qué normas son "generales" y qué normas son "excepciones". A juicio de los Estados Unidos, con este planteamiento se confunde la cuestión de si "en otro caso se percibirían" los ingresos condonados con la cuestión de la especificidad a la que se refiere el artículo 2 del Acuerdo SMC. Sin embargo, los Estados Unidos no han propugnado la aplicación de un enfoque basado en la comparación con la hipótesis de que no existiera la medida examinada, ni han podido identificar ninguna alternativa generalmente aceptable, en lugar del propio régimen fiscal del Miembro, para determinar cuándo "en otro caso se percibirían" los ingresos condonados. Cuando el Grupo Especial preguntó a los Estados Unidos qué criterios consideraban que se debían aplicar al estudiar si "en otro caso se percibirían" los ingresos condonados, los Estados Unidos respondieron que "un criterio evidente es si ha habido alguna vez una decisión o una resolución basadas en el mismo acuerdo o en un acuerdo conexo". Otros criterios que se mencionaron fueron "la conveniencia de evitar resultados que den prioridad a la forma con respecto al fondo" y "la necesidad de que haya normas claras". Párrafos 4.1103 a 4.1114 *supra*.

⁶¹¹ 19 Código de Reglamentos Federales, artículo 351.509.

⁶¹² 63 Federal Register 65376 (25 de noviembre de 1998).

ii) ¿Determina el Entendimiento de 1981 cuándo "en otro caso se percibirían" unos ingresos condonados?

7.49 Habiendo llegado a la conclusión de que, por regla general, para determinar si "en otro caso se percibirían" unos ingresos condonados hay que examinar la situación que existiría con arreglo al régimen fiscal de un Miembro de no haber las medidas en litigio, tenemos que considerar si en el contexto de esta diferencia hay que hacer una interpretación diferente.

7.50 Los Estados Unidos argumentan que las palabras "que en otro caso se percibirían" han de interpretarse teniendo en cuenta el Entendimiento de 1981 y ciertos informes adoptados de grupos especiales referentes a subvenciones pretendidamente prohibidas por el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Específicamente, los Estados Unidos consideran que el Entendimiento de 1981 representa una interpretación del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 que forma parte del GATT de 1994 en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 b) iv) del Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC. Los Estados Unidos estiman además que es evidente que la exención de impuestos concedida a los ingresos devengados en el extranjero, cuando se interpreta teniendo en cuenta el Entendimiento de 1981, no constituye una condonación de ingresos que "en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶¹³ Los Estados Unidos argumentan, subsidiariamente, que el Entendimiento de 1981 representa una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o constituye una "decisión" en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC por la que "se regirá" la OMC.

7.51 Las Comunidades Europeas argumentan que el Entendimiento de 1981 constituye a lo sumo una decisión, tomada conforme al artículo XXIII del GATT de 1947 como "enfoque de solución de diferencias y no de formulación de normas"⁶¹⁴, en el sentido de adoptar ciertos informes de grupos especiales. Las Comunidades Europeas se basan en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*⁶¹⁵ para afirmar que el Entendimiento, al igual que el informe adoptado de un grupo especial, no constituye una de "las demás decisiones" en el sentido del párrafo 1 b) iv) del Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC y, por consiguiente, no forma parte del GATT de 1994. Las Comunidades Europeas consideran además que el Entendimiento de 1981 no es una "decisión" en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. En todo caso, las Comunidades Europeas estiman que el Entendimiento de 1981 no es aplicable a una diferencia planteada en el contexto del Acuerdo SMC porque se refiere, a lo sumo, al párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Finalmente, las Comunidades Europeas juzgan que el fondo del Entendimiento de 1981 no apoya la posición de los Estados Unidos en esta diferencia.

7.52 Antecedentes del Entendimiento de 1981. En julio de 1973, el Consejo del GATT estableció cuatro Grupos de expertos que estudiaron los casos que suelen denominarse asuntos *Legislación fiscal*. El primero de esos Grupos de expertos examinó una reclamación de las Comunidades Europeas en el sentido de que la legislación relativa a las sociedades estadounidenses de ventas al extranjero ("sociedades DISC") era incompatible con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947.

⁶¹³ Los Estados Unidos argumentan también que el Entendimiento de 1981 ha de tenerse en cuenta para interpretar el párrafo 1 a) del artículo 3, el punto e) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación y la nota de pie de página 59 de ese párrafo. Nuestro análisis del valor jurídico del Entendimiento de 1981 a los efectos de la interpretación del Acuerdo SMC es igualmente aplicable en estos diversos contextos.

⁶¹⁴ Párrafo 4.847 *supra*.

⁶¹⁵ *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 1º de noviembre de 1996.

Los otros tres Grupos de expertos, que se establecieron al mismo tiempo que el Grupo de expertos que estudió el asunto de las sociedades DISC, examinaron unas reclamaciones de los Estados Unidos en el sentido de que ciertas prácticas concernientes al impuesto sobre la renta de Bélgica, Francia y los Países Bajos eran incompatibles con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Los cuatro Grupos de expertos, que tenían la misma composición, hicieron públicos sus informes el 2 de noviembre de 1976. Los Grupos de expertos constataron que tanto la legislación sobre las sociedades DISC como las prácticas fiscales seguidas por Bélgica, Francia y los Países Bajos "tenían efectos que no estaban en armonía con las obligaciones contraídas por [las partes contratantes] en virtud del párrafo 4 del artículo XVI" del GATT de 1947.⁶¹⁶

7.53 Los informes de los Grupos de expertos que examinaron los asuntos *Legislación fiscal* resultaron controvertidos, y transcurrieron cinco años antes de que fueran adoptados mediante el Entendimiento de 1981. El Entendimiento de 1981 dispone lo siguiente:

El Consejo adopta estos informes en el entendimiento de que con respecto a estos casos, y de una manera general, los procesos económicos (incluidas las transacciones relativas a mercancías exportadas) situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador, ni deben considerarse como actividades de exportación en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General. Queda asimismo entendido que el párrafo 4 del artículo XVI exige que se observe la fijación de precios en condiciones de libre competencia, es decir, que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control que ellas deberán ser, a los efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuasen en condiciones de libre competencia. Además, el párrafo 4 del artículo XVI no prohíbe la adopción de medidas encaminadas a evitar la doble imposición fiscal de los ingresos de procedencia extranjera.⁶¹⁷

7.54 El Entendimiento de 1981 fue acompañado de la siguiente declaración del Presidente del Consejo:

Tras la adopción de estos informes, el Presidente observó que la decisión y entendimiento del Consejo no querían decir que a las partes que habían suscrito el párrafo 4 del artículo XVI se les prohibiera gravar los beneficios de las transacciones que se realizaran fuera de sus fronteras, sino que significaba únicamente que no se les exigía que lo hicieran. Observó además que la decisión no modificaba las actuales reglas del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo General en lo referente a la imposición fiscal de las mercancías exportadas. Observó igualmente que esta decisión no afectaba al Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII, ni resultaba afectada por él. Por último, el Presidente observó que la adopción de estos informes, junto con el entendimiento, no afectaba a

⁶¹⁶ *Legislación fiscal de los Estados Unidos (DISC)*, informe adoptado el 7 y el 8 de diciembre de 1981, IBDD 23S/107, párrafo 74; *Prácticas seguidas por Francia en materia de impuestos sobre los ingresos*, informe adoptado el 7 y el 8 de diciembre de 1981, IBDD 23S/141, párrafo 53; *Prácticas seguidas por Bélgica en materia de impuestos sobre los ingresos*, informe adoptado el 7 y el 8 de diciembre de 1981, IBDD 23S/141, párrafo 40, y *Prácticas seguidas por los Países Bajos en materia de impuestos sobre los ingresos*, informe adoptado el 7 y el 8 de diciembre de 1981, IBDD 23S/152, párrafo 40.

⁶¹⁷ *Legislación fiscal*, IBDD 28S/121, 7 y 8 de diciembre de 1981.

los derechos y obligaciones que incumbían a las partes contratantes en virtud del Acuerdo General.⁶¹⁸

7.55 Cuestión de si el Entendimiento de 1981 forma parte del GATT de 1994. La primera cuestión que hemos de considerar con respecto al Entendimiento de 1981 es si éste representa una de "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947" en el sentido del párrafo 1 b) iv) del Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC.⁶¹⁹ Recordamos que el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC dispone, en la parte pertinente, lo siguiente:

"El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994") comprenderá:

a) las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de fecha 30 de octubre de 1947, [...] rectificadas, enmendadas o modificadas por los términos de los instrumentos jurídicos que hayan entrado en vigor con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC;

b) las disposiciones de los instrumentos jurídicos indicados a continuación que hayan entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC:

- i) protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias;
- ii) protocolos de adhesión [...];
- iii) decisiones sobre exenciones otorgadas al amparo del artículo XXV del GATT de 1947 aún vigentes en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC [se ha omitido la nota de pie de página];
- iv) las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947;

c) los Entendimientos indicados a continuación:

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ Como se ha señalado más arriba, las Comunidades Europeas se basan en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* para afirmar que el Entendimiento de 1981 no es una de "las demás decisiones" a los efectos del párrafo 1 b) iv) del Anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC. En ese asunto, el Órgano de Apelación constató que los informes adoptados de los grupos especiales no constituyen "por sí mismos" "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947" en el sentido de esa disposición. No consideramos que en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* se aborde la situación exacta planteada en este asunto. En aquella diferencia, la cuestión era la condición de los propios informes adoptados de grupos de expertos. En cambio, el Entendimiento de 1981 no se limitaba a la adopción de ciertos informes de grupos de expertos. Antes bien, el texto del Entendimiento, cuando se lee en el contexto de los asuntos *Legislación fiscal*, indica desacuerdo con ciertos aspectos de esos informes. Además, los informes se adoptaron "en el entendimiento de que con respecto a estos casos, y de una manera general, los procesos económicos [...] situados fuera de los límites territoriales del país exportador no necesitan ser objeto de imposición fiscal por parte del país exportador [...]" (se han añadido las cursivas). Como el Entendimiento de 1981 no es simplemente una decisión de adoptar ciertos informes de grupos de expertos, el informe sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* no da, en sí mismo, una respuesta clara a la cuestión sometida a nuestra consideración.

- i) Entendimiento relativo a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo II del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994;
 - ii) Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XVII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994;
 - iii) Entendimiento relativo a las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 en materia de balanza de pagos;
 - iv) Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994;
 - v) Entendimiento relativo a las exenciones de obligaciones dimanantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994;
 - vi) Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; y
- d) el Protocolo de Marrakech anexo al GATT de 1994."

7.56 Nos parece que las palabras "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947", interpretadas en sí mismas, aisladamente y en su sentido corriente, son suficientemente amplias para abarcar el Entendimiento de 1981.⁶²⁰ A este respecto, hacemos notar que el término inglés "*decision*" se ha definido, en particular, como "acción de decidir (un concurso, una cuestión, etc.); arreglo, determinación; (con artículo indeterminado o en plural) conclusión, juicio, especialmente pronunciados formalmente en un tribunal de justicia".⁶²¹ A nuestro juicio,

⁶²⁰ Las partes han discutido largamente si el Entendimiento de 1981 se adoptó conforme al párrafo 2 del artículo XXIII o conforme al artículo XXV del GATT de 1947. A nuestro juicio, ésta no es exactamente la cuestión que debe plantearse. El artículo XXV era una disposición general sobre la adopción de decisiones por las PARTES CONTRATANTES. Confirma el hecho de que la acción colectiva prevista en el artículo XXV entrañaba la "adopción de decisiones" el párrafo 4 del artículo XXV del GATT de 1947, que disponía que, "Salvo disposición en contrario del presente Acuerdo, se adoptarán las decisiones de las PARTES CONTRATANTES por mayoría de los votos emitidos." Una de las formas de acción colectiva de las PARTES CONTRATANTES era la formulación de las recomendaciones apropiadas o la adopción de resoluciones con arreglo al artículo XXIII, y el Entendimiento de 1981 entraña, al menos en parte, una acción colectiva con arreglo a esa disposición. No obstante, en el GATT de 1947 hay otras muchas disposiciones "que requieren una acción colectiva" (véase John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (Bobs-Merrill, 1969), sección 5.4), y el artículo XXV preveía además una acción colectiva "para facilitar la aplicación del [Acuerdo] y que se puedan alcanzar sus objetivos". Así, incluso si se acepta la opinión de que el Entendimiento de 1981 va más allá de la formulación de una recomendación o la adopción de una resolución de conformidad con el párrafo 2 del artículo XXIII, ello habría estado autorizado por el párrafo 1 del artículo XXV, que concedía a las PARTES CONTRATANTES amplias facultades de adopción de decisiones para facilitar la aplicación del GATT de 1947 y contribuir a la consecución de sus objetivos. Esto no significa, desde luego, que el Entendimiento de 1981 represente necesariamente una decisión, en el sentido del párrafo 1 b) iv) del Anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC, de adoptar una "interpretación" del GATT de 1947. Cabe imaginar numerosas formas de acción colectiva con arreglo al párrafo 1 del artículo XXV, fuera de las interpretaciones, para facilitar la aplicación del GATT de 1947 y contribuir a la consecución de sus objetivos.

⁶²¹ *Oxford Shorter English Dictionary* (tercera edición).

incluso la decisión de adoptar el informe de un grupo especial, es decir, de formular las recomendaciones apropiadas o de dictar una resolución con arreglo al párrafo 2 del artículo XXIII del GATT de 1994, está comprendida en el sentido corriente del término "decisión". El propio Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* califica de "decisión" la medida tomada por las PARTES CONTRATANTES al adoptar el informe de un grupo especial⁶²² y, como hemos visto, el Entendimiento de 1981 va, en varios aspectos, más allá de la simple adopción de los informes de los Grupos de expertos sobre los asuntos *Legislación fiscal*. Además, no puede haber ninguna duda de que la decisión fue tomada por las PARTES CONTRATANTES, ya que las medidas adoptadas por el Consejo del GATT de 1947 fueron sometidas a las PARTES CONTRATANTES para su aprobación.⁶²³

7.57 Ahora bien, el hecho de que el Entendimiento de 1981 fuese una decisión de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 no significa necesariamente que el Entendimiento de 1981 sea el tipo de decisión que está comprendida en el párrafo 1 b) iv) del Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC. Evidentemente, no sería procedente que interpretásemos las palabras "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947" considerándolas aisladamente. Antes bien, estimamos que "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947" no están incorporadas en el GATT de 1994 mediante esa cláusula más que en la medida en que cumplen los criterios establecidos en las palabras iniciales de ese apartado b), es decir, que sean "las disposiciones de los instrumentos jurídicos indicados a continuación que hayan entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC". En otras palabras, consideramos que sólo forman parte del GATT de 1994 "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947" que tengan las características de un "instrumento jurídico" que pueda "entrar en vigor".

7.58 Para interpretar estos términos, evidentemente tenemos que empezar por examinar su sentido corriente. A este respecto, señalamos que el término inglés "*instrument*" está definido en un diccionario como sigue: "*Derecho*. Documento jurídico formal por el que se crea o se confirma un derecho o se deja constancia de un hecho; escrito formal de cualquier tipo, como un acuerdo, escritura, estatuto o acta, preparado y otorgado de forma legal".⁶²⁴ Análogamente, en un diccionario de términos jurídicos se define la palabra "*instrument*" en el sentido de que significa, entre otras cosas, "Documento o escrito por el que se da expresión formal a un acto jurídico o un acuerdo destinados a crear, asegurar o modificar un derecho o a ponerle fin; escrito otorgado y entregado como prueba de un acto o acuerdo".⁶²⁵ Así pues, la expresión "instrumento jurídico", en su sentido corriente, significa un texto jurídico formal que tiene fuerza vinculante para determinar los derechos y/o las obligaciones de las partes en él, que en este caso serían todas las partes contratantes del GATT de 1947.⁶²⁶

⁶²² *Japón - Bebidas alcohólicas*, página 17 ("No consideramos que las PARTES CONTRATANTES, al decidir adoptar un informe de un grupo especial, tuvieran la intención de que su *decisión* constituyera una interpretación definitiva de las disposiciones pertinentes del GATT de 1947.") (Se han añadido las cursivas.)

⁶²³ PARTES CONTRATANTES, trigésimo octavo período de sesiones, *Acta de la primera sesión*, SR.38/1, de 15 de diciembre de 1982.

⁶²⁴ *Shorter Oxford English Dictionary* (tercera edición).

⁶²⁵ *Black's Law Dictionary* (cuarta edición corregida).

⁶²⁶ De hecho, la expresión "instrumento jurídico" se utiliza en el apartado a) inmediatamente precedente en el contexto de la rectificación, enmienda o modificación del texto del GATT de 1947. Esto parece ser una nueva confirmación de la forma en que entendemos la expresión "instrumento jurídico".

7.59 En nuestra opinión, así lo confirma el contexto, dado que en los párrafos 2 y 3 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC se afirma que los acuerdos "y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3" son "vinculantes para todos sus Miembros" o, en el caso de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales del Anexo 4, para todos los Miembros que los hayan aceptado. También lo confirma la referencia que se hace, en las palabras iniciales del párrafo 1 b) del Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC, a la "entrada en vigor", lo que implica que los instrumentos jurídicos tienen efecto vinculante para las partes contratantes. Además, lo que forma parte del GATT de 1994 no son los instrumentos jurídicos mismos sino las "disposiciones" de los instrumentos jurídicos. La referencia a las disposiciones implica nuevamente, a nuestro juicio, la existencia de un texto jurídico vinculante y formal.

7.60 Asimismo confirma la forma en que entendemos la naturaleza de los "instrumentos jurídicos" que pueden formar parte del GATT de 1994 el examen de los tipos de "instrumentos jurídicos" específicos, además de "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947", que se indican en el párrafo 1 b) del Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC. Los otros tipos de instrumentos jurídicos identificados expresamente son protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias, protocolos de adhesión y decisiones sobre exenciones otorgadas al amparo del artículo XXV del GATT de 1947. Estos instrumentos jurídicos presentan la característica común de ser textos jurídicos formales que tienen efecto vinculante para determinar los derechos y/o las obligaciones de todas las partes contratantes.

7.61 Por otra parte, consideramos importante que todos los demás instrumentos enumerados en el párrafo 1 del Anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC presenten las características comunes indicadas más arriba. Así, además del texto del GATT de 1947 rectificado, enmendado o modificado y de los instrumentos jurídicos cuyas características estamos considerando ahora, los demás instrumentos que se indica que forman parte del GATT de 1994 son una serie de Entendimientos formales relativos a la interpretación del GATT de 1994, los textos que formaban parte del Acta Final en la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay y de negociaciones comerciales multilaterales⁶²⁷, y el Protocolo de Marrakech anexo al GATT de 1994. También en este caso se trata de textos jurídicos formales que tienen efecto vinculante para determinar los derechos y/o las obligaciones de las partes en ellos. Así pues, el contexto del párrafo 1 b) confirma nuestra interpretación del alcance de la expresión "instrumento jurídico" tal como se utiliza en ese párrafo.

7.62 Finalmente, consideramos que la forma en que entendemos el alcance de los instrumentos incluidos en el párrafo 1 b) es procedente, habida cuenta de las repercusiones que tiene la inclusión de un texto en ese párrafo. Como se recordará, el GATT de 1994 "comprenderá" los elementos indicados en el párrafo 1 del Anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC. En otras palabras, los instrumentos indicados en el párrafo 1 pasan efectivamente a formar parte del GATT de 1994, tienen un rango jurídico igual al de las disposiciones del propio GATT de 1947 y, por consiguiente, se convierten en "parte integrante" del Acuerdo sobre la OMC y pasan a ser "vinculantes [...] para todos [los] Miembros" conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC. A nuestro juicio, la finalidad del texto del Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC, era transponer al sistema de la OMC los derechos y las obligaciones de las partes contratantes del GATT de 1947. No consideramos que ese texto deba interpretarse en el sentido de que haga jurídicamente vinculantes para todos los Miembros de la OMC las decisiones de las PARTES CONTRATANTES que carecían de ese carácter en el marco del GATT de 1947. Así pues, la interpretación de la expresión "instrumento jurídico" indicada más arriba es, a nuestro entender, plenamente compatible con el objeto y el fin del texto del Anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC.

⁶²⁷ MTN/FA (15 de diciembre de 1993).

7.63 En resumen, concluimos que, para que una decisión de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 forme parte del GATT de 1994 en el sentido del párrafo 1 b) iv), esa decisión ha de ser un instrumento jurídico en el sentido de las palabras iniciales del párrafo 1 b), es decir, ha de ser un texto jurídico formal que represente una determinación jurídicamente vinculante con respecto a los derechos y/o las obligaciones de aplicación general a todas las partes contratantes del GATT de 1947.

7.64 Aplicando esta interpretación a la cuestión que nos ocupa, tenemos que estudiar si el Entendimiento de 1981 era de hecho un texto jurídico formal que tenía efectos jurídicos vinculantes para todas las partes contratantes del GATT de 1947. Los Estados Unidos han calificado el Entendimiento de 1981 en el sentido de que representa una "acción colectiva", en el contexto del párrafo 1 del artículo XXV del GATT de 1947, que "equivale a una interpretación autorizada de un acuerdo de la OMC por la Conferencia Ministerial". En otras palabras, los Estados Unidos consideran que el Entendimiento de 1981 era una interpretación del párrafo 1 del artículo XVI que era jurídicamente vinculante para todas las partes contratantes del GATT de 1947.⁶²⁸

7.65 Ahora bien, las PARTES CONTRATANTES, al adoptar el Entendimiento de 1981, ¿tomaron efectivamente una decisión que era jurídicamente vinculante para todas las partes contratantes del GATT de 1947? El examen del texto del propio Entendimiento de 1981 no es concluyente. Como se ha señalado más arriba, en el Entendimiento de 1981 se estipula que el Consejo del GATT de 1947 adoptó los informes de ciertos Grupos de expertos "en [un] entendimiento [...] con respecto a estos casos, y de una manera general" (se han añadido las cursivas). En consecuencia, aunque el Entendimiento está formulado primordialmente desde el punto de vista de la solución de ciertas diferencias, las palabras "de una manera general" pueden interpretarse en el sentido de que extienden su aplicación más allá de las diferencias en cuestión. Al mismo tiempo, el Entendimiento de 1981 no está redactado en los términos imperativos que generalmente caracterizan a los instrumentos jurídicos vinculantes. En el Entendimiento se utilizan palabras tales como "*should not be regarded as export activities*" ("ni deben considerarse como actividades de exportación") y "*should for tax purposes be*" ("deberán ser, a los efectos fiscales,") mientras que en un instrumento jurídico vinculante sería de suponer que se emplease el término "*shall*" (deberán). Además, cabe afirmar que las palabras "en el entendimiento de que" y "Queda asimismo entendido que" (en vez de, por ejemplo, "las PARTES CONTRATANTES acuerdan" o "las PARTES CONTRATANTES deciden") hace pensar en la naturaleza no vinculante del Entendimiento. Finalmente, aunque esto no es en modo alguno decisivo, el Entendimiento no está formulado con la precisión que cabría esperar de un instrumento jurídico vinculante.

7.66 Dado que el texto del Entendimiento de 1981 no nos permite resolver claramente la cuestión de su condición jurídica, consideramos que procede que examinemos las circunstancias en que se adoptó ese Entendimiento. Sólo de esa forma podremos llegar a una conclusión sobre las repercusiones jurídicas exactas del Entendimiento de 1981.

7.67 El Consejo del GATT de 1947 no indica la base jurídica en que se funda el Entendimiento de 1981. No obstante, recordamos que el Consejo estaba obligado a informar a las PARTES CONTRATANTES sobre las cuestiones estudiadas entre los períodos de sesiones de las PARTES

⁶²⁸ Cabe señalar que, a diferencia del Acuerdo sobre la OMC, en ninguna parte del GATT de 1947 se confiere expresamente a las PARTES CONTRATANTES la facultad de hacer "interpretaciones" del GATT de 1947, y, aunque las partes contratantes parecen haber reconocido ampliamente esa facultad, desde el punto de vista jurídico no está totalmente clara su existencia. Véase John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (Bobs-Merrill, 1969), sección 5.5 ("En resumen, aunque un cuidadoso análisis jurídico en el que se tengan particularmente en cuenta los trabajos preparatorios podría llevar a la conclusión de que las PARTES CONTRATANTES del GATT no tienen la facultad jurídica de hacer interpretaciones vinculantes del Acuerdo General, en la práctica las PARTES CONTRATANTES hacen interpretaciones, y parece haber notablemente pocas objeciones a esas interpretaciones".).

CONTRATANTES. En el informe del Consejo a las PARTES CONTRATANTES, cuya adopción constituía la aprobación por las PARTES CONTRATANTES de las medidas tomadas por el Consejo, se informaba en detalle sobre los debates del Consejo y sobre su adopción del Entendimiento de 1981.⁶²⁹ La cuestión figuraba dentro del punto 15 del informe del Consejo, titulado "Recurso a los artículos XXII y XXIII". El informe del Consejo fue aprobado por las PARTES CONTRATANTES sin que éstas procedieran a ningún debate sobre el Entendimiento de 1981.⁶³⁰ En resumen, así como el Entendimiento de 1981 estaba formulado en términos generales que iban más allá de las diferencias concretas que se estudiaban, el mecanismo con arreglo al cual las PARTES CONTRATANTES aprobaron el Entendimiento se refería esencialmente a la solución de diferencias para facilitar la resolución de ciertas controversias. Esto llevaría a pensar que el Entendimiento de 1981 se adoptó para dirimir las diferencias de los asuntos *Legislación fiscal* entre las partes en esas diferencias, más que para establecer derechos y obligaciones que fuesen jurídicamente vinculantes para todas las partes contratantes.⁶³¹

7.68 Aún más importante, en nuestra opinión, es tener en cuenta las circunstancias reales en que el Consejo adoptó el Entendimiento de 1981, ya que constituyen la prueba más fiable de lo que el Consejo creía que estaba haciendo al adoptar ese Entendimiento. A nuestro juicio, el elemento más importante que hay que estudiar al considerar esta cuestión es la declaración hecha por el Presidente del Consejo en relación con la adopción del Entendimiento. Esa declaración incluye las siguientes palabras:

"Por último, el Presidente observó que la adopción de estos informes, junto con el entendimiento, no afectaba a los derechos y obligaciones que incumbían a las partes contratantes en virtud del Acuerdo General."⁶³²

Los Estados Unidos afirman que esas palabras significan sencillamente que el Consejo estaba tratando de "restablecer" o confirmar la forma en que interpretaba el párrafo 4 del artículo XVI, interpretación que había sido alterada por los informes de los Grupos de expertos sobre los asuntos *Legislación fiscal*.⁶³³ Sin embargo, no creemos que se pueda descartar tan fácilmente esa declaración. A nuestro juicio, sencillamente no es posible conciliar la opinión de que el Consejo estaba haciendo una "interpretación autorizada" (es decir, jurídicamente vinculante) del párrafo 4 del artículo XVI con unas palabras que indican que el Entendimiento de 1981 "no afectaba a los derechos y obligaciones que incumbían a las partes contratantes en virtud del Acuerdo General". En nuestra opinión, una interpretación que fuese jurídicamente vinculante para todas las partes contratantes "afectaría", por su propia naturaleza vinculante, a los derechos y obligaciones que incumben a las partes contratantes en

⁶²⁹ Consejo de Representantes, *Informe sobre la labor realizada desde el trigésimo séptimo período de sesiones*, L/5414, de 12 de noviembre de 1982.

⁶³⁰ PARTES CONTRATANTES, trigésimo octavo período de sesiones, *Acta de la primera sesión*, SR.38/1, de 15 de diciembre de 1982.

⁶³¹ Como lo explicó el Órgano de Aplicación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 1º de noviembre de 1996, páginas 16 y 17, en el marco del GATT de 1947 "las conclusiones y recomendaciones formuladas en un informe adoptado de un grupo especial eran obligatorias para las partes en litigio en ese caso concreto, pero los grupos especiales posteriores no se consideraban jurídicamente constreñidos por las consideraciones detalladas y el razonamiento de un informe de un grupo especial anterior". (Se han omitido las notas de pie de página.)

⁶³² *Legislación fiscal*, L/5271, 7 y 8 de diciembre de 1981.

⁶³³ Nota de pie de página 341 *supra*.

virtud del Acuerdo General, incluso si esa interpretación sirviese simplemente para "aclarar" el alcance exacto de esos derechos y obligaciones. Por consiguiente, a nuestro juicio esa declaración demuestra que no se creía que el Entendimiento de 1981 fuese jurídicamente vinculante para todas las partes contratantes.

7.69 ¿Qué valor debe atribuirse a la declaración del Presidente al juzgar la condición jurídica del Entendimiento de 1981? Aunque se señala que la declaración del Presidente se hizo "Tras la adopción de estos informes", es evidente que el Entendimiento y la declaración que lo acompaña formaban parte de una única propuesta integrada y que la declaración no representaba observaciones hechas improvisadamente *a posteriori* por el Presidente. De hecho, los proyectos del Entendimiento de 1981, que sirvieron de base para el examen del entendimiento propuesto y que se distribuyeron a todos los miembros del Consejo con antelación a la reunión en la que se adoptó el Entendimiento de 1981, incluían tanto el propio Entendimiento de 1981 como la declaración del Presidente.⁶³⁴ La frase que precede al proyecto de entendimiento y a la declaración del presidente que lo acompaña dice lo siguiente:

"El texto siguiente se ha preparado como resultado de consultas informales entre las delegaciones interesadas y se distribuye a los miembros del Consejo para que lo examinen."

Por otra parte, es notable que el Entendimiento de 1981 y la declaración del Presidente que lo acompañaba se publicasen juntos en su totalidad en el documento L/5271 y posteriormente en los Instrumentos Básicos y Documentos Diversos.⁶³⁵ Por consiguiente, es indudable que la declaración del Presidente, incluyendo las advertencias analizadas más arriba, formaba parte integrante del conjunto acordado por las partes contratantes, y hemos de tenerla muy en cuenta al resolver si el Entendimiento de 1981 era un texto jurídico formal que representaba una determinación jurídicamente vinculante con respecto a los derechos y/o las obligaciones de aplicación general a todas las partes contratantes del GATT de 1947.

7.70 El significado de la declaración del Presidente y la importancia que las partes contratantes le atribuyeron se reflejan claramente en las intervenciones hechas por las delegaciones tanto antes como después de adoptarse el Entendimiento de 1981. Dos de las tres delegaciones que hicieron uso de la palabra antes de adoptarse el Entendimiento de 1981 se refirieron a la declaración del Presidente, y las Comunidades Europeas declararon lo siguiente:

"en el documento C/W/376/Rev.1 se menciona explícitamente que la adopción de esos informes, junto con el proyecto de entendimiento, no afecta a los derechos y obligaciones que incumben a las partes contratantes en virtud del Acuerdo General".⁶³⁶

Los Estados Unidos y el Canadá también se refirieron expresamente a la declaración hecha por el Presidente antes de adoptarse el Entendimiento de 1981. El representante del Canadá señaló que "en el proyecto de entendimiento se afirma que la adopción de los informes, incluido el informe del Grupo de expertos sobre la DISC, no menoscaba los derechos y obligaciones dimanantes del párrafo 4 del artículo XVI", declaración que fue apoyada por el representante de los Estados Unidos.

⁶³⁴ Punto 4 del orden del día, C/W/376/Rev.1, de 8 de diciembre de 1981.

⁶³⁵ IBDD 28S/121.

⁶³⁶ C/M/154, de 28 de enero de 1982, página 6.

7.71 La intervención del Brasil es notable, porque en ella se abordó exactamente la cuestión que está estudiando actualmente el Grupo Especial:

"El representante del Brasil dice que su delegación no se opuso al consenso de adoptar una decisión al respecto, porque no quería obstaculizar la solución de un viejo y grave problema del GATT, pero no puede apoyarlo porque es objetable por dos razones, por lo menos. En lo tocante a la sustancia, el entendimiento es sobremanera críptico. Además, la decisión pretende dar una interpretación que, aunque aplicable solamente a las partes que han suscrito el párrafo 4 del artículo XVI, es de carácter general. Su Gobierno entiende que, a tenor de las normas vigentes, las decisiones sobre los casos sometidos al sistema de solución de diferencias del GATT deben limitarse exclusivamente a esos casos. En la práctica del GATT, las interpretaciones generales se formulan por otros conductos. Se reserva todos los derechos de su país, en virtud del Acuerdo General y de los acuerdos de las NCM de los que sea signatario el Brasil."⁶³⁷

Los Estados Unidos consideran que esa declaración establece que, pese a las reservas del Brasil, el Entendimiento de 1981 fue aceptado por el Consejo como interpretación vinculante para todas las partes contratantes. Sin embargo, a nuestro juicio la intervención del Brasil demuestra la renuencia de algunas partes contratantes a aceptar que el Entendimiento de 1981 fuera una interpretación vinculante para todas las partes contratantes y explica por qué la declaración del Presidente contenía la advertencia estudiada más arriba. En resumen, el Brasil aceptó el Entendimiento de 1981 como solución de ciertas diferencias, pero nada más.

7.72 Los Estados Unidos señalan que la intervención de Chile confirma que el Entendimiento de 1981 era una interpretación jurídicamente vinculante para todas las partes contratantes y no meramente la base para la solución de ciertas diferencias. Específicamente, el representante de Chile declaró que "*hubiera sido más apropiado adoptar un entendimiento con un enfoque más judicial que legislativo, como parece ser el presente caso*"⁶³⁸ (las cursivas han sido añadidas por los Estados Unidos). Ahora bien, los Estados Unidos no mencionan la frase inmediatamente anterior a la que citan, en la que el representante de Chile declara lo siguiente:

"su delegación ha tomado nota de que los derechos y obligaciones dimanantes del Acuerdo General no resultan afectados ni menoscabados en modo alguno por el entendimiento ni por los informes de los grupos de expertos adoptados."⁶³⁹

7.73 Los Estados Unidos señalan también que los debates sobre las sociedades DISC habidos en el Consejo después de adoptarse el Entendimiento de 1981 confirman que "los miembros [del Consejo] consideraban que [el Entendimiento de 1981] era una 'decisión' sustantiva del Consejo y no simplemente la adopción rutinaria del informe de un grupo especial".⁶⁴⁰ Sin embargo, no es nada sorprendente que las Comunidades Europeas y otras partes contratantes se refiriesen al Entendimiento de 1981 en los debates sobre las DISC y que criticasen a las DISC por no ser conformes a ese Entendimiento. Después de todo, las DISC eran una de las medidas en litigio en los informes de los Grupos de expertos que estudiaron el asunto *Legislación fiscal*, y la finalidad de una decisión adoptada con arreglo al artículo XXIII es exactamente resolver una diferencia particular. Así pues, no

⁶³⁷ *Ibid.*, página 8.

⁶³⁸ *Ibid.*, página 8.

⁶³⁹ *Ibid.*, página 8.

⁶⁴⁰ Párrafo 4.1168 *supra*.

vemos que haya ninguna incoherencia entre, por una parte, la opinión de que el Entendimiento de 1981 no estableció unos derechos y obligaciones de aplicación general y vinculantes para todas las partes contratantes del GATT de 1947 y, por otra, los debates mencionados por los Estados Unidos.

7.74 En conclusión, consideramos que las circunstancias que rodearon la adopción del Entendimiento de 1981 y, en particular, la declaración hecha por el Presidente, declaración que era inseparable del propio Entendimiento de 1981, indican que el Entendimiento no era un instrumento jurídico con fuerza jurídica vinculante para todas las partes contratantes. A nuestro juicio, parece que la advertencia hecha en la declaración del Presidente era un requisito *sine qua non* para que el Consejo adoptase el Entendimiento. En estas circunstancias, no sería procedente que llegásemos a la conclusión de que el Entendimiento de 1981 era una de "las demás decisiones" en el sentido del párrafo 1 b) iv) del Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1947 al Acuerdo sobre la OMC.

7.75 Cuestión de si el Entendimiento de 1981 representa una práctica ulteriormente seguida. En su primera comunicación, los Estados Unidos afirman que el Entendimiento de 1981 no sólo es una de "las demás decisiones" que, por lo tanto, forma parte del GATT de 1994, sino que también constituye una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados "en relación con el párrafo 4 del artículo XVI del GATT, en su forma modificada por el Código de Subvenciones".⁶⁴¹ Desde luego, el Entendimiento de 1981 no podía representar una práctica ulteriormente seguida con respecto al GATT de 1994, sino, solamente, a lo sumo, con respecto al GATT de 1947. En todo caso, consideramos que el Entendimiento de 1981 no es una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido de la Convención de Viena por la misma razón por la que no forma "parte" del GATT de 1994. A este respecto, recordamos que, conforme al párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena, el intérprete ha de tener en cuenta, juntamente con el texto, "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado". Aquí hemos visto que el Entendimiento de 1981 estaba condicionado por la declaración del Presidente del Consejo del GATT de 1947 en el sentido de que el Entendimiento "no afectaba a los derechos y obligaciones que incumbían a las partes contratantes en virtud del Acuerdo General", y es evidente que muchas partes contratantes consideraron que esa importante advertencia era fundamental para la adopción del Entendimiento. Considerar el Entendimiento de 1981 como una práctica ulteriormente seguida "por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación" del GATT de 1947 no sería compatible con esa declaración explícita.

7.76 Cuestión de si el Entendimiento de 1981 es una "decisión" en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. Habiendo llegado a la conclusión de que el Entendimiento de 1981 no forma parte del GATT de 1994, tenemos que considerar seguidamente el argumento de los Estados Unidos de que el Entendimiento de 1981 representa una "decisión" en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC por la que se regirá la OMC. A este respecto, recordamos que el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC dispone lo siguiente:

"Salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo."

7.77 Como se ha señalado anteriormente⁶⁴², consideramos que el Entendimiento de 1981 representa de hecho una "decisión" de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947. Además, el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC no se limita, a primera vista, a las decisiones

⁶⁴¹ Párrafo 4.380 *supra*.

⁶⁴² Párrafos 7.55 a 7.56 *supra*.

que adopten la forma de "instrumentos jurídicos", sino que, antes bien, se aplica a todas las decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 (incluyendo las decisiones de adoptar informes de grupos especiales), así como a los procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES.⁶⁴³ Así pues, llegamos a la conclusión de que el Entendimiento de 1981 es una decisión en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

7.78 A nuestro juicio, la diferencia entre la serie de medidas, definidas más particularmente, comprendidas en el ámbito del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, por una parte, y la lista de "instrumentos jurídicos" que forman parte del GATT de 1994 con arreglo al Anexo 1A, por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC, por otra, se explica por las diferentes repercusiones de esas dos disposiciones. La inclusión de una decisión en el texto del Anexo 1A significa que esa decisión pasa efectivamente a formar parte del GATT de 1994 y, por ende, del Acuerdo sobre la OMC. En cambio, la inclusión de una decisión en el ámbito del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC significa que la OMC "se regirá" por esa decisión. Una decisión que forme parte del GATT de 1994 es jurídicamente vinculante para todos los Miembros de la OMC (en la medida en que no esté en conflicto con una disposición de otro de los acuerdos mencionados en el Anexo 1A), mientras que una decisión por la que se deba regir la OMC no es jurídicamente vinculante, a nuestro juicio, sino que sirve de orientación a la OMC.⁶⁴⁴ Es importante observar que, como explicó el Órgano de Apelación, los informes adoptados de grupos especiales deben tenerse en cuenta "cuando son pertinentes para una diferencia".⁶⁴⁵ A nuestro juicio, esta consideración se aplica igualmente a cualesquiera otras decisiones, procedimientos o práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947.⁶⁴⁶

7.79 Aunque hemos constatado que el Entendimiento de 1981 es una decisión comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, no creemos que el Entendimiento de 1981, que se refiere a los asuntos *Legislación fiscal*, sea de hecho *pertinente* en esta diferencia. A este respecto, recordamos que las reclamaciones que se examinan aquí se refieren a infracciones de la Parte II del Acuerdo SMC. Los asuntos *Legislación fiscal*, y por ende el Entendimiento de 1981, se refieren al párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Los Estados Unidos consideran que los informes de los Grupos de expertos que estudiaron los asuntos *Legislación*

⁶⁴³ Ciertamente, número de grupos especiales han constatado explícita o implícitamente que los informes adoptados de grupos especiales creados en el marco del GATT de 1947 están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. Véase, por ejemplo, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, informe del Grupo Especial adoptado, con las modificaciones introducidas por el informe del Órgano de Apelación, el 16 de enero de 1998, WT/DS50/R, párrafo 7.19, y *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, informe del Grupo Especial adoptado, con las modificaciones introducidas por el informe del Órgano de Apelación, el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/R/USA, párrafo 7.40.

⁶⁴⁴ En lo que se refiere a la condición jurídica de los informes adoptados de grupos especiales, el Órgano de Apelación, en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* (página 18), explicó lo siguiente:

"Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio."

⁶⁴⁵ *Japón - Bebidas alcohólicas*, página 18.

⁶⁴⁶ Como ejemplo extremo, se puede indicar que es sumamente improbable que el Entendimiento de 1981 sirva de orientación útil para la interpretación del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

fiscal son pertinentes para la interpretación del Acuerdo SMC porque el Acuerdo SMC es una "interpretación" del párrafo 4 del artículo XVI y porque "si se examina el texto del Acuerdo SMC resulta claro que no deben ser interpretados el Acuerdo SMC y el artículo XVI aislando el uno del otro".⁶⁴⁷ Sin embargo, a nuestro juicio no sería procedente considerar que un entendimiento relativo a la aplicación del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 es pertinente a los efectos de unas reclamaciones basadas en el Acuerdo SMC, tanto porque el párrafo 4 del artículo XVI difiere radicalmente de las disciplinas establecidas en materia de subvenciones a la exportación en el Acuerdo SMC como porque las propias partes contratantes limitaron el ámbito de su actuación al párrafo 4 del artículo XVI. Consideremos estas cuestiones una tras otra.

7.80 Primero, hacemos notar que las disposiciones del acuerdo SMC que tenemos que interpretar en esta diferencia difieren radicalmente de las del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Por ejemplo, una cuestión fundamental en esta diferencia es si los ingresos condonados "que en otro caso se percibirían", en el sentido del párrafo 1 a) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, son tales que puede existir una contribución financiera (y por consiguiente una subvención potencial) en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. Aunque los Estados Unidos desearían que nos remitiésemos al Entendimiento de 1981 para deducir el significado de esa disposición, las palabras "que en otro caso se percibirían" no aparecen en ninguna parte del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Tampoco aparece en ese párrafo la expresión "contribución financiera". De hecho, en ninguna parte del artículo XVI del GATT de 1947 hay absolutamente ninguna definición del término "subvención". Antes bien, ese término se define por primera vez en el contexto del GATT/OMC en el artículo 1 del Acuerdo SMC, y generalmente se considera que la inclusión de esa definición detallada y completa del término "subvención" representa una de las realizaciones más importantes de la Ronda Uruguay en la esfera de las disciplinas en materia de subvenciones.⁶⁴⁸ En estas circunstancias, a nuestro juicio sería improcedente atribuir importancia alguna, al interpretar la definición de subvención que figura en el artículo 1 del Acuerdo SMC, a un entendimiento relativo al párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 que se adoptó más de un decenio antes de que se formulase esa definición.

7.81 Existe una situación similar en lo que se refiere al concepto de "subvención a la exportación" expresado en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. El párrafo 1 a) del artículo 3 contiene una definición exacta del concepto de "subvención a la exportación", subvenciones que están prohibidas por el Acuerdo SMC. Aunque desde luego es cierto que el párrafo 4 del artículo XVI contiene una prohibición de lo que cabría denominar "subvenciones a la exportación", de hecho en el texto del párrafo 4 del artículo XVI nunca se utiliza la expresión "subvención a la exportación", ni mucho menos se define esa expresión. Antes bien, el párrafo 4 del artículo XVI dispone que las partes contratantes "dejarán de conceder directa o indirectamente toda subvención, de cualquier naturaleza que sea, a la exportación de cualquier producto que no sea un producto primario y que tenga como consecuencia rebajar su precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar". Así pues, la redacción del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC que hay que interpretar en esta diferencia no tiene ningún equivalente en el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ Párrafo 4.679 *supra*.

⁶⁴⁸ Véase, por ejemplo, C. Pouncey y K. J. Kuilwijk, *WTO Disciplines on Subsidies: An Overview of Residual Problems - Part I*, en *International Trade Law and Regulation*, volumen 4, número 5 (octubre de 1998), página 173.

⁶⁴⁹ Reconocemos que el apartado c) de la "lista de 1960" que figura en el informe del Grupo de Trabajo relativo a las disposiciones del párrafo 4 del artículo XVI (IBDD 9S/199), aunque no forma parte del texto del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947, es similar, aunque no idéntico en modo alguno, al punto e) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC. No obstante, señalamos que el punto e) de la Lista ilustrativa es idéntico -excepto en lo que se refiere a ciertos aspectos de la nota de pie de página 59- al texto equivalente del

7.82 No queremos dar a entender que el artículo XVI del GATT de 1994 haya de algún modo pasado a ser jurídicamente inoperante o simplemente haya sido sustituido por el Acuerdo SMC. La afirmación hecha por el Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Coco desecado* en el sentido de que "los negociadores del *Acuerdo sobre Subvenciones* tenían evidentemente el propósito de que, en el marco integrado del *Acuerdo sobre la OMC*, los derechos compensatorios pudiesen imponerse solamente de conformidad con las disposiciones de la Parte V del *Acuerdo sobre Subvenciones* y el artículo VI del GATT de 1994, considerados conjuntamente"⁶⁵⁰, es, a nuestro juicio, igualmente aplicable a la relación entre la Parte II del Acuerdo SMC y el artículo XVI del GATT de 1994. Así pues, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que "no deben ser interpretados el Acuerdo SMC y el artículo XVI aislando el uno del otro".⁶⁵¹ Ahora bien, esto demuestra precisamente el problema que se plantea al basarse en un análisis del párrafo 4 del artículo XVI hecho en un momento en que aún no existía el Acuerdo SMC. A nuestro juicio, el informe sobre el asunto *Brasil - Coco desecado* refuerza, de hecho, la opinión de que el artículo VI del GATT de 1994 no puede invocarse independientemente del Acuerdo SMC porque, como explica el Órgano de Apelación, "El *Acuerdo sobre Subvenciones* contiene una serie de derechos y obligaciones que va mucho más allá de la mera aplicación e interpretación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT de 1947".⁶⁵² Por consiguiente, el informe sobre el asunto *Brasil - Coco desecado* confirma la proposición, que consideramos evidente, de que los principios jurídicos dimanantes del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947, interpretados aisladamente y sin recurrir a las disposiciones detalladas del Acuerdo SMC sobre los conceptos de "subvención" y de "subvención a la exportación", poco o nada pueden servir de orientación para entender el alcance de las obligaciones impuestas a los Miembros por el Acuerdo SMC en lo que se refiere a las subvenciones a la exportación.

7.83 Además, hacemos notar que las propias PARTES CONTRATANTES limitaron los efectos del Entendimiento de 1981 al párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947 y señalaron que no era pertinente para la interpretación del instrumento en que entonces se desarrollaba el artículo XVI: el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio.⁶⁵³ Específicamente, el Presidente del Consejo, en la declaración que hizo en relación con la adopción del Entendimiento de 1981,

"Observó igualmente que esta decisión no afectaba al Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII, ni resultaba afectada por él".⁶⁵⁴

Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio, y que, como se analiza más abajo, la declaración del Presidente que acompaña al Entendimiento de 1981 impedía explícitamente que se utilizase el Entendimiento de 1981 para interpretar el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio.

⁶⁵⁰ *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 20 de marzo de 1997, página 18.

⁶⁵¹ Párrafo 4.679 *supra*.

⁶⁵² *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AD/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 20 de marzo de 1997, página 19.

⁶⁵³ Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

⁶⁵⁴ *Legislación fiscal*, 28S/121, 7 y 8 de diciembre de 1981. Los Estados Unidos han argumentado que, "Puesto que el Código de Subvenciones era un acuerdo que interpretaba, entre otras cosas, el artículo XVI, [el Entendimiento de 1981] hubiera sido igualmente aplicable a las disposiciones del Código de Subvenciones [...]. Así pues, al iniciarse la Ronda Uruguay, el programa relativo a las EVE estaba protegido por [el Entendimiento de 1981], con arreglo tanto al artículo XVI como al Código de Subvenciones". Segunda comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, nota de pie de página 47. Evidentemente, esta posición no puede conciliarse

7.84 Ya hemos explicado por qué consideramos que el Entendimiento de 1981 no puede interpretarse sin remitirse a la declaración del Presidente. A nuestro juicio sería incongruente, como mínimo, que se pudiera recurrir al Entendimiento de 1981 para interpretar el Acuerdo SMC cuando en la declaración del Presidente se descartaba expresamente que se recurriese a él para interpretar el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio que, prácticamente si no jurídicamente, es el acuerdo predecesor del Acuerdo SMC. Ese es particularmente el caso, habida cuenta de que el texto de la nota de pie de página 59 del Acuerdo SMC, en el que tanto se basa la defensa de los Estados Unidos en esta diferencia, se ha tomado literalmente de la nota de pie de página 2 del punto e) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación que figura en un anexo del Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio.

7.85 En conclusión, no consideramos que el Entendimiento de 1981 forme parte del GATT de 1994 ni que represente una práctica ulteriormente seguida en la aplicación del GATT de 1947 por la cual conste el Acuerdo de las partes contratantes acerca de su interpretación. A nuestro juicio, el Entendimiento de 1981 es una "decisión" en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC por la que "se regirá" la OMC en la medida en la que ello sea pertinente. Sin embargo, estimamos que el Entendimiento de 1981 no puede servir de orientación para entender disposiciones detalladas del Acuerdo SMC que no existían cuando se adoptó el Entendimiento.⁶⁵⁵

iii) *La nota de pie de página 59 como contexto para la interpretación del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1*

7.86 La referencia hecha por los Estados Unidos al Entendimiento de 1981 forma parte de un argumento más amplio en el sentido de que cualesquiera ingresos condonados como resultado de las exenciones concedidas a las EVE no son ingresos "que en otro caso se percibirían" porque son atribuibles a "procesos económicos en el extranjero". En opinión de los Estados Unidos, el "principio jurídico rector" que sirve de "punto de partida analítico" en esta diferencia es que "los Miembros no están obligados a gravar los ingresos imputables a actividades económicas en el extranjero".⁶⁵⁶ Los Estados Unidos consideran que como, conforme a ese "principio jurídico rector", los Miembros no están obligados a gravar los ingresos atribuibles a actividades económicas realizadas en el extranjero, los ingresos públicos procedentes de tales ingresos no son ingresos "que en otro caso se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. A juicio de los Estados Unidos, el programa relativo a las EVE, como meramente exime de impuestos a ciertos ingresos obtenidos con tales procesos económicos en el extranjero, no entraña la condonación de ingresos "que en otro caso se percibirían".⁶⁵⁷

con la declaración del Presidente en el sentido de que el Entendimiento de 1981 "no afectaba al [Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio] ni resultaba afectad[o] por él".

⁶⁵⁵ Señalamos que el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC dispone que la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 "Salvo disposición en contrario en el [Acuerdo sobre la OMC] o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales". Como estimamos que el Entendimiento de 1981 no es pertinente a los efectos de esta diferencia, no tenemos que abordar ni abordamos la cuestión de si el Acuerdo SMC contiene una "disposición en contrario" de lo estipulado en el Entendimiento de 1981, en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

⁶⁵⁶ Párrafo 4.523 *supra*.

⁶⁵⁷ Los Estados Unidos afirman que ese principio jurídico es pertinente para determinar tanto si existe una subvención en el sentido del artículo 1 como si existe una subvención a la exportación en el sentido del artículo 3. Estudiamos esta última cuestión en la sección VII.B.4 c) *infra*.

7.87 Los Estados Unidos infieren ese "criterio jurídico rector" de dos fuentes que consideran que son el contexto en el sentido del párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁶⁵⁸ Como hemos visto, la primera fuente utilizada como contexto pertinente es el Entendimiento de 1981, que los Estados Unidos estiman que forma parte del GATT de 1994. Ahora bien, por las razones expuestas más arriba, no consideramos que el Entendimiento de 1981 forme "parte del GATT de 1994" ni que, por consiguiente, constituya parte del contexto del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC en el sentido del párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena. Sin embargo, los Estados Unidos argumentan también que el mismo "criterio jurídico rector" (es decir, que no es obligatorio gravar los ingresos obtenidos con actividades económicas realizadas en el extranjero) puede inferirse de la nota de pie de página 59 del punto e) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación. En consecuencia, pasamos ahora a esa nota.

7.88 Como se recordará, el Anexo I del Acuerdo SMC contiene una Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación ("Lista ilustrativa"). En el punto e) de la Lista ilustrativa se identifica como subvención a la exportación:

"La exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos⁵⁸ o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales."⁵⁹

⁵⁸ [Se omite la nota de pie de página.]

⁵⁹ Los Miembros reconocen que el aplazamiento no constituye necesariamente una subvención a la exportación en los casos en que, por ejemplo, se perciben los intereses correspondientes. Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia. Todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. En tales circunstancias, los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los Miembros se derivan del GATT de 1994, con inclusión del derecho de consulta establecido en la frase precedente.

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."

7.89 Los Estados Unidos consideran que de la nota de pie de página 59 hay que deducir que no es obligatorio gravar las actividades económicas realizadas en el extranjero. A juicio de los Estados Unidos:

"El corolario forzoso de la nota de pie de página 59 es que los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero pueden estar exentos del pago de impuestos directos. Si no fuera así, no tendría aplicación el principio de las condiciones de plena competencia. El principio de la plena competencia impide que se transfieran impropiamente ingresos entre partes o funciones. En el contexto de las transacciones

⁶⁵⁸ El párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena dispone que "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

de exportación, el principio se centra en garantizar que los ingresos debidamente atribuibles a actividades económicas realizadas *dentro* de la jurisdicción fiscal no se desvíen a otra jurisdicción. Si se interpretara el Acuerdo SMC en el sentido de que los ingresos atribuibles a actividades económicas tanto en el extranjero como en el país fueran gravadas por la autoridad fiscal, no tendría importancia la desviación de ingresos entre partes vinculadas (ya que no se obtendría ventaja fiscal alguna) y quedarían desprovistas de sentido las partes pertinentes de la nota de pie de página. Por lo tanto, en la nota de pie de página 59 está implícito el ya antiguo principio de que no es obligatorio gravar los ingresos procedentes de actividades económicas realizadas en el extranjero."⁶⁵⁹

Los Estados Unidos estiman además que esa nota de pie de página forma parte del contexto del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC y que, si se tiene en cuenta ese contexto, hay que llegar a la conclusión de que los ingresos obtenidos con tales actividades económicas realizadas en el extranjero no pueden ser ingresos "que en otro caso se percibirían".

7.90 Hacemos notar que la utilización de una nota de pie de página a un párrafo de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación como contexto para interpretar el artículo 1 del Acuerdo SMC plantea ciertos problemas de interpretación. Desde luego, es indudable que el texto del artículo 1 ha de interpretarse en su contexto y que ese contexto incluye la totalidad del Acuerdo SMC (y, de hecho, el Acuerdo sobre la OMC en su totalidad).⁶⁶⁰ Dicho esto, consideramos que la medida en que una disposición constituye un contexto *pertinente* y la importancia que hay que atribuir a un elemento del contexto diferirán de un asunto a otro y pueden depender de, entre otras cosas, la relación entre la disposición que se esté interpretando y la disposición que se utilice como contexto. En esta sección del informe estamos estudiando los argumentos de los Estados Unidos concernientes a la interpretación de la definición de "subvención", que figura en el artículo 1 del Acuerdo SMC. En cambio, la nota de pie de página 59 se refiere a la Lista ilustrativa de subvenciones a la *exportación*, por lo que evidentemente es más pertinente para determinar cuándo una medida es una *subvención a la exportación* que para determinar si es una *subvención*. Por otra parte, hay que señalar que la mayoría de los elementos de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, incluyendo las partes pertinentes de la nota de pie de página 59, existían ya en el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio, mucho antes de que se crease ninguna definición del término "subvención". Así pues, como mínimo hemos de proceder con considerable cautela al utilizar la Lista ilustrativa como contexto para la interpretación del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶⁶¹

7.91 La opinión de los Estados Unidos de que la nota de pie de página 59 se basa en el supuesto de que "los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero pueden estar exentos del pago de impuestos directos" no carece de cierta fuerza de persuasión. En efecto, sería difícil comprender la razón por la cual se haría referencia en la segunda frase de la referida nota al principio de la plena competencia, si se exigiese a los Miembros de la OMC que gravasen todos los ingresos procedentes de los procesos económicos en el extranjero. En otras palabras, si los Miembros de la OMC debiesen

⁶⁵⁹ Párrafo 4.366 *supra*.

⁶⁶⁰ *Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un megabit como mínimo procedentes de Corea*, WT/DS99/R, informe del Grupo Especial adoptado el 19 de marzo de 1999, párrafo 6.21.

⁶⁶¹ Se debe observar que la nota de pie de página 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC se refiere a, entre otras cosas, la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación en relación con la cuestión de cuándo las exenciones o remisiones de derechos y de impuestos indirectos representan una subvención en el sentido del artículo 1. Evidentemente, esa nota no es aplicable en el contexto de esta diferencia, que se refiere a la cuestión de los impuestos directos.

gravar todos los ingresos de todas las entidades, derivados de actividades realizadas dentro del territorio del Miembro de que se trate o de actividades realizadas fuera del mismo, la desviación de ingresos de la empresa exportadora a un adquirente en el extranjero vinculado con ella, mediante una fijación de precios que no se efectuase en condición de plena competencia, no aislaría por regla general tales ingresos de la imposición en el país exportador, y mucho menos daría por resultado una "importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación", en la acepción de la nota de pie de página 59. Incluso si las Comunidades Europeas parecen admitir este punto, cuando reconocen que "esta oración [la segunda de la nota de pie de página 59] presupone la posibilidad de que el comprador extranjero vinculado no tribute al mismo nivel que el exportador, lo cual puede dar lugar a un gravamen total inferior de los ingresos resultantes de la transacción de exportación".⁶⁶² Así pues, a los efectos de nuestro análisis, supondremos correcta la afirmación de los Estados Unidos de que la nota de pie de página 59 se basa en el supuesto "de que los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero pueden estar exentos del pago de impuestos directos".

7.92 Los Estados Unidos desearían que considerásemos que ello es decisivo para determinar si los ingresos públicos condonados "en otro caso se percibirían" y, por tanto, si las exenciones de impuestos concedidas para ciertos ingresos con arreglo al programa relativo a las EVE constituyen una subvención en el sentido del Acuerdo SMC. No opinamos lo mismo. En primer lugar, como ya se ha señalado, dado que la nota de pie de página 59 se refiere a un párrafo de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, no resulta claro qué conclusiones podrían extraerse con respecto a la existencia de una subvención (a diferencia de la existencia de una subvención *a la exportación*). Lo que es más importante, estimamos que los Estados Unidos dan un injustificado salto lógico al pasar de la afirmación de que "los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero pueden estar exentos de impuestos directos" a la afirmación de que "si los países no tienen obligación alguna de gravar los ingresos obtenidos en procesos económicos en el extranjero, deben gozar de la libertad de eximir a la totalidad de dichos ingresos *o tan sólo parte de ellos*" (cursivas añadidas).⁶⁶³ Como ya hemos explicado con cierto detenimiento, por regla general es menester, al determinar si los ingresos públicos condonados "en otro caso se percibirían", examinar la situación que existiría con arreglo al régimen fiscal de un Miembro en ausencia de las medidas de que se trate. Así pues, incluso si se supone, a efectos sólo de la argumentación, que la nota de pie de página 59 se basa en el supuesto de que los ingresos derivados de los procesos económicos en el extranjero no son en general ingresos "que de otro modo se percibirían" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1, podríamos como máximo llegar a la conclusión de que una decisión de un Miembro de no gravar ningún ingreso derivado de los procesos económicos en el extranjero no representaría la condonación de ingresos públicos "que de otro modo se percibirían". No obstante, no existe a nuestro juicio nada en la nota de pie de página 59 que nos lleve a concluir que un Miembro que decide que gravará ingresos derivados de procesos económicos en el extranjero no condona ingresos públicos "que en otro caso se percibirían" si decide, de manera selectiva, excluir de la imposición determinadas categorías limitadas de tales ingresos.

iv) *Si las exenciones concedidas a las EVE representan la condonación de ingresos públicos "que en otro caso se percibirían"*

7.93 En las secciones anteriores, hemos llegado a la conclusión de que el hecho de que los ingresos públicos condonados "en otro caso se percibirían" ha de determinarse sobre la base de un examen del trato fiscal que sería aplicable "en la hipótesis de que no existieran" las medidas de que se trate.

⁶⁶² Párrafo 4.472, *supra*. Las Comunidades Europeas señalan a continuación, sin embargo, que "la oración citada no dice, y ni siquiera implica, que el país exportador tenga derecho a *eximir de impuestos* a ingresos procedentes de una transacción de exportación que, en otro caso, tributaría".

⁶⁶³ Párrafo 4.699, *supra*.

Como es natural, al igual que en otros campos regidos por los Acuerdos de la OMC, la aplicación de este patrón exige que los grupos especiales utilicen su mejor criterio, caso por caso.⁶⁶⁴

7.94 Pasando a los hechos de la presente diferencia, las Comunidades Europeas han descrito en distintas oportunidades las "exenciones" otorgadas por el programa relativo a las EVE en términos ligeramente diferentes. Según lo entendemos, las exenciones que, en opinión de las Comunidades Europeas otorgan el programa relativo a las EVE, y el régimen fiscal general o normal de las cuales estas exenciones se apartan, son los siguientes: La primera exención está relacionada con las circunstancias en las cuales los ingresos de la propia EVE son tratados como ingresos impositivos de esa empresa por los Estados Unidos. La segunda y la tercera exención están relacionadas con la determinación de si la empresa matriz estadounidense de una EVE está sujeta a imposición con respecto a ingresos generados por esa EVE, y cuándo lo está. Ha de señalarse que las Comunidades Europeas no alegan que cada una de las exenciones representa separadamente una subvención prohibida a la exportación; la alegación de las Comunidades Europeas parece consistir en que estas "exenciones interconectadas", tomadas juntamente "se complementan entre sí y conducen, como están destinadas a conducir, a que se pague un impuesto menor que el que se pagaría si no existiese el programa relativo a las EVE (o, más bien, si éste no contuviese las exenciones fiscales)".⁶⁶⁵

7.95 La primera exención alegada por las Comunidades Europeas está relacionada con la aplicación por los Estados Unidos de normas "basadas en fórmulas" para determinar si los ingresos de una EVE son de fuente nacional o de fuente extranjera. En el párrafo a) del artículo 882 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos se establece que los ingresos impositivos de una empresa extranjera que desarrolla actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos comprende sólo los ingresos "que tienen conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos" y el artículo 864 del mismo cuerpo legal fija las normas para determinar si los ingresos de una empresa extranjera tienen "conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos". En el párrafo a) del artículo 921 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, no obstante, se establece que "los ingresos de comercio exterior exentos de una EVE se tratarán como ingresos de fuente extranjera sin conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos". El párrafo a) del artículo 923 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos prescribe que el 32 por ciento, o el 16/32, de los ingresos de comercio exterior de una EVE (según que se apliquen o no las normas de fijación administrativa de precios) se tratarán como "ingresos de comercio exterior exentos".⁶⁶⁶ Estas reglas para la determinación de la fuente representan, a juicio de las Comunidades Europeas, un apartamiento de lo dispuesto en el artículo 864 del Código de Rentas Internas. En otras palabras, las Comunidades Europeas alegan que las reglas establecidas para determinar si los ingresos de una EVE tienen "conexión efectiva con la realización de actividades comerciales o empresariales en los Estados Unidos", eximen de imposición ciertos ingresos de esas empresas que, en el caso de una empresa que no fuese una EVE, se tratarían como gravables por los Estados Unidos.

⁶⁶⁴ Como ha declarado el Órgano de Apelación en relación con el análisis del concepto de "producto similar" del artículo III del GATT de 1994, "[a]l aplicar los criterios citados en el informe sobre los *Ajustes fiscales en frontera* a los hechos de cualquier caso determinado [...] los grupos especiales sólo pueden aplicar su mejor criterio para determinar si en realidad los productos son "similares". Esto entrañará siempre un elemento inevitable de apreciación personal, discrecional". *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/11-WT/DS10/11-WT/DS11/8, informe del Órgano de Apelación adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 21.

⁶⁶⁵ Párrafo 4.271, *supra*.

⁶⁶⁶ El 30 por ciento o 15/23, en caso de que el accionista sea una persona jurídica. Véase el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, artículo 291 a) 4).

7.96 La segunda exención alegada por las Comunidades Europeas está relacionada con el hecho de que no se apliquen a los ingresos de comercio exterior de una EVE las normas destinadas a impedir el aplazamiento de la imposición que se aplican a las "empresas extranjeras controladas" con arreglo a la sección F del Código de Rentas Internas. Los Estados Unidos gravan los ingresos de fuente extranjera de las filiales extranjeras de las empresas estadounidenses sólo en el momento en que esos ingresos se transfieren a la empresa matriz estadounidense en forma de dividendos. Este principio se denomina "principio del aplazamiento". Con arreglo al párrafo a) del artículo 951 del Código de Rentas Internas, no obstante, un accionista estadounidense de una empresa extranjera controlada debe incluir en sus ingresos brutos, cada año, una proporción *pro rata* de ciertas formas de ingresos no distribuidos de la empresa extranjera controlada, denominadas ingresos de la sección F. El párrafo e) del artículo 951 del Código de Rentas Internas exime a los ingresos de comercio exterior de una EVE de las disposiciones destinadas a evitar el aplazamiento de la imposición contenidas en la sección F. En otras palabras, las Comunidades Europeas alegan que los ingresos de comercio exterior de una EVE están exentos de los requisitos establecidos en la sección F y que la empresa matriz de una EVE no necesita declarar como ingresos no distribuidos los ingresos procedentes de la EVE que en otro caso estarían sujetos a imposición inmediata con arreglo a la referida sección.

7.97 La tercera exención alegada por las Comunidades Europeas está relacionada con el trato fiscal dado a los dividendos distribuidos por las EVE a sus empresas matrices. En general, los dividendos recibidos por una empresa estadounidense que tienen su origen en ingresos de fuente extranjera de una empresa extranjera son imponibles. Con arreglo al párrafo c) del artículo 245 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, sin embargo, los accionistas de una EVE tienen derecho a una deducción del 100 por ciento por dividendos recibidos, sobre las distribuciones efectuadas con cargo a "ganancias y beneficios imputables a ingresos de comercio exterior" de una EVE. En otras palabras, las Comunidades Europeas alegan que la empresa matriz de una EVE no tiene que pagar impuestos sobre la renta por los ingresos que se le hayan distribuido y sean imputables a los ingresos de comercio exterior de una EVE, los que en otro caso serían plenamente gravables en el momento de la distribución.

7.98 Si se aplica al programa relativo a las EVE el criterio basado en la comparación con la hipótesis de que no existiera la medida examinada, no cabe duda de que, en ausencia de ese programa, los ingresos protegidos contra la imposición gracias al mismo, estarían sujetos a tributación. Por ejemplo, en ausencia del programa relativo a las EVE, un accionista estadounidense de una empresa extranjera controlada debería incluir como ingresos, cada año, una proporción *pro rata* de ciertas formas de ingresos no distribuidos, de cuya declaración está exento el accionista en el marco del referido programa, y pagar inmediatamente los impuestos sobre esos ingresos no distribuidos. En otras palabras, si el programa relativo a las EVE no existiera, los ingresos de que se trata no gozarían del "aplazamiento". De la misma manera, en ausencia del programa relativo a las EVE, la empresa matriz de una empresa extranjera debería pagar impuestos sobre la renta con respecto a los dividendos procedentes de las ganancias y beneficios de esta última empresa imputables a ingresos de comercio exterior. Así pues, estimamos evidente que, con arreglo al criterio basado en la comparación a que se ha hecho referencia, el programa relativo a las EVE protege contra la imposición ingresos que se gravarían en ausencia de ese programa. No nos parece que los Estados Unidos discutan esta conclusión.

7.99 Es concebible que una determinada exención no en todos los casos resulte indefectiblemente en la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían. De ahí que, por ejemplo, los Estados Unidos sostienen que con excepción de las EVE, las empresas extranjeras prácticamente nunca están sujetas *directamente* a impuestos en los Estados Unidos sobre sus ingresos de fuente extranjera, en el marco del artículo 864 del Código de Rentas Internas.⁶⁶⁷ Sin embargo, consideramos que nuestra

⁶⁶⁷ Párrafo 4.1128, *supra*. La salvedad "directamente" es significativa porque los ingresos de fuente extranjera de una compañía extranjera de propiedad estadounidense serían imponibles ya sea al ser distribuidos

tarea no consiste en analizar cada "exención" por separado a fin de determinar si se han condonado los ingresos que en otro caso se percibirían. Por lo contrario, dado que las Comunidades Europeas han alegado que las diferentes exenciones están relacionadas entre sí y que representan conjuntamente una sola subvención, consideramos que nuestra tarea consiste en estudiar las diversas exenciones previstas en el programa global relativo a las EVE, así como en evaluar si conjuntamente suponen una contribución financiera representada por los ingresos condonados que en otro caso se percibirían.

7.100 A nuestro juicio, las diversas exenciones identificadas por las Comunidades Europeas, consideradas en su conjunto, implican la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían. Como un todo integrado, las exenciones del programa relativo a las EVE representan un esfuerzo sistemático dedicado por los Estados Unidos para exonerar a ciertos tipos de ingresos que de no existir ese programa serían imponibles. Por consiguiente, la aplicación a las EVE de reglas especiales para la determinación de la fuente, sirve para proteger una cierta proporción de los ingresos del comercio exterior de una EVE de los impuestos directos, independientemente de que esos ingresos fuesen o no imponibles conforme a las reglas para determinar la fuente establecida en el artículo 864 del Código de Rentas Internas. La exención de las normas destinadas a evitar el aplazamiento de los impuestos contenidas en la sección F del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos garantiza que el ingreso de comercio exterior de una EVE no distribuido no sea imponible inmediatamente a su compañía matriz estadounidense, aunque dicho ingreso pudiera de otro modo estar sujeto a las normas destinadas a evitar el aplazamiento. Por último, la deducción del 100 por ciento de los dividendos recibidos asegura que, aun cuando la EVE distribuya las ganancias imputables a ingresos del comercio exterior, a una compañía matriz en los Estados Unidos, ésta no estará sujeta al pago de impuestos sobre esa renta en los Estados Unidos. En su conjunto, queda claro que las diversas exenciones en el marco del programa relativo a las EVE dan lugar a una situación de protección para determinados tipos de ingresos contra los impuestos que se percibiría en ausencia del programa.

7.101 Reconocemos que la aplicación del programa relativo a las EVE puede no resultar en todos los casos en un trato fiscal más favorable que el que prevalecería en ausencia del programa, por lo cual podría sostenerse que en esos casos no hay una condonación del ingreso que en otro caso se percibirían.⁶⁶⁸ Sin embargo, una empresa puede decidir libremente para cada ejercicio fiscal si tendrá o no la condición de una EVE.⁶⁶⁹ Por consiguiente, en los casos en que un exportador considere más conveniente desde el punto de vista de la fiscalidad exportar directamente en lugar de valerse del programa relativo a las EVE, puede optar por no acogerse a este programa durante un año. En consecuencia, sólo si un exportador evalúa erróneamente las ventajas fiscales que le supone la elección del programa relativo a las EVE, la aplicación de este programa no redundaría en la condonación del ingreso que de otro modo se percibiría. Corrobora nuestra opinión en la práctica una contribución de los Estados Unidos a un informe de la OCDE sobre gastos impositivos donde figura una "condonación de ingresos" por 1.400 millones de dólares EE.UU. en 1995, resultado de la "exclusión de los ingresos de las empresas de venta en el extranjero".⁶⁷⁰

a la compañía matriz en los Estados Unidos o, en el caso de los ingresos extranjeros de empresas extranjeras controladas, como dividendo afectado independientemente de que haya sido no distribuido. Este ejemplo demuestra la importancia de considerar las exenciones EVE conjuntamente, y no por separado.

⁶⁶⁸ Declaración del Sr. Joseph H. Guttenag, Asesor jurídico para los asuntos fiscales internacionales del Departamento del Tesoro ante el Senado de los Estados Unidos, el 21 de julio de 1995 (página 12).

⁶⁶⁹ Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, artículo 927 f).

⁶⁷⁰ *Tax Expenditures - Recent Experiences* (París, 1996), (página 107 et seq.), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

7.102 Por los motivos expuestos, concluimos que las diversas exenciones en el marco del programa relativo a las EVE, conjuntamente consideradas, redundan en la condonación de ingresos que en otro caso se percibirían y, por ende, dan lugar a una contribución financiera en el sentido de lo dispuesto en el párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

b) Beneficio

7.103 Tras haber constatado que las diversas exenciones fiscales en el marco del programa relativo a las EVE dan lugar a una contribución financiera, nuestra siguiente tarea consiste en considerar si con ello se otorga o no un beneficio. A nuestro juicio, la contribución financiera otorga claramente un beneficio, en la medida en que tanto las EVE como sus compañías matrices no deben pagar determinados impuestos que de otro modo se percibirían. Además, ese beneficio puede ser muy importante. En efecto, según el Departamento de Comercio de los Estados Unidos "la exención fiscal puede representar tanto como del 15 al 30 por ciento del ingreso bruto de las exportaciones".⁶⁷¹ Observamos que los Estados Unidos no han invocado ningún argumento que contradiga la cuestión del beneficio.

4. Supeditación a la exportación: exenciones EVE

a) Párrafo 1 a) del artículo 3

7.104 En la sección precedente, concluimos que las diversas exenciones en el marco del programa relativo a las EVE dan lugar a una contribución financiera que confiere un beneficio y, por ende, representan una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. Ahora examinamos si esa subvención está supeditada a los resultados de exportación en el sentido de lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.105 El párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC establece, donde procede, que:

"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 jure* o *de facto*⁴ 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 I⁵;

⁴ Esta norma se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aun sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. El mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación en el sentido de esta disposición.

⁵ Las medidas mencionadas en el Anexo I como medidas que no constituyen subvenciones a la exportación no estarán prohibidas en virtud de ésta ni de ninguna otra disposición del presente Acuerdo."

7.106 Conforme lo examinado en la sección anterior del presente informe, el programa relativo a las EVE da lugar a una subvención a través de una serie de exenciones relacionadas entre sí respecto de la imposición de determinados ingresos. La primera exención protege de la imposición al "ingreso exonerado del comercio exterior" de una EVE, mientras que la segunda y tercera exenciones protegen

⁶⁷¹ *Foreign Sales Corporations - A Tax Incentive for Exporters* (página 1), Departamento de Comercio de los Estados Unidos.

a la compañía matriz estadounidense de una EVE de los impuestos en los Estados Unidos con respecto al "ingreso del comercio exterior" distribuido y no distribuido de una EVE. En el artículo 923 b) del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, se define la expresión "ingreso del comercio exterior" como "el ingreso bruto de una EVE atribuible a entradas brutas procedentes de operaciones de comercio exterior". El artículo 924 del mismo Código, titulado "Entradas brutas procedentes de operaciones de comercio exterior" establece en la parte procedente lo siguiente:

"a) En términos generales. Excepto disposición en contrario del presente artículo, a los efectos de esta sección, la expresión "entradas brutas procedentes de operaciones de comercio exterior" significa las entradas brutas de cualquier EVE:

- 1) de la venta, el intercambio, u otra enajenación de bienes de exportación,
- 2) del arrendamiento financiero o alquiler de bienes de exportación para su utilización por el arrendatario fuera de los Estados Unidos,
- 3) de servicios relativos y subordinados a
 - A) cualquier venta, intercambio u otra enajenación de bienes de exportación por esa empresa, o
 - B) cualquier arrendamiento financiero o alquiler de bienes de exportación descritos en el párrafo 2) por esa empresa,
- 4) para servicios de ingeniería o arquitectura destinados a proyectos de construcción emplazados (o con un emplazamiento previsto) fuera de los Estados Unidos, o
- 5) para el suministro de servicios a las EVE o DISC no vinculadas para contribuir a la producción de las entradas brutas procedentes de operaciones de comercio exterior descritas en los párrafos 1, 2 ó 3."

7.107 Con arreglo al artículo 924 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, los ingresos de una EVE relacionados con las "entradas brutas procedentes de operaciones de comercio exterior" sólo proceden (con excepción del apartado 4 relativo a los servicios de ingeniería o arquitectura) de la venta o arrendamiento de "bienes de exportación" o de servicios vinculados a la venta o arrendamiento financiero de tales bienes. Por su parte, el artículo 927 a) del Código de Ventas Internas, define la expresión "bienes de exportación" como bienes:

- "A) manufacturados, producidos, cultivados, criados o extraídos en los Estados Unidos por una persona distinta de la EVE,
- B) destinados principalmente a la venta, el arrendamiento financiero o el alquiler, en el curso de las actividades normales comerciales o empresariales, por o para una EVE para el uso directo, el consumo o enajenación fuera de los Estados Unidos, y
- C) cuyo precio justo de mercado no sea en más del 50 por ciento imputable a artículos importados en los Estados Unidos."

7.108 A la luz de las disposiciones *supra*, consideramos que la subvención otorgada por las diversas exenciones en el marco del programa relativo a las EVE está "supeditada[s] [...] a los resultados de

exportación" de conformidad con el sentido corriente del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. La subvención se encuentra solamente disponible con respecto a los "ingresos procedentes de operaciones de comercio exterior"; los ingresos procedentes de operaciones de comercio exterior resultan de la venta o el arrendamiento financiero de "bienes de exportación" o del suministro de servicios relacionados con la venta o el arrendamiento financiero de bienes de exportación; y los bienes de exportación se limitan efectivamente a los productos manufacturados, producidos, cultivados, criados o extraídos en los Estados Unidos destinados a su utilización directa, consumo o enajenación fuera de los Estados Unidos. Por consiguiente, la existencia y la cuantía de la subvención dependen de la existencia de ingresos derivados de la exportación de productos estadounidenses o del suministro de servicios relacionados con la exportación de esos productos. La existencia de esos ingresos depende a su vez de la exportación de productos estadounidenses o, como mínimo, en el caso de los ingresos procedentes de servicios relacionados con la exportación de productos estadounidenses, de las "exportaciones [...] previst[as]", en el sentido de la nota 4 del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

b) Párrafo e) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación

7.109 En nuestra opinión, la condición de subvenciones a la exportación de las exenciones relativas a las EVE, en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, se ve confirmada por el punto e) de la Lista ilustrativa. Se recordará que el párrafo 1 a) del artículo 3 incluye las subvenciones a la exportación "citadas a título de ejemplo en el Anexo I", es decir, la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación. De conformidad con el punto e) de la Lista ilustrativa, constituye una subvención a la exportación:

"La exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos⁵⁸ o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales."⁵⁹
[se omiten las notas de pie de página]

7.110 Consideramos que las exenciones relativas a las EVE que son objeto de la presente diferencia constituyen "la exención, remisión o aplazamiento total o parcial [...] de los impuestos directos [...] que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales". A este respecto, observamos en primer lugar que, tanto las EVE como sus empresas matrices estadounidenses son "empresas industriales y comerciales". En segundo lugar, las exenciones previstas en el programa relativo a las EVE son a nuestro juicio "exenciones" en el sentido del párrafo e) o, en el caso de la exención respecto de las normas contrarias al aplazamiento de la sección F, representan el "aplazamiento" de impuestos directos. Por último, observamos que, de conformidad con la nota 58 de pie de página al párrafo e), la expresión "impuestos directos" significa, en la parte pertinente, "los impuestos sobre los salarios, beneficios, intereses, rentas, cánones o regalías y todas las demás formas de ingresos". Por consiguiente, los impuestos estadounidenses sobre la renta de las sociedades respecto de los cuales el régimen de las EVE concede exenciones son "impuestos directos" en el sentido del párrafo e).

7.111 Consideramos asimismo que las exenciones previstas en el programa aplicable a las EVE están "relacionadas específicamente con las exportaciones" en el sentido del párrafo e). A este respecto, recordamos nuestra conclusión de que las exenciones relativas a las EVE brindan una exoneración impositiva a los "ingresos de comercio exterior", que los ingresos de comercio exterior provienen de la venta o arriendo de "bienes de exportación" o de la prestación de servicios relacionados con la venta o arriendo de bienes de exportación, y que los bienes de exportación se limitan en la práctica a los bienes fabricados, producidos, cultivados o manufacturados en los Estados Unidos y que se destinan al uso directo, consumo o enajenación fuera de los Estados Unidos.

7.112 Al parecer, los Estados Unidos no alegan que las exenciones relativas a las EVE no estén abarcadas por el texto del párrafo e). Por el contrario, los Estados Unidos parecen admitir

implícitamente que las exenciones relativas a las EVE son exenciones de impuestos directos que se relacionan específicamente con las exportaciones. Al criticar lo que consideran un enfoque "simplista" de las Comunidades Europeas en la presente diferencia, los Estados Unidos se quejan de que "[e]n efecto, las Comunidades Europeas no han hecho más que señalar lo que todos pueden ver fácilmente, es decir, que el programa relativo a las EVE es una exención fiscal relacionada con las exportaciones".⁶⁷² Y en una descripción del programa relativo a las EVE preparada por los Estados Unidos y presentada al Grupo Especial en la presente diferencia, los Estados Unidos explican que dicho programa proporciona una "exención parcial de impuestos a los ingresos obtenidos por una EVE de ventas de exportación"⁶⁷³ y que el "100 por ciento de los dividendos goza de deducción sobre la repatriación de esos ingresos".⁶⁷⁴ Estas descripciones concuerdan con la caracterización de las EVE facilitadas de forma concordante por fuentes subsidiarias del Gobierno de los Estados Unidos. Además, el Gobierno de los Estados Unidos ha declarado que "las disposiciones relativas a las EVE brindan una exención limitada respecto del impuesto estadounidense en lo que respecta a los ingresos derivados de determinadas transacciones de exportación"⁶⁷⁵ y que "el incentivo fiscal proporcionado por la legislación relativa a las EVE tiene la forma de una exención permanente respecto del impuesto federal sobre la renta para una parte de los ingresos de exportación atribuibles a las actividades de las EVE en el extranjero".⁶⁷⁶

c) Nota de pie de página 59 al párrafo e)

7.113 Los Estados Unidos alegan que las exenciones relativas a las EVE no son subvenciones a la exportación prohibidas, en virtud de la nota de pie de página 59 al párrafo e). Los Estados Unidos consideran que, si bien el párrafo e) establece la "regla general" de que la exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos es una subvención a la exportación, la nota de pie de página 59 "determina el ámbito" del punto e) de la Lista ilustrativa y "aclara que eximir del pago de impuestos directos a los ingresos atribuibles a actividades económicas en el extranjero no es una subvención a la exportación prohibida" abarcada por dicho párrafo.⁶⁷⁷ Los Estados Unidos, citando la nota de pie de página 5 al párrafo 1 a) del artículo 3, alegan asimismo que la Lista ilustrativa "da contenido específico" al párrafo 1 a) del artículo 3, individualizando las prácticas que entran o no en el ámbito de la prohibición del párrafo 1 a) del artículo 3. En consecuencia, "[s]i la Lista ilustrativa considera que la medida no es una subvención a la exportación, no está prohibida. No se necesitan más análisis para descubrir el significado del párrafo 1 a) del artículo 3 por lo que se refiere a las medidas incluidas en la Lista ilustrativa".⁶⁷⁸ En otros términos, y dicho simplemente, los Estados Unidos opinan que, en virtud de la nota de pie de página 59, las exenciones relativas a las EVE no son subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido del párrafo e), y que, en consecuencia, estas exenciones no

⁶⁷² Párrafo 4.975, *supra*.

⁶⁷³ *Description of Foreign Sales Corporation (FSC)*, Apéndice A de la primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 1.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 1.

⁶⁷⁵ Testimonio de Joseph J. Guttenag, asesor fiscal internacional, Departamento del Tesoro, ante el Comité de Finanzas, Senado de los Estados Unidos, 21 de julio de 1995, página 10.

⁶⁷⁶ Departamento de Comercio de los Estados Unidos, *"Foreign Sales Corporation - A Tax Incentive for US Exporters"*.

⁶⁷⁷ Párrafo 4.364, *supra*.

⁶⁷⁸ Párrafo 4.363, *supra*.

pueden considerarse subvenciones a la exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.114 Las Comunidades Europeas cuestionan la opinión de los Estados Unidos sobre la relación entre la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación y el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Las Comunidades Europeas consideran que la Lista ilustrativa contiene diversas subvenciones que se consideran *incluidas* en el párrafo 1 a) del artículo 3, pero que no puede utilizarse *a contrario sensu* para determinar si una subvención está *excluida* del alcance de dicho artículo. En cambio, la Lista se puede utilizar para demostrar que una medida no constituye una subvención a la exportación prohibida sólo en los casos en que, según lo dispuesto en la nota de pie de página 5, existe una declaración precisa en ese sentido en la Lista ilustrativa. En opinión de las Comunidades Europeas, en la nota de pie de página 59 no existe tal declaración precisa. Por lo tanto, las Comunidades Europeas pueden demostrar la existencia de una subvención a la exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 sin tener en cuenta la Lista ilustrativa. En todo caso, las Comunidades Europeas no consideran que la nota de pie de página 59 "matice" el punto e) de la Lista ilustrativa de modo tal que las exenciones relativas a las EVE que son objeto de esta diferencia queden excluidas del párrafo e).

7.115 Como se ha examinado anteriormente, consideramos que las exenciones relativas a las EVE que son objeto de la presente diferencia están abarcadas por el texto del punto e) de la Lista ilustrativa. En nuestra opinión, por tanto, el análisis de las cuestiones planteadas por las partes con respecto a la nota de pie de página 59 debe comenzar por dilucidar si, según alegan los Estados Unidos, las exenciones relativas a las EVE de que se trata en el caso presente están excluidas del párrafo e) en razón de la nota mencionada. Si es correcta la opinión de los Estados Unidos de que la nota de pie de página 59 tiene el efecto de excluir las exenciones relativas a las EVE del alcance del párrafo e), debemos entonces considerar los argumentos de las partes concernientes a la relación entre la Lista ilustrativa y el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Si, en cambio, llegamos a la conclusión de que la nota de pie de página 59 no tiene el efecto de excluir las exenciones relativas a las EVE del alcance del párrafo e), el examen de la relación entre la Lista ilustrativa y el párrafo 1 a) del artículo 3 no sería necesario ni apropiado para resolver la presente diferencia.

7.116 Ya hemos examinado la pertinencia de la nota de pie de página 59 como contexto para la interpretación del artículo 1 del Acuerdo SMC, y hemos citado la nota en su totalidad. No obstante, teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeña esa nota en la postura de los Estados Unidos en la presente diferencia, recordamos que la nota de pie de página 59 establece lo siguiente:

"Los Miembros reconocen que el aplazamiento no constituye necesariamente una subvención a la exportación en los casos en que, por ejemplo, se perciben los intereses correspondientes. *Los Miembros reafirman el principio de que los precios de las mercancías en transacciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros bajo su control o bajo un mismo control deberán ser, a efectos fiscales, los precios que serían cargados entre empresas independientes que actuaran en condiciones de plena competencia.* Todo Miembro podrá señalar a la atención de otro Miembro las prácticas administrativas o de otra clase que puedan infringir este principio y que den por resultado una importante economía de impuestos directos en transacciones de exportación. En tales circunstancias, los Miembros normalmente tratarán de resolver sus diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que para los Miembros se derivan del GATT de 1994, con inclusión del derecho de consulta establecido en la frase precedente.

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." (cursivas añadidas).

7.117 ¿Con qué fundamento consideran los Estados Unidos que la nota de pie de página 59 excluiría de la aplicación del párrafo e) las exenciones relativas a las EVE a las que se refiere el caso presente? Como hemos visto en nuestro examen del artículo 1, los Estados Unidos consideran que "el corolario forzoso de la nota de pie de página 59 es que los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero pueden estar exentos del pago de impuestos directos".⁶⁷⁹ En el contexto del artículo 1, los Estados Unidos deducen de este principio la conclusión de que los ingresos procedentes de actividades económicas en el extranjero no son "ingresos que en otro caso se percibirían" y que no cabe considerar que las exenciones relativas a las EVE que eximen de impuestos a *una parte o a la totalidad* de dichos ingresos creen una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. En el contexto del punto e) de la Lista ilustrativa, la argumentación de los Estados Unidos es muy similar. A juicio de los Estados Unidos, "sea cual fuere su forma, la exención fiscal de *la totalidad o de una parte* de los ingresos generados por actividades económicas en el extranjero no constituye una subvención a la exportación".⁶⁸⁰ Por lo tanto, los Estados Unidos alegan que la nota de pie de página 59 autoriza a un Miembro a eximir de impuestos los ingresos derivados de procesos económicos en el extranjero relacionados con transacciones de exportación, incluso si no exime de impuestos a los ingresos derivados de procesos económicos en el extranjero no relacionados con transacciones de exportación.

7.118 Al examinar el argumento de los Estados Unidos, observamos en primer lugar que la nota de pie de página 59 no establece explícitamente en parte alguna que "matiza" (es decir, reduce) el alcance del párrafo e) del modo invocado por los Estados Unidos. Esto no significa que estemos de acuerdo con las Comunidades Europeas, en que una nota sólo puede "explicar" y no "contradecir" la disposición a la que se refiere.⁶⁸¹ De hecho, se puede considerar que varias disposiciones de la propia nota de pie de página 59 "matizan" el párrafo e). Por lo tanto, cabe estimar que la primera frase de la nota de pie de página 59 "matiza" el párrafo e) al establecer que "el aplazamiento no constituye necesariamente una subvención a la exportación en los casos en que, por ejemplo, se perciben los intereses correspondientes", y se puede interpretar que la última frase de la nota de pie de página 59 tiene el mismo efecto cuando establece que "[e]l 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".⁶⁸² En ninguna parte, empero, la nota de pie de página 59 establece que "el párrafo e) no tiene por objeto coartar la posibilidad de que los Miembros eximan de impuestos directos a los ingresos procedentes del extranjero relacionados con transacciones de exportación". La existencia de una "matización" explícita en la nota de pie de página 59, en lo que se refiere al aplazamiento y la doble imposición, sirve para poner de manifiesto la ausencia de toda declaración explícita con respecto al principio que, según alegan los Estados Unidos, figura en la nota de pie de página 59. Si los Miembros hubieran

⁶⁷⁹ Párrafo 4.366, *supra*.

⁶⁸⁰ Párrafo 4.382, *supra* (cursivas añadidas).

⁶⁸¹ Párrafo 4.639, *supra*. Por el contrario, se puede observar -y no es simplemente un chiste- que las disposiciones más importantes del Acuerdo sobre la OMC figuran en las notas de pie de página, y ciertamente el texto que aparece en una nota del Acuerdo sobre la OMC no es de ningún modo subsidiario jurídicamente respecto del texto que figura en el cuerpo del Acuerdo.

⁶⁸² Los Estados Unidos no han sostenido que alguna de estas disposiciones sea pertinente en la presente diferencia.

deseado excluir de la prohibición de subvenciones a la exportación a determinadas exenciones de impuestos directos relacionados específicamente con las exportaciones, cabe suponer que lo habrían hecho de manera explícita.

7.119 Queda por dilucidar si la "matización" relativa al alcance del párrafo e) invocada por los Estados Unidos puede hallarse implícita en el texto de la nota de pie de página 59. Consideramos que no. En la sección VII.B.3 a) iii) del presente informe, hicimos referencia a la opinión de los Estados Unidos de que cabe suponer que "los ingresos procedentes de procesos económicos en el extranjero pueden estar exentos del pago de impuestos directos". Incluso si suponemos que los Estados Unidos tienen razón a este respecto, ello no significa, empero, que un Miembro también tiene derecho a ejercer su autoridad fiscal sobre los ingresos derivados de actividades económicas en el extranjero en general y a establecer después una exención impositiva específicamente para los ingresos derivados de las actividades de exportación. En virtud del punto e) de la Lista ilustrativa, sólo las exenciones, remisiones y aplazamientos fiscales "relacionados específicamente con las exportaciones" constituyen subvenciones a la exportación prohibidas. Cabe argumentar que una amplia exención fiscal otorgada con respecto a los ingresos derivados de actividades económicas en el extranjero no constituiría una exención "relacionada específicamente con las exportaciones" porque eximiría a los ingresos derivados de toda actividad económica en el extranjero, sea que se tratara de la exportación de bienes a un mercado extranjero, la importación de bienes de una fuente extranjera u otras actividades económicas no relacionadas con el comercio de mercancías entre el Miembro en cuestión y un tercer país. Por lo tanto, incluso si suponemos que "los ingresos procedentes de ingresos económicos en el extranjero pueden estar exentos del pago de impuestos directos", no vemos ninguna contradicción entre ese principio y la conclusión de que las exenciones aplicables a las EVE se hallan incluidas en el párrafo e) porque dichas exenciones están "relacionadas específicamente con las exportaciones".

7.120 Los Estados Unidos sostienen que la nota de pie de página 59 se debe leer "a la luz de una historia que data de la adopción del párrafo 4 del artículo XVI del GATT".⁶⁸³ Somos conscientes del hecho de que la nota de pie de página 59 tiene su origen en la nota 2 de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación anexa al Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio, y de que el Código fue negociado en el contexto de los cuatro informes de los grupos especiales que se ocuparon del asunto *Legislación fiscal*, que hasta ese momento no se habían adoptado. Ahora bien, la referencia a estos antecedentes históricos podría servir a lo sumo como medio complementario de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena⁶⁸⁴, y sólo para confirmar el sentido de la nota de pie de página 59 resultante de la aplicación de la norma general de interpretación o para determinar su sentido si la aplicación de esa regla general dejara ambiguo u oscuro el sentido de la nota de pie de página 59 o condujera a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. En todo caso, se debe recordar que los informes de los Grupos Especiales correspondientes al asunto *Legislación fiscal* no se referían a un programa semejante al de las EVE, que exime de impuestos a los ingresos de fuente extranjera relacionados específicamente con las exportaciones, sino a la exención general de ingresos de fuente extranjera por tres partes contratantes europeas, y al DISC, que no pretendía ser en absoluto una exención fiscal otorgada a los ingresos de fuente extranjera. Por lo tanto, incluso si se puede sugerir que los redactores del Código, por medio de la nota de pie de página 59, rechazaron implícitamente las conclusiones de los informes de esos grupos especiales y reflejaron el principio de que los ingresos de fuente extranjera no necesitan ser gravados, es muy difícil concluir de esto que autorizaron una exención para los ingresos de fuente extranjera

⁶⁸³ Párrafo 4.378, *supra*.

⁶⁸⁴ *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, WT/DS69/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 83.

relacionados específicamente con las exportaciones, con arreglo a un programa cuya posibilidad ni siquiera se había contemplado en la época en que se negoció el Código.

d) Sistemas fiscales de ámbito territorial y de ámbito mundial

7.121 La argumentación de los Estados Unidos en este caso se centra también en las diferencias entre los sistemas fiscales de ámbito mundial y de ámbito territorial. Los Estados Unidos alegan que los sistemas fiscales de ámbito mundial, como el de los Estados Unidos, colocan a los exportadores en una desventaja relativa con respecto a los exportadores de países que tienen sistemas fiscales de ámbito territorial porque, con arreglo a un sistema territorial, cuando las actividades relativas a una transacción de exportación se producen fuera del territorio de la jurisdicción fiscal, los ingresos derivados de esas actividades no se gravan. En opinión de los Estados Unidos, empero, un Miembro de la OMC puede elegir entre un sistema fiscal de ámbito mundial, un sistema de ámbito territorial o un sistema que incorpore elementos de uno y otro. Por consiguiente, y "[e]n reconocimiento de los principios de soberanía fiscal, un país que utilice el sistema de ámbito mundial tiene libertad para incorporar elementos de un sistema de ámbito territorial (o viceversa), de manera que una filial extranjera, o determinados tipos de filiales extranjeras, como una EVE, resulten gravadas de manera similar a las empresas extranjeras en el marco de un sistema de ámbito territorial (exención aplicable a los ingresos más una exención aplicable a los dividendos) o gravadas como sería gravada una sucursal extranjera en el marco de un sistema de ámbito territorial (exención)".⁶⁸⁵ En resumen, los Estados Unidos concluyen que la OMC no debe penalizar a un país que utilice el sistema de ámbito mundial por incorporar elementos de un sistema de ámbito territorial con objeto de establecer un trato fiscal comparable para sus exportadores.

7.122 Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que ni el Acuerdo SMC en particular, ni el Acuerdo sobre la OMC en general, tienen el propósito de determinar el tipo de sistema fiscal que debe mantener un Miembro. Por otra parte, algunas normas de la OMC tienen efectivamente repercusiones en determinadas prácticas fiscales de los Miembros. En la esfera de las subvenciones, se desprende claramente del propio artículo 1 del Acuerdo SMC que las medidas fiscales de un Miembro de la OMC pueden dar lugar a subvenciones sometidas a las disciplinas del Acuerdo SMC. También resulta claro que, en la medida en que una subvención esté supeditada a los resultados de exportación, constituye una subvención a la exportación prohibida. Por ende, los Estados Unidos tienen libertad para mantener un sistema fiscal de ámbito mundial, un sistema territorial o cualquier otro tipo de sistema que prefieran. A la OMC esto no le interesa. Lo que los Estados Unidos no pueden hacer es establecer un régimen de tributación directa, otorgar una exención de impuestos directos específicamente relacionada con las exportaciones y después alegar que tienen derecho a otorgar tal subvención a la exportación porque es necesario eliminar una desventaja para los exportadores creada por el propio sistema fiscal estadounidense.⁶⁸⁶ En nuestra opinión, esto no es diferente de aplicar un impuesto sobre la renta de las sociedades de, por ejemplo, el 75 por ciento, y alegar después que se necesita un tipo impositivo especial del 25 por ciento para los exportadores porque el tipo impositivo aplicable en general a las sociedades en otros Miembros es sólo del 25 por ciento.

7.123 Por último, nos referiremos a la opinión de los Estados Unidos de que, si este Grupo Especial resolviera en favor de las Comunidades Europeas y desestimara el principio de que los ingresos de

⁶⁸⁵ Párrafo 4.320, *supra*.

⁶⁸⁶ Como ha establecido el Órgano de Apelación, "[l]os Miembros de la OMC son libres de perseguir sus propios objetivos nacionales mediante la tributación o la reglamentación interiores *siempre y cuando no lo hagan de manera que infrinjan lo dispuesto en el artículo III o cualquier otro compromiso contraído en el marco del Acuerdo sobre la OMC*" (cursivas añadidas). *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 20.

fuentes extranjeras no necesitan ser gravados, el resultado sería condenar no sólo el programa relativo a las EVE, sino también los sistemas de ámbito territorial, con inclusión de los sistemas fiscales de Estados miembros de las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas, por su parte, han expuesto la teoría de que el SMC no impide que los Miembros de la OMC graven los ingresos de fuentes extranjeras si esto se hace sobre una base general.⁶⁸⁷ Debemos insistir aquí en que la compatibilidad con la OMC de los sistemas fiscales de otros Miembros, sean de ámbito territorial o de otra índole, es ajena a nuestro mandato. Por lo tanto, no debemos especular ni especularemos sobre las repercusiones de nuestras constataciones en la presente diferencia, si las hubiera, sobre los sistemas fiscales de otros Miembros. Incumbirá a los futuros grupos especiales que pudieran establecerse el examinar la compatibilidad del régimen fiscal que tengan ante sí con los requisitos de la OMC.

5. Normas de fijación administrativa de precios

7.124 En la sección precedente de este informe, hemos llegado a la conclusión de que las exenciones previstas en el programa relativo a las EVE crean una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, que está supeditada a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 de dicho Acuerdo. Las Comunidades Europeas no han limitado sus reclamaciones a las exenciones fiscales previstas en el programa relativo a las EVE, sino que alegan además que determinadas normas de fijación administrativa de precios, relativas a las EVE, constituyen una "subvención prohibida distinta" que da lugar a una "violación independiente" del Acuerdo SMC. Teniendo en cuenta nuestra decisión relativa a las exenciones fiscales en el marco del programa relativo a las EVE, se plantea la cuestión de si debemos adoptar otra resolución separada sobre la compatibilidad con la OMC de esas normas de fijación administrativa de precios.

7.125 Las Comunidades Europeas consideran que el Grupo Especial debe adoptar resoluciones separadas sobre las normas de fijación administrativa de precios y sobre las exenciones fiscales del programa relativo a las EVE porque "cada una de ellas podría existir en ausencia [de la otra] y es importante que se declare que ambas constituyen subvenciones a la exportación prohibidas, por lo cual ambas deben suprimirse".⁶⁸⁸ Las Comunidades Europeas alegan que, incluso si las exenciones relativas a las EVE se dejaran sin efecto, las normas de fijación administrativa de precios seguirían dando lugar a una condonación de ingresos públicos porque los ingresos combinados de las EVE y sus empresas matrices todavía podrían seguir beneficiándose de impuestos efectivos más bajos que los correspondientes conforme a las normas generales estadounidenses sobre precios de transferencia.⁶⁸⁹

7.126 Los Estados Unidos sostienen que las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE no podrían dar lugar a una violación independiente del Acuerdo SMC si no existieran las exenciones relativas a las EVE. En su opinión, la existencia de estas exenciones es un atributo necesario de las normas de fijación administrativa de precios, y tales normas serían superfluas y carecerían de efecto si las exenciones no existieran. Los Estados Unidos consideran asimismo que la única manera de que las exenciones relativas a las EVE pudieran dar lugar a una "violación independiente" sería que el Grupo Especial llegara a la conclusión de que las exenciones relativas a las EVE son admisibles (porque los ingresos de fuentes extranjeras no necesitan ser gravados), pero que

⁶⁸⁷ Párrafo 4.668, *supra*.

⁶⁸⁸ Párrafo 4.273, *supra*.

⁶⁸⁹ Párrafo 4.1083, *supra*.

las normas de fijación administrativa de precios dan lugar, no obstante, a que los ingresos de fuente nacional queden exentos de tributación en una medida significativa.⁶⁹⁰

7.127 Consideramos que, habiendo constatado que las exenciones previstas en el programa relativo a las EVE constituyen una subvención a la exportación incompatible con el Acuerdo SMC, no sería necesario ni apropiado que adoptáramos otra resolución independiente sobre la compatibilidad de las normas de fijación administrativa de precios. En nuestra opinión, la alegación de las Comunidades Europeas consiste en realidad en que las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE sirven para aumentar la cuantía de la subvención concedida por las exenciones relativas a las EVE. Por ejemplo, las Comunidades Europeas hacen referencia tanto a las "exenciones fiscales previstas en el régimen de las EVE *per se*, como al aumento de la cuantía de tales exenciones derivadas de la aplicación de las normas de fijación administrativa de precios".⁶⁹¹ En otra ocasión, las Comunidades Europeas mencionan que las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE "agravan" la subvención proporcionada por las exenciones relativas a las EVE.⁶⁹² Teniendo en cuenta nuestra conclusión de que las exenciones relativas a las EVE representan en su totalidad una subvención a la exportación prohibida y como, en nuestra opinión, las normas de fijación administrativa de precios aplicables a las EVE no cumplen otra función ni persiguen otra finalidad fuera del funcionamiento de esas exenciones, consideramos que hemos cumplido nuestro deber en el marco de nuestro mandato, de formular dichas constataciones con respecto a las reclamaciones de las Comunidades Europeas relativas al párrafo 1 a) del artículo 3, que ayudarán al OSD a formular sus recomendaciones.⁶⁹³

7.128 En nuestra opinión, acceder a la petición de las Comunidades Europeas de examinar las normas de fijación administrativa de precios en el caso que nos ocupa exigiría que realizáramos al menos uno de dos clases de análisis especulativos e inapropiados. En primer lugar, podríamos dejar de lado nuestras conclusiones sobre la compatibilidad con la OMC de las propias exenciones relativas a las EVE, y examinar si, en el caso de que los Estados Unidos *tuvieran* derecho a eximir de tributación a los ingresos de fuente extranjera derivados de actividades de exportación, las normas de fijación administrativa de precios darían lugar no obstante a una subvención a la exportación porque tratan como ingresos de fuente extranjera a ingresos que en realidad proceden de fuente nacional. No consideramos apropiado realizar un análisis hipotético basado en interpretaciones jurídicas que ya hemos rechazado.

7.129 En segundo lugar, podríamos examinar si, en el caso de que los Estados Unidos eliminaran las exenciones previstas en el programa relativo a las EVE pero utilizaron las normas de fijación administrativa de precios en algún otro contexto, se originaría no obstante una subvención a la exportación por el propio funcionamiento de las normas de fijación administrativa de precios. No

⁶⁹⁰ Párrafos 4.1131 a 4.1135, *supra*.

⁶⁹¹ Párrafo 4.296, *supra*.

⁶⁹² Párrafo 4.272.

⁶⁹³ El Órgano de Apelación ha explicado que un grupo especial debe abordar las reclamaciones respecto de las cuales es necesario formular una constatación para permitir que el OSD formule recomendaciones y resoluciones suficientemente precisas a fin de permitir que un Miembro dé pronto cumplimiento a esas recomendaciones y resoluciones "para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros", según lo preceptuado en el párrafo 1 del artículo 21 del ESD. Véase *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 223.

estamos autorizados para especular acerca de la compatibilidad con la OMC de tal sistema hipotético. Además, tal sistema no ha sido objeto de argumentación significativa por las partes.⁶⁹⁴

6. Conclusión

7.130 Por las razones precedentes, llegamos a la conclusión de que las exenciones relativas a las EVE constituyen una subvención supeditada a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 de ese Acuerdo. En consecuencia, y "a reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura" esas subvenciones están prohibidas.

C. RECLAMACIONES EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 1 B) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC

7.131 Las Comunidades Europeas alegan asimismo que el programa relativo a las EVE representa una subvención supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, en la medida en que las exenciones fiscales previstas en el régimen de las EVE se limitan a los ingresos derivados de la exportación de productos "cuyo justo valor en el mercado no sea imputable en más del 50 por ciento a artículos importados en los Estados Unidos".⁶⁹⁵ Los Estados Unidos responden que, como el programa relativo a las EVE no supone una subvención, no puede constituir una subvención supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Alegan asimismo que el régimen de las EVE no está prohibido por el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC porque, como se establece en la nota de pie de página 5 de dicho Acuerdo, se trata de una medida que, según el Anexo I, no constituye una subvención a la exportación. Por último, los Estados Unidos sostienen que el cumplimiento del requisito relativo al 50 por ciento se aplica al valor global del producto exportado y no solamente al contenido nacional en comparación con el contenido extranjero de sus partes componentes.⁶⁹⁶

7.132 Como cuestión inicial, debemos considerar si, teniendo en cuenta nuestra constatación de que las exenciones relativas a las EVE representan una subvención a la exportación prohibida por el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, debemos realizar otras constataciones con respecto a la reclamación de las Comunidades Europeas relativa al párrafo 1 b) del artículo 3. Como se ha observado precedentemente⁶⁹⁷, debemos formular constataciones con respecto a una reclamación en la medida necesaria para permitir que el OSD formule recomendaciones y resoluciones suficientemente precisas a fin de asegurar su pronto cumplimiento por parte de un Miembro. En el caso presente, hemos constatado que las exenciones previstas en el programa relativo a las EVE son subvenciones a la exportación prohibidas. El elemento de la definición de los "bienes de exportación" que constituye la parte central de la reclamación de las Comunidades Europeas en virtud del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC sirve simplemente para ayudar a definir el alcance de esas exenciones y

⁶⁹⁴ El único examen realizado por las Comunidades Europeas sobre la compatibilidad de este sistema hipotético consiste en unas pocas frases incluidas en su respuesta a las preguntas del Grupo Especial después de la segunda reunión, respuestas a las que los Estados Unidos no tuvieron oportunidad de hacer referencia. Si una argumentación animada es siempre importante para asegurar que un grupo especial tenga ante sí todas las consideraciones pertinentes, ello es particularmente así cuando se trata de una legislación tan compleja como el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos.

⁶⁹⁵ Artículo 927 a) 1) C) del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos.

⁶⁹⁶ Véase la sección IV.C del presente informe.

⁶⁹⁷ Véase *supra*, párrafo 7.127.

no tiene ningún otro propósito práctico.⁶⁹⁸ En consecuencia, no consideramos que sea necesario ni apropiado formular constataciones con respecto a esta reclamación.

D. RECLAMACIONES EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA

1. Reseña de los argumentos de las partes

7.133 Las Comunidades Europeas alegan que el programa relativo a las EVE representa una subvención a la exportación enumerada en el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. En opinión de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos han otorgado subvenciones a las EVE con respecto a una cantidad de exportaciones superior a los compromisos estadounidenses en materia de subvenciones a la exportación en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura y, por tanto, han actuado de modo incompatible con el párrafo 3 del artículo 3 y el artículo 8 de dicho Acuerdo. Subsidiariamente, las Comunidades Europeas alegan que el programa relativo a las EVE representa una subvención a la exportación no enumerada en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura y que, al conceder las subvenciones relativas a las EVE por una cuantía superior a sus compromisos en materia de subvenciones a la exportación en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura, los Estados Unidos han eludido sus compromisos en materia de subvenciones a la exportación, violando así el párrafo 1 del artículo 10 de dicho Acuerdo. Los Estados Unidos responden que el programa relativo a las EVE no constituye una subvención a la exportación en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura y que, en consecuencia, no han violado sus compromisos en materia de subvenciones a la exportación en el marco de dicho Acuerdo.

2. El párrafo 3 del artículo 10 y la carga de la prueba

7.134 Actualmente ya se ha establecido con claridad que, en el sistema de solución de diferencias de la OMC, incumbe al Miembro reclamante, como principio general, la carga de presentar pruebas y argumentos suficientes para establecer una presunción de violación del Acuerdo sobre la OMC.⁶⁹⁹ Ahora bien, en el caso de las reclamaciones en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura relativas a la concesión de subvenciones a la exportación con respecto a un producto, por una cantidad superior al compromiso de reducción asumido por un Miembro con respecto a ese producto, existe una disposición específica, la del párrafo 3 del artículo 10, que se refiere a la cuestión de la carga de la prueba. En consecuencia, debemos considerar la pertinencia de esa disposición a fin de distribuir la carga de la prueba en el caso que nos ocupa.

7.135 El párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura dispone lo siguiente:

"Todo Miembro que alegue que una cantidad exportada por encima del nivel de compromiso de reducción no está subvencionada deberá demostrar que para la cantidad exportada en cuestión no se ha otorgado ninguna subvención a la exportación, esté o no enumerada en el artículo 9."

⁶⁹⁸ A este respecto, no constituye quizá una sorpresa el hecho de que los argumentos de las partes en la presente diferencia se hayan centrado en la reclamación de las Comunidades Europeas en virtud del párrafo 1 a) del artículo 3. Aunque resulta claro que la reclamación de las Comunidades Europeas en virtud del párrafo 1 b) del artículo 3 no ha sido abandonada, las cuestiones jurídicas relativas a esa reclamación no fueron analizadas en profundidad por ninguna de las partes.

⁶⁹⁹ Véase, por ejemplo, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 23 de mayo de 1997, páginas 14 a 16.

7.136 Consideramos que es evidente, y las partes no lo cuestionan, que el párrafo 3 del artículo 10 tiene el efecto de desplazar del Miembro reclamante al Miembro demandado la carga de demostrar que no se han concedido subvenciones a la exportación con respecto a ninguna cantidad de un producto agropecuario exportado por encima del nivel de compromiso de reducción de ese Miembro, si el Miembro demandado alega -como lo hacen los Estados Unidos- que esa cantidad no ha sido subvencionada. Por ende, en el caso presente, como las Comunidades Europeas han alegado que el programa relativo a las EVE representa una subvención a la exportación disponible con respecto a los productos agropecuarios, y una vez que las Comunidades Europeas han establecido que los Estados Unidos han exportado una cantidad de un producto agropecuario por encima del nivel de su compromiso de reducción, incumbe a los Estados Unidos presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar que no se ha otorgado ninguna subvención a la exportación con respecto a la cantidad en cuestión. Los Estados Unidos podían cumplir esta obligación presentando pruebas y argumentos suficientes para demostrar que el programa relativo a las EVE no representa una subvención a la exportación, que los beneficios correspondientes a las EVE no se conceden con respecto a una cantidad del producto en cuestión por encima del nivel de su compromiso de reducción, o ambas cosas a la vez.

7.137 Ahora bien, las partes no están de acuerdo en cuanto a cuáles son los productos sujetos a un "nivel de compromiso de reducción" y, por lo tanto, sujetos a esta inversión de la carga de la prueba. En opinión de los Estados Unidos, un producto está sujeto a un compromiso de reducción sólo si ha sido enumerado en la sección II, Parte IV de la Lista de un Miembro; los productos no enumerados no están sujetos a un compromiso de reducción. Las Comunidades Europeas, por su parte, consideran que tanto los productos enumerados como los no enumerados están sujetos a compromisos de reducción; en el caso de un producto no enumerado, el nivel de compromiso de reducción es cero. Como las Comunidades Europeas han alegado que los Estados Unidos han violado sus "niveles de compromiso de reducción" tanto con respecto a productos enumerados como a productos no enumerados, debemos resolver si el párrafo 3 del artículo 10 es aplicable en el caso de los productos no enumerados antes de examinar el fondo de las reclamaciones planteadas.⁷⁰⁰

7.138 Al examinar esta cuestión, es necesario dilucidar si los productos que no figuran en la Lista de un Miembro están sujetos a "compromisos de reducción" en el sentido del párrafo 3 del artículo 10. En nuestra opinión, un Miembro que no ha consignado en la Lista un producto determinado puede no obstante tener un *compromiso* con respecto a ese producto, en la medida en que el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo le prohíbe conceder las subvenciones a la exportación enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 con respecto a ese producto. Sin embargo, no consideramos que ese Miembro tenga un compromiso de *reducción* con respecto a un producto no consignado en la Lista.

7.139 La expresión "compromiso de reducción" en su sentido corriente sugiere que el Miembro concedía subvenciones a la exportación con respecto al producto en el período de base pertinente cuando elaboró su Lista, pero se comprometió a reducir la cantidad de ese producto que se beneficiaba de las subvenciones a la exportación previstas en el párrafo 1 del artículo 9 durante el período de aplicación. Ahora bien, en el caso de los productos no consignados en listas, el compromiso del Miembro consiste en que no *otorgará* ninguna subvención a la exportación con respecto a ese producto, y no en que *reducirá* la cantidad del producto respecto del cual otorga la subvención. Por lo tanto, la expresión "compromiso de reducción" en su sentido corriente no se aplicaría a los productos no consignados en listas.

⁷⁰⁰ Aunque las partes tampoco están de acuerdo en cuanto a si los productos que figuran en la Lista de un Miembro a un nivel cero están sujetos a "compromisos de reducción", ninguno de los productos consignados en la Lista de los Estados Unidos tiene un nivel cero. Véase la Lista XX - Estados Unidos de América, sección II, Parte IV. En consecuencia, no es necesario que decidamos si los productos consignados a un nivel cero están sujetos a "compromisos de reducción" en el sentido del párrafo 3 del artículo 10.

7.140 Nuestra conclusión se ve confirmada cuando la expresión "compromiso de reducción", utilizada en el párrafo 3 del artículo 10, se lee en su contexto. Observamos a este respecto que el título del artículo 10 es "Prevención de la elusión de los compromisos en materia de subvenciones a la exportación". Aunque el párrafo 3 del artículo 10 se refiere a los niveles de los *compromisos de reducción*, el párrafo 1 de dicho artículo, así como el título del artículo 10, se refiere más generalmente a la elusión de los *compromisos* en materia de subvenciones a la exportación. No podemos suponer que esta distinción entre dos disposiciones del mismo artículo, tan próximas entre sí, haya sido involuntaria. Por el contrario, parecería que el artículo 10 distingue entre "compromisos en materia de subvenciones a la exportación", una expresión amplia que se refiere tanto a los compromisos relativos a los productos consignados en listas como a los no consignados, y "compromisos de reducción", una expresión más restringida, relativa específicamente a los productos consignados en listas.

7.141 Además, observamos que el artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, titulado "Incorporación de las concesiones y los compromisos", se refiere a las obligaciones en materia de subvenciones a la exportación con respecto a los productos consignados en listas y también a los no consignados. Si la expresión "compromiso de reducción" fuera aplicable tanto a los productos consignados en listas como a los no consignados, cabría esperar que el título de ese artículo hiciera referencia a los "compromisos de reducción" y no simplemente a los "compromisos". Esto también parecería confirmar que la expresión "compromisos de reducción" se refiere a esa subcategoría de "compromisos" relativa a los productos consignados en listas.

7.142 Por último, nos referiremos a la opinión de las Comunidades Europeas, de que no hay ningún motivo por el cual el párrafo 3 del artículo 10 se deba aplicar a los productos consignados en listas, pero no a los productos no consignados. No obstante, podemos concebir diversos motivos por los que los redactores podían haber establecido tal distinción. En particular, es razonable suponer que el párrafo 3 del artículo 10 pone a cargo del Miembro demandado la carga de probar que no se ha concedido ninguna subvención a la exportación con respecto a ninguna cantidad de un producto exportado por encima de su nivel de compromiso de reducción debido a la preocupación de que, por lo general, la parte reclamante no tiene acceso a la información necesaria para acreditar *prima facie* una violación. Sin embargo, en la mayor parte de los casos debería ser más fácil para la parte reclamante el demostrar que una subvención a la exportación se ha otorgado con respecto a las exportaciones de un producto determinado, con independencia de la cuantía -como sucedería en el caso de los productos no consignados en listas, respecto de los cuales el compromiso establecido en el párrafo 3 del artículo 3 consiste en no otorgar ninguna subvención a la exportación enumerada en el párrafo 1 del artículo 9-, que demostrar que una subvención a la exportación se ha otorgado con respecto a una cantidad de un producto por encima de un nivel determinado.⁷⁰¹

7.143 En conclusión, consideramos que el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura impone a los Estados Unidos la carga de presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar que no se ha concedido ninguna subvención a la exportación con respecto a ninguna cantidad de un producto exportado por encima de los niveles del compromiso de reducción que figura en su Lista para ese producto. Sin embargo, en el caso de los productos no consignados en listas, incumbe a las Comunidades Europeas la carga de presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar que se han otorgado subvenciones a la exportación con respecto a ese producto.

⁷⁰¹ Las dificultades serían particularmente notables en los casos en que se conceden diversas subvenciones a la exportación con respecto a un producto sujeto a un nivel de compromiso superior a cero. En este caso, incluso si el Miembro reclamante conociera la cantidad de las exportaciones que se benefician de cada una de las subvenciones a la exportación, no sabría si las diferentes subvenciones se otorgan con respecto a las mismas exportaciones o si se otorgan distintas subvenciones con respecto a diferentes exportaciones.

3. Reclamación en virtud del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura

7.144 Nos ocuparemos a continuación de la reclamación de las Comunidades Europeas, en el sentido de que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, al otorgar subvenciones a las EVE por encima de sus compromisos de reducción en virtud de dicho Acuerdo.

7.145 El párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura establece lo siguiente:

"A reserva de las disposiciones de los párrafos 2 b) y 4 del artículo 9, ningún Miembro otorgará subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 con respecto a los productos o grupos de productos agropecuarios especificados en la sección II de la Parte IV de su Lista por encima de los niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades especificados en la misma ni otorgará tales subvenciones con respecto a un producto agropecuario no especificado en esa sección de su Lista."

7.146 Se podrá constatar una violación del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura si se determina: a) que un Miembro otorga "subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9" de ese Acuerdo; y b) con respecto a un producto consignado en la Lista, que esas subvenciones a la exportación se otorgan por encima de los niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y/o cantidades especificados en su Lista o, con respecto a un producto no consignado en la Lista, que se otorga a alguna de tales subvenciones.

a) ¿Es el programa relativo a las EVE una subvención a la exportación enumerada en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura?

7.147 Con relación a la primera cuestión indicada *supra*, las Comunidades Europeas alegan que el programa relativo a las EVE crea subvenciones a la exportación abarcadas por el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. El párrafo 1 d) del artículo 9 establece lo siguiente:

"Las subvenciones a la exportación que se enumeran están sujetas a los compromisos de reducción contraídos en virtud del presente Acuerdo:

.....

d) el otorgamiento de subvenciones para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios (excepto los servicios de asesoramiento y promoción de exportaciones de amplia disponibilidad) incluidos los costos de manipulación, perfeccionamiento y otros gastos de transformación, y los costos de los transportes y fletes internacionales."

7.148 Para que el programa relativo a las EVE quede abarcado por el párrafo 1 d) del artículo 9, se deben cumplir dos criterios. *En primer lugar*, debe haber un "otorgamiento de subvenciones". *En segundo lugar*, el otorgamiento de esas subvenciones debe estar destinado a "reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios". Examinaremos cada uno de estos criterios.

ii) ¿Es el programa relativo a las EVE una "subvención" en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura?

7.149 En lo que respecta a determinar si el programa relativo a las EVE es una subvención en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura, observamos que, aunque la expresión "subvenciones a la

exportación" se define en el párrafo e) del Acuerdo sobre la Agricultura, el término "subvención" no se define en ninguna parte de dicho Acuerdo. En consecuencia, las partes se han referido al término "subvención" según se lo define en el Acuerdo SMC -y, en el caso de los Estados Unidos, al concepto de subvención según se lo utiliza en el artículo XVI del GATT de 1994- como el contexto pertinente para la interpretación de ese término utilizado en el Acuerdo sobre la Agricultura. En efecto, las partes se han basado en los argumentos que han presentado en el contexto de las reclamaciones de las Comunidades Europeas en virtud del Acuerdo SMC para fundar sus opiniones con respecto a si existe una "subvención" en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura.

7.150 Estamos de acuerdo con las partes en que el artículo 1 del Acuerdo SMC, que define el término "subvención" a los fines del Acuerdo SMC, representa un contexto sumamente pertinente para la interpretación de la palabra "subvención" en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura, ya que es el único artículo del Acuerdo sobre la OMC que ofrece una definición de dicho término. Por supuesto, esto no significa decir que la definición de "subvención" que figura en el Acuerdo SMC, que se aplica "[a] los efectos del presente Acuerdo [es decir, el SMC]", sea directamente aplicable al Acuerdo sobre la Agricultura. En particular, no podemos excluir *a priori* que pueda haber casos en los que las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre la Agricultura podrían conducir a un grupo especial a la conclusión de que el término "subvención" utilizado en el Acuerdo sobre la Agricultura tiene un significado diferente, en un contexto determinado, del establecido en el artículo 1 del Acuerdo SMC. No obstante, como principio general, y a reserva de toda disposición del Acuerdo sobre la Agricultura que diera lugar a una deducción opuesta⁷⁰², consideramos que una medida que represente una subvención en el sentido del Acuerdo SMC será también una subvención en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura.

7.151 En la sección VII.B.3 del presente informe, hemos considerado en detalle si el programa relativo a las EVE otorga subvenciones en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC y hemos llegado a la conclusión de que sí lo hace. Teniendo en cuenta nuestras opiniones acerca de la pertinencia del artículo 1 del Acuerdo SMC en la interpretación del término "subvención" utilizado en el Acuerdo sobre la Agricultura, y no existiendo ninguna argumentación de las partes en el sentido de que alguna disposición del Acuerdo sobre la Agricultura sugiera una interpretación diferente, consideramos que el programa relativo a las EVE otorga una subvención en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura.⁷⁰³

iii) *¿Tienen las subvenciones relativas a las EVE el efecto de "reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios"?*

7.152 Tras haber determinado que el programa relativo a las EVE otorga subvenciones en el sentido del Acuerdo sobre la Agricultura, debemos examinar a continuación si dichas subvenciones se otorgan "para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios" en el sentido del párrafo 1 d) del artículo 9.

⁷⁰² Por ejemplo, una medida enumerada como subvención a la exportación en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura es una subvención a la exportación a los fines del Acuerdo sobre la Agricultura, con independencia de la definición de subvención que figura en el Acuerdo SMC.

⁷⁰³ Los Estados Unidos alegan que el término "subvención" utilizado en el Acuerdo sobre la Agricultura se debe interpretar a la luz del artículo 1 del Acuerdo SMC y también del párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994. Sin embargo, es el Acuerdo SMC y no el artículo XVI del GATT de 1994 el que contiene una definición del término "subvención". Además, ya hemos desestimado los argumentos de los Estados Unidos, de que el Entendimiento de 1981 forma parte del GATT de 1994 o de que, en todo caso, el artículo 1 se debe interpretar, a la luz de ese Entendimiento, en el sentido de que no abarca el programa relativo a las EVE. En consecuencia, no encontramos ningún fundamento para considerar que el Entendimiento de 1981 debe determinar nuestra interpretación del término "subvención" utilizado en el Acuerdo sobre la Agricultura.

7.153 Las Comunidades Europeas alegan que, al reducir las obligaciones impositivas derivadas de las ventas en el extranjero, el programa relativo a las EVE reduce los costos de comercialización de las exportaciones. Las Comunidades Europeas señalan que las subvenciones relativas a las EVE se relacionan por su naturaleza con la distribución o la comercialización de las exportaciones porque comercialización significa publicidad y promoción y ofrecimiento de ventas, y todas éstas son actividades que las EVE deben realizar o cuya responsabilidad tienen a su cargo. Los Estados Unidos responden que el programa relativo a las EVE no reduce los costos de comercialización, sino que simplemente reduce las obligaciones impositivas de las EVE; los costos realizados por una empresa no varían según que ésta presente o no una declaración fiscal como EVE. Los Estados Unidos sostienen asimismo que los redactores del Acuerdo sobre la OMC sabían como distinguir entre las subvenciones relacionadas con los impuestos y las no relacionadas con los impuestos, y que, si los redactores del párrafo 1 d) del artículo 9 hubieran tenido la intención de que esa disposición se aplicara a las medidas relacionadas con los impuestos, así lo hubieran establecido concretamente.

7.154 Al examinar esta cuestión, observamos en primer lugar que las subvenciones relativas a las EVE se otorgan con respecto a la "comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios". Observamos a este respecto que el término "comercialización" ha sido definido, entre otras formas, como "un conjunto de funciones involucradas en la transferencia de derechos y el desplazamiento de mercancías, del productor al consumidor, con inclusión, entre otras actividades, de la compra, la venta, el almacenamiento, el transporte, la normalización, la financiación, la absorción de riesgos y el suministro de información sobre el mercado".⁷⁰⁴ De conformidad con la legislación estadounidense, las actividades que debe realizar una EVE para que sus ingresos puedan gozar de las exenciones previstas en el régimen de las EVE con respecto a una transacción se relacionan con la publicidad y la promoción de ventas, el trámite de los pedidos de los clientes y las disposiciones para la entrega de los bienes de exportación, el transporte, la determinación y transmisión de facturas extranjeras y la absorción de riesgos de crédito.⁷⁰⁵ A nuestro juicio, estas actividades se incluyen claramente en el sentido corriente del término "comercialización". Aunque, por supuesto, una EVE puede desempeñar otras funciones con respecto a la venta de bienes de exportación en el extranjero, es difícil imaginar una función que una EVE pueda realizar en el extranjero con respecto a los bienes de exportación que no se incluya en el concepto de comercialización.

7.155 Si las subvenciones se conceden a las EVE con respecto a la comercialización, ¿se otorgan para "reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios"? Consideramos que la respuesta es afirmativa. A este respecto, observamos que, como cuestión comercial práctica y hablando corrientemente, los impuestos sobre la renta forman parte del costo de la actividad comercial. Como las subvenciones otorgadas a las EVE reducen el impuesto sobre la renta que debe pagar el exportador con respecto a las actividades de comercialización, dichas subvenciones reducen efectivamente los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios.

7.156 En todo caso, se debe considerar que una subvención como la otorgada a las EVE, que se concede para compensar los costos de comercialización de productos agropecuarios, reduce los costos de comercialización de productos agropecuarios. En nuestra opinión, la expresión "para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios" se refiere a la finalidad y la función de las subvenciones en cuestión, y no a su forma. A nuestro juicio, otra conclusión introduciría distinciones entre las subvenciones según el modo en que se conceden, con lo que se colocaría la forma por encima del fondo. Esto quitaría al párrafo 1 d) del artículo 9 todo significado práctico. Con arreglo a la interpretación puramente formalista que proponen los Estados Unidos, el

⁷⁰⁴ *Webster's Third International Dictionary*, Vol. II.

⁷⁰⁵ Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, artículo 924 e).

único modo concebible de reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios sería mediante la introducción de modificaciones en la eficiencia de las empresas interesadas o en la estructura de los costos de comercialización que esas empresas tienen en el mercado. En consecuencia, incluso la concesión, por parte de un gobierno, de servicios de comercialización a precios subvencionados no sería considerada, según esta interpretación, como una *reducción* de los costos de comercialización, sino que se estimaría que simplemente desplaza algunos de esos costos del exportador al gobierno.

7.157 En nuestra opinión, es necesario leer el párrafo 1 d) del artículo 9 de un modo que tenga un funcionamiento eficaz. Desde esta perspectiva, los costos del *exportador* se ven reducidos, ya sea que el gobierno le proporcione servicios a precios subvencionados, otorgue subvenciones a un tercero de modo que éste proporcione al exportador servicios de comercialización a precios reducidos, o conceda al exportador subvenciones para compensar una parte de los costos de comercialización.

7.158 Por último, nos referiremos a la opinión de los Estados Unidos según la cual, al parecer, el párrafo 1 d) del artículo 9 no puede incluir subvenciones relacionadas con impuestos. Consideramos que esta opinión no tiene un fundamento sólido. El párrafo 1 d) del artículo 9 se refiere simplemente a las subvenciones, un término que aplica a una amplia variedad de contribuciones financieras que otorgan un beneficio, sea bajo la forma de una transferencia directa de fondos (por ejemplo, una donación), la condonación de ingresos públicos, la aportación de bienes o servicios o la compra de bienes. Si los redactores del Acuerdo sobre la Agricultura hubieran tenido la intención de limitar el alcance del párrafo 1 d) del artículo 9 a las medidas no relacionadas con los impuestos, presumimos que así lo habrían expresado.⁷⁰⁶

7.159 Por las razones precedentes, constatamos que el programa relativo a las EVE supone el otorgamiento de una subvención para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios en el sentido del párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura.⁷⁰⁷

b) ¿Cabe afirmar que las subvenciones otorgadas a las EVE con respecto a productos consignados en la Lista superan los niveles de compromiso de los Estados Unidos en materia de cantidades?

7.160 En la sección precedente, hemos constatado que las subvenciones relativas a las EVE son subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. En virtud de la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3 de dicho Acuerdo, ningún Miembro otorgará tales subvenciones "con respecto a los productos o grupos de productos agropecuarios especificados en la sección II de la Parte IV de su Lista [es decir, su Lista de compromisos en materia de subvenciones a la exportación] por encima de los niveles de compromiso en materia de [...] cantidades especificadas en la misma [...]".

⁷⁰⁶ Los Estados Unidos sugieren asimismo que, con arreglo a la interpretación de las Comunidades Europeas, el párrafo 1 d) del artículo 9 se aplicaría a las desgravaciones del IVA. Sin embargo, los impuestos sobre el valor añadido no se relacionan principalmente con la comercialización, sino que guardan relación con toda la cadena de producción. En cualquier caso, una desgravación no excesiva del IVA no sería, por supuesto, una subvención en el sentido del Acuerdo SMC, de conformidad con la nota 1 de dicho Acuerdo, y presumimos que esta conclusión -sobre la cual no tenemos necesidad de decidir- sería igualmente aplicable en el contexto del Acuerdo sobre la Agricultura.

⁷⁰⁷ Las Comunidades Europeas no han alegado que el programa relativo a las EVE represente una subvención a la exportación enumerada en ningún otro apartado del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. En consecuencia, si bien no excluimos la posibilidad de que el programa relativo a las EVE también pueda representar una subvención a la exportación en virtud del párrafo 1 a) del artículo 9, no es necesario que resolvamos aquí esta cuestión, y por tanto no lo hacemos.

7.161 También hemos visto que, con respecto a los productos consignados en listas, sólo después de que la parte reclamante haya demostrado que un producto agropecuario ha sido exportado por encima del nivel de su compromiso de reducción, el párrafo 3 del artículo 10 invierte la carga de la prueba, de modo tal que el Miembro demandado debe presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar que no se ha concedido ninguna subvención a la exportación con respecto a la cantidad de un producto agropecuario exportado, por encima del nivel de compromiso de reducción especificado para ese producto en la Lista del Miembro.

7.162 En el caso que nos ocupa, las Comunidades Europeas han presentado pruebas con respecto al nivel de exportaciones de sólo uno de los productos consignados en la Lista: el trigo. Estos datos, provenientes de una base de datos de las Naciones Unidas, muestran una cantidad de exportaciones de trigo durante cada uno de los años 1995, 1996 y 1997, que superan considerablemente los niveles de compromiso de los Estados Unidos en materia de cantidades, correspondientes a esos años, según lo especificado en su Lista.⁷⁰⁸ Los Estados Unidos no han cuestionado la exactitud de estos datos, ni han afirmado que exista una situación como la descrita en el párrafo 2 b) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. Por ende, a nuestro juicio las Comunidades Europeas han presentado pruebas y argumentos suficientes para demostrar que los Estados Unidos exportaron trigo por encima de sus niveles de compromiso en materia de cantidades, correspondientes a esos años.

7.163 A la luz de las pruebas y los argumentos presentados por las Comunidades Europeas, incumbe a los Estados Unidos, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura, el presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar que no se ha otorgado ninguna subvención, con inclusión de las relativas a las EVE, con respecto al trigo exportado en cantidades superiores a sus niveles de compromiso de reducción en los años 1995, 1996 ó 1997. Sin embargo, los Estados Unidos no han presentado ninguna prueba con relación a la utilización de las subvenciones correspondientes a las EVE en lo que respecta al trigo, ni con respecto al volumen de trigo exportado sin el beneficio de subvenciones a la exportación.⁷⁰⁹ Por lo tanto, los Estados Unidos no han presentado pruebas y argumentos suficientes para demostrar que no se han concedido subvenciones a la exportación con respecto al trigo exportado por los Estados Unidos en cantidades superiores al nivel de compromiso de reducción especificado en su Lista.

7.164 Las Comunidades Europeas no han presentado prueba alguna de que los Estados Unidos hayan exportado ningún otro producto agropecuario en una cantidad superior a sus niveles de compromiso de reducción especificados en su Lista. Por consiguiente, y por las razones examinadas en la sección VII.D.2 del presente informe, la inversión de la carga de la prueba establecida en el párrafo 3 del artículo 10 no se aplica con respecto a esos productos y, por tanto, no existe fundamento para que constatemos que se han concedido subvenciones a la exportación con respecto a productos consignados en la Lista, excepto el trigo, en cantidades superiores a los niveles de compromiso de reducción de los Estados Unidos.

⁷⁰⁸ Se resumen a continuación los datos pertinentes:

Año	Exportaciones (en miles de toneladas)	Niveles de compromiso en materia de cantidades (en miles de toneladas)
1995	32.413	20.238
1996	31.131	19.095
1997	25.744	17.952

Fuente: Comext2 - Comtrade (SA).

⁷⁰⁹ En realidad, la única prueba que consta en el expediente con relación a la utilización de las subvenciones relativas a las EVE con respecto al trigo indica que, en 1992, se presentaron 27 declaraciones de las EVE relativas a "cereales y habas de soja". Daniel S. Holick, *Foreign Sales Corporations* (1992), cuadro 1, Prueba 12 de las CE.

7.165 Por las razones precedentes, constatamos que los Estados Unidos han otorgado subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura, con respecto al trigo, durante los años 1995 a 1997, por encima de los niveles de compromiso en materia de cantidades especificados en su Lista, contrariamente a sus obligaciones dimanantes de la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3 de dicho Acuerdo.⁷¹⁰

c) ¿Se otorgan las subvenciones relativas a las EVE con respecto a productos no consignados en la Lista?

7.166 En virtud de la segunda cláusula del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, ningún Miembro otorgará subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 con respecto a los productos agropecuarios no especificados en la Lista de compromisos en materia de subvenciones a la exportación de dicho Miembro.

7.167 En la sección VII.D.3 a) del presente informe, hemos llegado a la conclusión de que las subvenciones relativas a las EVE son subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. En la sección VII.D.2 de este informe hemos llegado también a la conclusión de que la inversión de la carga de la prueba prevista en el párrafo 3 del artículo 10 del Acuerdo sólo se aplica en el contexto de una supuesta violación de los compromisos de reducción de las subvenciones a la exportación en virtud de la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3. En consecuencia, incumbe a las Comunidades Europeas la carga de presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar que los Estados Unidos, contrariamente a lo dispuesto en la segunda cláusula del párrafo 3 del artículo 3, otorga subvenciones a las EVE con respecto a productos no consignados en su Lista.

7.168 Las Comunidades Europeas alegan que la simple disponibilidad de las subvenciones correspondientes a las EVE con respecto a cualquier producto agropecuario no consignado en la Lista constituye por sí misma una violación del Acuerdo sobre la Agricultura. Los Estados Unidos sostienen que la mera disponibilidad de una subvención a la exportación no constituye una violación de dicho Acuerdo. En consecuencia, debemos examinar si la disponibilidad de las subvenciones relativas a las EVE con respecto a productos no consignados en la Lista constituye por sí misma una violación de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de la segunda cláusula del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura. Observamos a este respecto que los Estados Unidos no han cuestionado que las subvenciones relativas a las EVE están de hecho a disposición de las EVE que realizan actividades de comercialización para la exportación de cualquier producto agropecuario, ni niegan que una EVE que cumpla los requisitos pertinentes tiene derecho, en virtud de las

⁷¹⁰ Las Comunidades Europeas no sostienen, con respecto a los productos *consignados en la Lista*, que la *disponibilidad* de subvenciones a las EVE -que se diferencia de su concesión efectiva- represente el otorgamiento de subvenciones a la exportación enumeradas en el artículo 9 por encima de los compromisos de reducción de los Estados Unidos, dando lugar así a la violación de la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura. Por el contrario, las Comunidades Europeas, respondiendo a una pregunta del Grupo Especial, declararon que:

"[d]ado el hecho de que los Estados Unidos han contraído un compromiso de nivel cero respecto de algunos productos agropecuarios, la disponibilidad obligatoria de las subvenciones relativas a las EVE para cualquier producto agropecuario (es decir, el hecho de que toda persona que desee exportar cualquier producto agropecuario tiene derecho a las subvenciones relativas a las EVE) es en sí mismo una violación de los artículos 3 y 8."

Recordamos también que ninguno de los productos enumerados en la Lista de los Estados Unidos ha sido consignado a nivel cero. En consecuencia, no es necesario que decidamos sobre esta cuestión, y por tanto no lo hacemos.

disposiciones pertinentes del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, a las subvenciones correspondientes a las EVE.

7.169 Al abordar esta cuestión, debemos examinar en primer lugar si, en la prohibición contenida en la segunda cláusula del párrafo 3 del artículo 3, en el sentido de que ningún Miembro "otorgará" ("provide" en la versión inglesa) subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 con respecto a los productos agropecuarios no especificados en la Lista de compromisos en materia de subvenciones a la exportación de dicho Miembro, debe interpretarse que el término "provide" significa que tales subvenciones a la exportación estén disponibles y no que tiene el sentido más restringido de otorgar o pagar efectivamente tales subvenciones con respecto a las exportaciones de productos agropecuarios no consignados en listas. De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, tenemos que resolver esta cuestión con arreglo al sentido corriente que debe darse al término "provide" en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin de las disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura en cuanto se refieren a la utilización de subvenciones a la exportación.

7.170 En nuestra opinión, el sentido corriente del término "provide" incluye el concepto de poner algo a disposición, así como el de conceder o pagar efectivamente esa cosa (en el caso presente, las subvenciones a la exportación enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura). Además, la siguiente definición que figura en el *Shorter Oxford English Dictionary* confirma que el término "provide" no está limitado en su uso ordinario y corriente a la concesión o pago efectivo de tales subvenciones: "6 v.t. Suministrar o proporcionar para su utilización; poner a disposición [...]".⁷¹¹

7.171 Nos referiremos al argumento de los Estados Unidos, de que en varias de las disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura relativas a las subvenciones a la exportación, con inclusión de la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3, se utiliza una redacción que podría sugerir que la disponibilidad de una subvención a la exportación no constituye por sí misma una violación de las disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura.⁷¹² Sin embargo, salvo una excepción, todas las disposiciones citadas por los Estados Unidos en apoyo de su proposición, en el sentido de que la disponibilidad de una subvención a la exportación no constituye por sí misma una violación del Acuerdo sobre la Agricultura, se refieren a la utilización permitida de subvenciones a la exportación en el contexto diferente de los compromisos de reducción con respecto a productos consignados en

⁷¹¹ *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), página 2393.

⁷¹² Las disposiciones citadas por los Estados Unidos a este respecto son las siguientes:

- a) la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3, que dispone que ningún Miembro "otorgará subvenciones a la exportación [...] por encima de los niveles de compromiso en materia de desembolsos presupuestarios y cantidades especificados [en la Lista del Miembro]";
- b) el párrafo 2 a) ii) del artículo 9, que hace referencia a "[...] la cantidad máxima [...] respecto a la cual podrán concederse en ese año tales subvenciones.";
- c) el párrafo 1 del artículo 10, que establece que: "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 compromisos en materia de subvenciones a la exportación; [...]"; y
- d) el párrafo 3 del artículo 10, que se refiere a la necesidad de "[...] demostrar que para la cantidad exportada en cuestión no se ha otorgado ninguna subvención a la exportación [...]".

listas.⁷¹³ La única excepción se refiere a la disposición contraria a la elusión que figura en el párrafo 1 del artículo 10. Sin embargo, esta disposición se refiere sólo a las subvenciones a la exportación *no* enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9, mientras que el párrafo 3 del artículo 3 se refiere únicamente a las subvenciones a la exportación que *están* enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9.

7.172 Los Estados Unidos alegan asimismo que la redacción del párrafo 3 del artículo 10 utiliza el término "otorgado" ("grant" en la versión inglesa) con referencia a la utilización de subvenciones superiores a los niveles de compromiso, y que el empleo de este lenguaje en el párrafo 3 del artículo 10 puede indicar que el término "provide" que figura en la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3 debe tener un significado más restringido, es decir, el de la concesión efectiva. No obstante, aún si esto fuera así⁷¹⁴ - cuestión que no es necesario que decidamos en la presente diferencia, y no lo hacemos⁷¹⁵ - no consideramos que tal interpretación más restrictiva del término "provide" utilizado en la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3 en ningún caso afecte necesariamente al significado del término "provide" utilizado en la segunda cláusula del mismo párrafo.

7.173 Con respecto al objeto y fin, consideramos que la segunda cláusula del párrafo 3 del artículo 3 establece la prohibición de conceder subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 con respecto a productos no consignados en listas. Esta prohibición refleja el objetivo a largo plazo del Acuerdo sobre la Agricultura, expresado en su preámbulo:

"establecer un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado, y [...] que deberá iniciarse un proceso de reforma mediante la negociación de compromisos sobre la ayuda y la protección y mediante el establecimiento de normas y disciplinas del GATT reforzadas y de un funcionamiento más eficaz."

7.174 En nuestra opinión, una interpretación restrictiva del término "provide" que figura en la segunda cláusula del párrafo 3 del artículo 3 resultaría problemática desde el punto de vista de la aplicación de esta prohibición, ya que otros Miembros no podrían hacer valer sus derechos de impugnar las subvenciones a la exportación cuando éstas fueran puestas a disposición, sino únicamente después de que ya hubiesen sido concedidas y el daño se hubiera producido.

7.175 Sobre la base del examen precedente, llegamos a la conclusión de que la segunda cláusula del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura prohíbe *que se pongan a disposición* las subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 del artículo 9 con respecto a productos no consignados en listas.

7.176 Los Estados Unidos no han negado que las subvenciones relativas a las EVE estén de hecho a disposición de las EVE que realizan actividades de comercialización de productos agropecuarios, ni tampoco niegan el hecho de que una EVE que cumpla los requisitos pertinentes tiene derecho a las subvenciones correspondientes, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código de

⁷¹³ En lo que respecta al párrafo 3 del artículo 10, nos remitimos a nuestra conclusión, contenida en el párrafo 7.143 *supra*, en el sentido de que el párrafo 3 del artículo 10 se aplica sólo en el contexto de los productos *consignados en listas*.

⁷¹⁴ Sin embargo, observamos a este respecto que el *Shorter Oxford English Dictionary* refleja una variedad de definiciones del término "grant", entre las cuales figuran las siguientes: "3. La concesión o el otorgamiento oficial de un derecho, etc.; la donación o asignación de dinero, etc., de un fondo". Además, no se puede simplemente suponer *a priori* que el párrafo 3 del artículo 10 sirve para definir el alcance de la primera cláusula del párrafo 3 del artículo 3, y mucho menos que define el alcance de la segunda cláusula de ese artículo.

⁷¹⁵ Véase la nota de pie de página 708, *supra*.

Rentas Internas de los Estados Unidos. En consecuencia, el Grupo Especial constata que los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con sus obligaciones dimanantes de la segunda cláusula del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura al poner a disposición las subvenciones relativas a las EVE con respecto a productos agropecuarios no sujetos a compromisos de reducción en su Lista de la OMC.

4. Reclamación en virtud del artículo 8 del Acuerdo sobre la Agricultura

7.177 El artículo 8 del Acuerdo sobre la Agricultura establece que "[c]ada Miembro se compromete a no conceder subvenciones a la exportación más que de conformidad con el presente Acuerdo". Hemos constatado que los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con sus obligaciones en virtud del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura con respecto al trigo y con respecto a todos los productos no consignados en la Lista. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos también han actuado de forma incompatible con sus obligaciones en virtud del artículo 8 de dicho Acuerdo.⁷¹⁶

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 A la luz de las constataciones precedentes, llegamos a la conclusión de que, mediante el programa relativo a las EVE:

- a) los Estados Unidos han actuado, a reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura, de forma incompatible con sus obligaciones en virtud del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC al conceder o mantener subvenciones a la exportación prohibidas por esa disposición;
- b) los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con sus obligaciones en virtud del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura (y en consecuencia con sus obligaciones en virtud del artículo 8 de ese Acuerdo):
 - al otorgar subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura por encima de los niveles de compromiso en materia de cantidades especificados en la Lista de los Estados Unidos con respecto al trigo;
 - al otorgar subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 d) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura con respecto a todos los productos no consignados en la Lista.

8.2 Como el párrafo 8 del artículo 3 del ESD establece que "[e]n los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un Acuerdo abarcado [con inclusión del Acuerdo SMC y el Acuerdo sobre la Agricultura], se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo", llegamos a la conclusión de que -en la medida en que los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con el Acuerdo SMC y el Acuerdo sobre la Agricultura- han anulado o menoscabado ventajas resultantes para las Comunidades Europeas de dichos Acuerdos.

⁷¹⁶ A la luz de nuestra constatación de que el programa relativo a las EVE es una subvención a la exportación enumerada en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura, no es necesario que abordemos la reclamación subsidiaria de las Comunidades Europeas en virtud del párrafo 1 del artículo 10 de ese Acuerdo.

8.3 Con respecto a nuestras conclusiones relativas al Acuerdo SMC, *recomendamos*, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 de dicho Acuerdo, que el OSD solicite a los Estados Unidos que retire sin demora las subvenciones relativas a las EVE.

8.4 Con respecto a nuestras conclusiones relativas al Acuerdo sobre la Agricultura, *recomendamos* que los Estados Unidos pongan el programa relativo a las EVE en conformidad con sus obligaciones dimanantes de ese Acuerdo en lo que respecta a las subvenciones a la exportación.

8.5 En cuanto a nuestra recomendación en virtud del Acuerdo SMC, el párrafo 7 del artículo 4 de ese Acuerdo establece que "el Grupo Especial especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida [es decir, la medida que, según se ha constatado, es una subvención prohibida]".

8.6 Las Comunidades Europeas solicitan que el Grupo Especial especifique que los Estados Unidos deben retirar sus subvenciones relativas a las EVE al comienzo del ejercicio económico del año 2000. Los Estados Unidos responden que toda modificación del programa relativo a las EVE exigiría medidas legislativas más que administrativas y que, en consecuencia, sería necesario un plazo más largo. Los Estados Unidos observan asimismo que su ejercicio económico del año 2000 comienza el 1º de octubre de 1999 y que, en caso de que el presente informe fuera apelado, la apelación aún no se habría resuelto en esa fecha. En su respuesta, las Comunidades Europeas sugieren que el Grupo Especial especifique dos fechas separadas, una aplicable en el caso de apelación y otra en el caso de que no hubiera apelación.

8.7 Al examinar esta cuestión, observamos en primer lugar que el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC exige que el Miembro retire la subvención prohibida "sin demora" y que "a este respecto" el grupo especial debe especificar el plazo dentro del cual debe retirarse la medida. En consecuencia, el plazo especificado debe ser compatible con el requisito de que la subvención sea retirada "sin demora".

8.8 Dado que la aplicación de la recomendación del Grupo Especial requerirá la adopción de medidas legislativas (un hecho reconocido por las Comunidades Europeas), que el ejercicio económico de los Estados Unidos del año 2000 comienza el 1º de octubre de 1999, y que no se prevé que el presente informe se distribuya a los Miembros hasta septiembre de 1999 (y, en el caso de ser apelado, podría no adoptarse hasta comienzos de la primavera del año 2000), no consideramos como posibilidad práctica que los Estados Unidos estén en condiciones de adoptar las medidas legislativas necesarias para el 1º de octubre de 1999. Siendo así, y actuando de buena fe, esto no puede describirse de ningún modo como una "demora". No obstante, esta limitación temporal objetiva no existirá efectivamente a partir del próximo ejercicio económico (2001), que comienza el 1º de octubre del año 2000. Como ésta sería la primera fecha viable en la que los Estados Unidos podrían aplicar nuestra recomendación, ella satisface el criterio de "sin demora" establecido en el párrafo 7 del artículo 4. En consecuencia, especificamos que las subvenciones relativas a las EVE se deberán retirar de manera efectiva a más tardar el 1º de octubre del año 2000.
