



ARGENTINA - MEDIDAS RELATIVAS AL COMERCIO DE MERCANCÍAS Y SERVICIOS

AB-2015-8

Informe del Órgano de Apelación

Índice

	<u>Página</u>
1 INTRODUCCIÓN	10
2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES	15
3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES	15
4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN	16
5 ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO	17
5.1 La distinción entre países cooperadores y no cooperadores	17
5.2 Medida 1: Retención por intereses o retribuciones pagados	18
5.3 Medida 2: Presunción de incremento patrimonial no justificado	19
5.4 Medida 3: Valoración de transacciones basada en precios de transferencia	20
5.5 Medida 4: Regla de imputación de gastos	20
5.6 Medida 5: Requisitos relativos a los servicios de reaseguro	21
5.7 Medida 6: Requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales.....	22
5.8 Medida 7: Requisitos para el registro de sucursales.....	23
5.9 Medida 8: Requisito de autorización cambiaria	23
5.10 Medidas impugnadas por Panamá.....	24
5.11 Instrumentos internacionales pertinentes para la defensa de la Argentina	24
6 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN	25
6.1 Párrafo 1 del artículo II y artículo XVII del AGCS - "Similitud"	25
6.1.1 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS.....	26
6.1.2 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo XVII del AGCS	28
6.1.3 Alegaciones y argumentos formulados en apelación	29
6.1.4 "Similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS	30
6.1.5 Presunción de "similitud".....	34
6.1.6 Alegaciones formuladas por la Argentina en apelación	37
6.1.6.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo II del AGCS.....	37
6.1.6.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS.....	42
6.1.6.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.....	43
6.2 Párrafo 1 del artículo II y artículo XVII del AGCS - "Trato no menos favorable"	44
6.2.1 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS.....	44
6.2.2 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo XVII del AGCS	46
6.2.3 Alegaciones y argumentos formulados en apelación	47

6.2.4	La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación de la expresión "trato no menos favorable" que figura en el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS.....	48
6.2.4.1	La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su articulación del criterio jurídico del "trato no menos favorable"	48
6.2.4.2	La cuestión de si el Grupo Especial utilizó un criterio jurídico erróneo al aplicar el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS	57
6.2.5	La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del artículo XVII del AGCS	63
6.2.6	Conclusión	64
6.3	Apartado c) del artículo XIV del AGCS	65
6.3.1	Introducción	65
6.3.2	La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al no centrar su análisis en los aspectos pertinentes de las medidas que dieron lugar a las constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS	67
6.3.2.1	El centro del análisis de las "medidas" en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS	68
6.3.2.2	Los aspectos pertinentes de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 examinados por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II y del apartado c) del artículo XIV del AGCS	69
6.3.2.3	Conclusión	72
6.3.3	Necesarias para lograr la observancia de leyes y reglamentos	72
6.3.3.1	Las constataciones formuladas por el Grupo Especial.....	72
6.3.3.2	La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas están diseñadas para lograr la observancia de leyes y reglamentos.....	76
6.3.3.3	La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes	82
6.3.4	Conclusión general sobre el apartado c) del artículo XIV del AGCS.....	88
6.4	Párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS	88
6.4.1	Introducción.....	88
6.4.2	Alegaciones y argumentos formulados en apelación	89
6.4.3	El ámbito de aplicación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros	91
6.4.4	Errores concretos que alega Panamá en la interpretación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros realizada por el Grupo Especial.....	94
6.4.5	Conclusión	96
7	CONSTATAACIONES Y CONCLUSIONES	96
APÉNDICE		99

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviatura	Descripción
AFIP	Administración Federal de Ingresos Públicos
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
Banco Central Argentino	Banco Central de la República Argentina
Comunicación "A" N° 4662	Comunicación "A" N° 4662 del Banco Central de la República Argentina, de 11 de mayo de 2007
Comunicación "A" N° 4692	Comunicación "A" N° 4692 del Banco Central de la República Argentina, de 31 de julio de 2007
Comunicación "A" N° 4940	Comunicación "A" N° 4940 del Banco Central de la República Argentina, de 12 de mayo de 2009
Constitución de la Argentina	Constitución de la Nación Argentina
CPC	Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas
Decreto N° 589/2013	Decreto N° 589 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de mayo de 2013
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
Foro Global	Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales
G-20	Grupo de los 20
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
informe del Grupo Especial	informe del Grupo Especial, <i>Argentina - Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios</i> , WT/DS453/R
Ley contra el Lavado de Activos	Ley N° 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, de 5 de mayo de 2000
Ley de Impuesto a las Ganancias	Ley N° 20.628 de Impuesto a las Ganancias, de 29 de diciembre de 1973
Ley de Procedimiento Tributario	Ley N° 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, aprobado vía Decreto N° 821/1998, de 13 de julio de 1998, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 20 de julio de 1998
Ley de Sociedades Comerciales	Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales, de 3 de abril de 1972
Ley Penal Tributaria	Ley Penal Tributaria N° 24.769
Normas de la Comisión Nacional de Valores	Normas de la Comisión Nacional de Valores, Nuevo Texto 2013 (Título XI), aprobado por la Resolución General N° 622
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
países cooperadores	países que la Argentina clasifica como "países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal"
países no cooperadores	países que la Argentina clasifica como "países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal"
Procedimientos de trabajo	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010
Resolución AFIP N° 3.576/2013	Resolución General N° 3.576 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de diciembre de 2013
Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero	Resolución General N° 7 de la Inspección General de Justicia, de 25 de agosto de 2005, modificada por la Resolución General N° 1/2014 de la Inspección General de Justicia, de 8 de abril de 2014

Abreviatura	Descripción
Resolución SSN N° 35.615/2011	Resolución N° 35.615 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 11 de febrero de 2011, modificada por el artículo 4 de la Resolución SSN N° 35.794/2011 y los artículos 1 y 2 de la Resolución SSN N° 38.284/2014
Resolución SSN N° 35.794/2011	Resolución N° 35.794 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 19 de mayo de 2011
Resolución SSN N° 38.284/2014	Resolución N° 38.284 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 21 de marzo de 2014
SSN	Superintendencia de Seguros de la Nación

**PRUEBAS DOCUMENTALES PRESENTADAS AL GRUPO ESPECIAL
CITADAS EN EL PRESENTE INFORME**

Prueba o Pruebas documentales presentadas al Grupo Especial	Descripción
ARG-22	Informe de la OCDE, <i>Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios</i> (OECD, <i>Addressing Base Erosion and Profit Shifting</i>) (2013)
ARG-25	Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación (febrero de 2012)
ARG-27	Resolución N° 35.615 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 11 de febrero de 2011, modificada por el artículo 4 de la Resolución SSN N° 35.794/2011 y los artículos 1 y 2 de la Resolución SSN N° 38.284/2014
ARG-31/PAN-71	Comunicación "A" N° 4940 del Banco Central de la República Argentina, de 12 de mayo de 2009
ARG-32	Ley N° 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, de 5 de mayo de 2000
ARG-33/PAN-62	Resolución General N° 7 de la Inspección General de Justicia, de 25 de agosto de 2005, modificada por la Resolución General N° 1/2014 de la Inspección General de Justicia, de 8 de abril de 2014
ARG-35/PAN-3	Decreto N° 589 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de mayo de 2013
ARG-37/PAN-3	Resolución General N° 3.576 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de diciembre de 2013
ARG-41	Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información, <i>Cooperación en Materia Tributaria 2009: Hacia un Campo de Juego Nivelado</i> (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Tax Co-operation 2009: Towards a Level Playing Field) (OCDE, 2009)
ARG-42/PAN-4	Ley N° 20.628 de Impuesto a las Ganancias, de 29 de diciembre de 1973
ARG-43/PAN-34	Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales, de 3 de abril de 1972
ARG-45/PAN-9	Ley N° 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, aprobado vía Decreto N° 821/1998, de 13 de julio de 1998, publicado en el <i>Boletín Oficial de la República Argentina</i> el 20 de julio de 1998
ARG-47	Resolución N° 38.284 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 21 de marzo de 2014
ARG-48/PAN-40	Resolución N° 35.794 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 19 de mayo de 2011
ARG-50/PAN-58	Normas de la Comisión Nacional de Valores, Nuevo Texto 2013 (Título XI), aprobado por la Resolución General N° 622
ARG-69/PAN-67	Comunicación "A" N° 4662 del Banco Central de la República Argentina, de 11 de mayo de 2007
ARG-70/PAN-68	Comunicación "A" N° 4692 del Banco Central de la República Argentina, de 31 de julio de 2007
ARG-135	Resolución N° 38.708 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 6 de noviembre de 2014, y su Anexo (Reglamento General de la Actividad Aseguradora)
PAN-7	Declaración jurada autenticada preparada por un experto jurídico en cuestiones bancarias, de 14 de marzo de 2014
PAN-36	Resolución N° 35.615 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 11 de febrero de 2011, modificada por el artículo 4 de la Resolución SSN N° 35.794/2011
PAN-72	Comunicación "B" N° 7953 del Banco Central de la República Argentina, de 15 de agosto de 2003

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Argentina - Pielés y cueros</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados</i> , WT/DS155/R y Corr.1, adoptado el 16 de febrero de 2001
<i>Argentina - Medidas relativas a la importación</i>	Informes del Grupo Especial, <i>Argentina - Medidas que afectan a la importación de mercancías</i> , WT/DS438/R y Add.1 / WT/DS444/R y Add.1 / WT/DS445/R y Add.1, adoptados el 26 de enero de 2015, modificado (WT/DS438/R) y confirmados (WT/DS444/R / WT/DS445/R) por los informes del Órgano de Apelación WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R
<i>Brasil - Neumáticos recauchutados</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados</i> , WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
<i>Canadá - Automóviles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS139/R, WT/DS142/R, adoptado el 19 de junio de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R
<i>Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado</i> , WT/DS276/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004
<i>Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado</i> , WT/DS276/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS276/AB/R
<i>Canadá - Publicaciones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones</i> , WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997
<i>CE - Amianto</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto</i> , WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
<i>CE - Banano III</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos</i> , WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997
<i>CE - Banano III (Ecuador)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación del Ecuador</i> , WT/DS27/R/ECU, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Ecuador</i> , WT/DS27/RW/ECU, adoptado el 6 de mayo de 1999
<i>CE - Medidas compensatorias sobre las microplaquetas para DRAM</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Medidas compensatorias sobre las microplaquetas para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea</i> , WT/DS299/R, adoptado el 3 de agosto de 2005
<i>CE - Preferencias arancelarias</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo</i> , WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004
<i>CE - Productos derivados de las focas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas</i> , WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptados el 18 de junio de 2014
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS316/AB/R, adoptado el 1º de junio de 2011
<i>China - Partes de automóviles</i>	Informes del Grupo Especial, <i>China - Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles</i> , WT/DS339/R, Add.1 y Add.2 / WT/DS340/R, Add.1 y Add.2 / WT/DS342/R, Add.1 y Add.2, adoptados el 12 de enero de 2009, confirmado (WT/DS339/R) y modificados (WT/DS340/R / WT/DS342/R) por los informes del Órgano de Apelación WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>China - Publicaciones y productos audiovisuales</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento</i> , WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010
<i>China - Publicaciones y productos audiovisuales</i>	Informe del Grupo Especial, <i>China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento</i> , WT/DS363/R y Corr.1, adoptado el 19 de enero de 2010, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS363/AB/R
<i>China - Servicios de pago electrónico</i>	Informe del Grupo Especial, <i>China - Determinadas medidas que afectan a los servicios de pago electrónico</i> , WT/DS413/R y Add.1, adoptado el 31 de agosto de 2012
<i>China - Tierras raras</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno</i> , WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptados el 29 de agosto de 2014
<i>Colombia - Puertos de entrada</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada</i> , WT/DS366/R y Corr.1, adoptado el 20 de mayo de 2009
<i>Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
<i>Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada</i> , WT/DS161/R, WT/DS169/R, adoptado el 10 de enero de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
<i>Estados Unidos - Acero inoxidable (México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México</i> , WT/DS344/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 2008
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012
<i>Estados Unidos - Aves de corral (China)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China</i> , WT/DS392/R, adoptado el 25 de octubre de 2010
<i>Estados Unidos - Camarones (Tailandia)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a los camarones procedentes de Tailandia</i> , WT/DS343/R, adoptado el 1° de agosto de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS343/AB/R, WT/DS345/ABR
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor</i> , WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012
<i>Estados Unidos - EPO</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)</i> , WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS108/AB/RW

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Gasolina</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional</i> , WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)</i> , WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , WT/DS285/R, adoptado el 20 de abril de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS285/AB/R
<i>India - Automóviles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>India - Medidas que afectan al sector del automóvil</i> , WT/DS146/R, WT/DS175/R y Corr.1, adoptado el 5 de abril de 2002
<i>Japón - Bebidas alcohólicas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
<i>Japón - Manzanas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas</i> , WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
<i>México - Impuestos sobre los refrescos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas</i> , WT/DS308/AB/R, adoptado el 24 de marzo de 2006
<i>México - Medidas antidumping sobre el arroz</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>México - Medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz, Reclamación con respecto al arroz</i> , WT/DS295/AB/R, adoptado el 20 de diciembre de 2005
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas</i> , WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas</i> , WT/DS371/R, adoptado el 15 de julio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS371/AB/R
<i>Turquía - Arroz</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Turquía - Medidas que afectan a la importación de arroz</i> , WT/DS334/R, adoptado el 22 de octubre de 2007

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Argentina - Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios

Panamá, *Apelante/apelado*
Argentina, *Otro apelante/apelado*

Australia, *Tercero participante*
Arabia Saudita, *Tercero participante*
Brasil, *Tercero participante*
China, *Tercero participante*
Ecuador, *Tercero participante*
Estados Unidos, *Tercero participante*
Guatemala, *Tercero participante*
Honduras, *Tercero participante*
India, *Tercero participante*
Omán, *Tercero participante*
Singapur, *Tercero participante*
Unión Europea, *Tercero participante*

AB-2015-8

Sección del Órgano de Apelación:

Chang, Presidente de la Sección
Bhatia, Miembro
Zhang, Miembro

1 INTRODUCCIÓN

1.1. Panamá y la Argentina apelan, cada uno, determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial, *Argentina - Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*¹ (informe del Grupo Especial). El Grupo Especial fue establecido el 25 de junio de 2013 para examinar una reclamación presentada por Panamá² con respecto a determinadas medidas de corte financiero, tributario, cambiario y registral adoptadas por la Argentina, cada una de las cuales distingue entre "países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" (países cooperadores) y "países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" (países no cooperadores) de conformidad con el Decreto N° 589/2013³ de la Administración Federal de Ingresos Públicos de la Argentina (AFIP). En particular, Panamá impugnó las ocho medidas siguientes⁴:

Medida 1: Una presunción irrefutable de que los pagos realizados por los consumidores argentinos a los acreedores ubicados en países no cooperadores en determinadas transacciones representan una ganancia neta del 100% a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias, aplicada en virtud del artículo 93 c) de la Ley de Impuesto a las Ganancias⁵ (retención por intereses o retribuciones pagados);

Medida 2: Una presunción refutable de incremento patrimonial no justificado aplicable a todo ingreso de fondos -a favor de contribuyentes argentinos- procedente de países no cooperadores en el contexto de una determinación de oficio de la materia imponible por parte de la AFIP a efectos del impuesto a las ganancias, aplicada en virtud de la disposición sin número agregada a continuación del artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario⁶ (presunción de incremento patrimonial no justificado);

¹ WT/DS453/R, 30 de septiembre de 2015.

² Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, WT/DS453/4, 13 de mayo de 2013.

³ Decreto N° 589 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de mayo de 2013 (Decreto N° 589/2013) (Pruebas documentales ARG-35 y PAN-3 presentadas al Grupo Especial).

⁴ En la sección 5 del presente informe figura una descripción más detallada de estas medidas.

⁵ Ley N° 20.628 de Impuesto a las Ganancias, de 29 de diciembre de 1973 (Ley de Impuesto a las Ganancias) (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial).

⁶ Ley N° 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, aprobado vía Decreto N° 821/1998, de 13 de julio de 1998, publicado en el *Boletín Oficial de la República Argentina* el 20 de julio de 1998 (Ley de Procedimiento Tributario) (Pruebas documentales ARG-45 y PAN-9 presentadas al Grupo Especial).

Medida 3: La obligación de aplicar métodos de valoración basados en precios de transferencia a las transacciones efectuadas entre contribuyentes argentinos y sujetos de países no cooperadores a los efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias, aplicada en virtud del párrafo 5 del artículo 8 y el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (valoración de transacciones basada en precios de transferencia);

Medida 4: La imputación de gastos por transacciones concluidas entre contribuyentes argentinos y sujetos de países no cooperadores a los ejercicios fiscales en los que se produce el pago efectivo de las transacciones con el fin de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias, aplicada en virtud del último párrafo del artículo 18 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (regla de imputación de gastos);

Medida 5: Determinados requisitos que los proveedores de servicios de países no cooperadores deben cumplir para acceder al mercado argentino de servicios de reaseguro, aplicados en virtud de la Resolución SSN N° 35.615/2011⁷, modificada por el artículo 4 de la Resolución SSN N° 35.794/2011⁸ y la Resolución SSN N° 38.284/2014⁹ (requisitos relativos a los servicios de reaseguro);

Medida 6: Determinados requisitos que los intermediarios bursátiles¹⁰ deben cumplir para dar curso a operaciones ordenadas por sujetos de países no cooperadores, aplicados en virtud del artículo 5 de la Sección III del Título XI ("Prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo") de las Normas de la Comisión Nacional de Valores¹¹ (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales);

Medida 7: Determinados requisitos que las sociedades de países no cooperadores deben cumplir para inscribir sucursales en el Registro Público de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aplicados en virtud del artículo 192 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero¹² (requisitos para el registro de sucursales); y

Medida 8: Un requisito de obtener la conformidad previa del Banco Central de la República Argentina (Banco Central Argentino) para acceder al Mercado Único Libre de Cambios para la compra de divisas por las operaciones de repatriaciones de inversiones directas e inversiones de portafolio cuando el beneficiario del exterior resida o esté constituido o

⁷ Resolución N° 35.615 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 11 de febrero de 2011 (Resolución SSN N° 35.615/2011) (Pruebas documentales ARG-27 y PAN-36 presentadas al Grupo Especial).

⁸ Resolución N° 35.794 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 19 de mayo de 2011 (Resolución SSN N° 35.794/2011) (Pruebas documentales ARG-48 y PAN-40 presentadas al Grupo Especial). En el artículo 4 de esa Resolución se desarrolla el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.24.)

⁹ Resolución N° 38.284 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 21 de marzo de 2014 (Resolución SSN N° 38.284/2014) (Prueba documental ARG-47 presentada al Grupo Especial). Por esta Resolución se reemplazan los puntos 18 y 20 f) del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.24.) Aunque la Resolución SSN N° 35.794/2011 y la Resolución SSN N° 38.284/2014 no se mencionaron en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Grupo Especial identificó estos dos instrumentos jurídicos como parte de su mandato. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.20.) Al mismo tiempo, el Grupo Especial constató que otra modificación de la Resolución SSN N° 35.615/2011 -introducida mediante la Resolución N° 38.708 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 6 de noviembre de 2014, y su Anexo: Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Prueba documental ARG-135 presentada al Grupo Especial)- no estaba comprendida en su mandato, y decidió que en consecuencia no consideraría la modificación contenida en esa Resolución en su análisis de la Medida 5. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.19.)

¹⁰ Por "intermediarios bursátiles" se entiende los sujetos indicados en el artículo 1 de las Normas de la Comisión Nacional de Valores, que comprenden "los Agentes de Negociación, los Agentes de Liquidación y Compensación, los Agentes de Distribución y Colocación, y los Agentes de Administración de Productos de Inversión Colectiva". (Informe del Grupo Especial, nota 53 al párrafo 2.35 (donde se hace referencia a las Normas de la Comisión Nacional de Valores, *infra*, nota 11).)

¹¹ Normas de la Comisión Nacional de Valores, Nuevo Texto 2013 (Título XI), aprobado por la Resolución General N° 622 (Normas de la Comisión Nacional de Valores) (Pruebas documentales ARG-50 y PAN-58 presentadas al Grupo Especial).

¹² Resolución General N° 7 de la Inspección General de Justicia, de 25 de agosto de 2005 (Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero) (Pruebas documentales ARG-33 y PAN-62 presentadas al Grupo Especial).

domiciliado en un país no cooperador, aplicado en virtud de la Comunicación "A" N° 4940¹³, Numeral I, del Banco Central Argentino (requisito de autorización cambiaria).

1.2. Por lo que respecta a las obligaciones que corresponden a la Argentina en virtud del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), Panamá alegó ante el Grupo Especial que las ocho medidas impugnadas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS porque otorgan a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores un trato menos favorable que el concedido a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.¹⁴ Panamá también alegó que las Medidas 2, 3 y 4 son incompatibles con el artículo XVII del AGCS porque otorgan a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores un trato menos favorable que el concedido a los servicios y proveedores de servicios similares nacionales.¹⁵ Por lo que respecta a la Medida 5, Panamá alegó asimismo que es incompatible con los párrafos 1 y 2 a) del artículo XVI del AGCS porque la Argentina limita el número de proveedores de servicios extranjeros y les otorga un trato menos favorable que el especificado en su Lista de compromisos.¹⁶

1.3. Por lo que respecta a las obligaciones que corresponden a la Argentina en virtud del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994), Panamá alegó que las Medidas 2 y 3 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 porque se concede a los productos procedentes de países cooperadores una ventaja, favor, privilegio o inmunidad que no se concede a los productos similares procedentes de países no cooperadores.¹⁷ Panamá también alegó que la Medida 3 es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque coloca a los productos importados de los países no cooperadores en una situación menos favorable que aquella en la que se encuentran los productos similares nacionales.¹⁸ Alternativamente a su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III, Panamá alegó que la Medida 3 es incompatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 porque establece condiciones limitantes a la importación/exportación de productos de/hacia los países no cooperadores.¹⁹

1.4. La Argentina solicitó que el Grupo Especial rechazara en su totalidad las alegaciones formuladas por Panamá.²⁰ Alternativamente, en el caso de que el Grupo Especial constatará la incompatibilidad de estas medidas con las disposiciones del AGCS alegadas por Panamá, la Argentina invocó: el apartado c) del artículo XIV del AGCS, con respecto a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8²¹; el apartado d) del artículo XIV del AGCS, con respecto a las Medidas 2, 3 y 4²²; y el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS, con respecto a las Medidas 5 y 6.²³ Además, en el caso de que el Grupo Especial constatará que la Argentina actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I, el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 con respecto a las medidas en cuestión, la Argentina adujo que están justificadas al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994.²⁴ La Argentina sostuvo que las medidas en litigio constituyen medidas fiscales defensivas que están en consonancia con las recomendaciones del Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales (Foro Global), y que sirven para proteger la base imponible de la Argentina previniendo la evasión fiscal, la elusión fiscal y el fraude.²⁵ La Argentina sostuvo asimismo que esas medidas sirven para prevenir el encubrimiento y el lavado de activos de origen delictivo, que están en consonancia con el marco del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)²⁶, y que sirven para proteger a los inversores y preservar la solidez del sistema financiero argentino.²⁷

¹³ Comunicación "A" N° 4940 del Banco Central de la República Argentina, de 12 de mayo de 2009 (Comunicación "A" N° 4940) (Pruebas documentales ARG-31 y PAN-71 presentadas al Grupo Especial).

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.a-h.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.b-d.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.e.

¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.b-c.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.c.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.c.

²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.3.

²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.526.

²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.765.

²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.781.

²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1070.

²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.527 y 7.534.

²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.534.

²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.786 y 7.789.

1.5. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 30 de septiembre de 2015. En lo que respecta a las alegaciones formuladas por Panamá al amparo del AGCS, el Grupo Especial constató que:

- a. el AGCS es aplicable a las ocho medidas porque hay comercio de servicios y las ocho medidas en litigio afectan al comercio de servicios en el sentido del párrafo 1 del artículo I del AGCS²⁸;
- b. las ocho medidas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS porque no otorgan inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de países no cooperadores un trato no menos favorable que el que conceden a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de países cooperadores²⁹;
- c. las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el artículo XVII del AGCS porque otorgan a los servicios y a los proveedores de servicios de países no cooperadores un trato no menos favorable que el que dispensan a los servicios similares y proveedores de servicios similares argentinos, en los servicios y modos de suministro relevantes en los que la Argentina ha contraído compromisos específicos³⁰;
- d. las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 "no están amparadas bajo la excepción del Artículo XIV(c) del AGCS porque su aplicación constituye una discriminación arbitraria e injustificable en el sentido del *chapeau* del Artículo XIV del AGCS"³¹; y
- e. las Medidas 5 y 6 "no están amparadas por el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros porque no han sido adoptadas por motivos cautelares en el sentido de dicha disposición".³²

1.6. Asimismo, en lo que respecta a la Medida 5, el Grupo Especial rechazó las alegaciones formuladas por Panamá al amparo de los párrafos 2 a) y 1 del artículo XVI del AGCS, y constató, respectivamente, que la medida no está abarcada por el párrafo 2 a) del artículo XVI³³ y que Panamá no había acreditado un caso *prima facie* de incompatibilidad al respecto.³⁴ En lo que se refiere a las Medidas 2, 3 y 4, como el Grupo Especial había constatado que no son incompatibles con el artículo XVII del AGCS, el Grupo Especial se abstuvo de pronunciarse sobre si dichas medidas están amparadas bajo la excepción prevista en el apartado d) del artículo XIV del AGCS.³⁵

1.7. Por lo que respecta a las alegaciones formuladas por Panamá al amparo del GATT de 1994 en relación con las Medidas 2 y 3, el Grupo Especial rechazó las alegaciones de Panamá al amparo del párrafo 1 del artículo I.³⁶ El Grupo Especial constató que Panamá no había acreditado que la Medida 2 constituya un reglamento y formalidad relativa a las exportaciones ni una carga que grava las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de exportaciones, en el sentido del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.³⁷ El Grupo Especial también constató que Panamá no había acreditado que la Medida 3 constituya una cuestión a que se refiere al párrafo 4 del artículo III ni un reglamento y formalidad relativa a las exportaciones o importaciones, en el sentido del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.³⁸ En relación con la Medida 3, el Grupo Especial rechazó las alegaciones de Panamá al amparo del párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 porque, respectivamente, Panamá no había acreditado que la medida sea una cuestión a que se refiere el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994³⁹, y la medida no está abarcada por el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 al ser de naturaleza impositiva o tributaria.⁴⁰ Por último, al haber rechazado las

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.a.

²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.b.

³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.c.

³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.d.

³² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.e.

³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.3.

³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.4.

³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.5.

³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.a-b.

³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.a.

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.b.

³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.c.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.d.

alegaciones formuladas por Panamá al amparo del párrafo 1 del artículo I, el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994, el Grupo Especial se abstuvo de pronunciarse sobre si dichas medidas están amparadas bajo la excepción prevista en el apartado d) del artículo XX del GATT de 1994.⁴¹

1.8. El 27 de octubre de 2015, Panamá notificó al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentó un anuncio de apelación y una comunicación del apelante de conformidad con las Reglas 20 y 21, respectivamente, de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación⁴² (Procedimientos de trabajo). El 2 de noviembre de 2015, la Argentina notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentó un anuncio de otra apelación y una comunicación en calidad de otro apelante de conformidad con la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo. El 16 de noviembre de 2015, la Argentina y Panamá presentaron sendas comunicaciones del apelado.⁴³ El 19 de noviembre de 2015, Australia, el Brasil, los Estados Unidos, Guatemala y la Unión Europea presentaron sendas comunicaciones en calidad de tercero participante.⁴⁴ Ese mismo día, Singapur notificó su intención de comparecer en la audiencia en calidad de tercero participante.⁴⁵ Posteriormente, la Arabia Saudita, China, el Ecuador, Honduras, la India y Omán notificaron, cada uno de ellos, su intención de comparecer en la audiencia en calidad de tercero participante.⁴⁶

1.9. El 19 de noviembre de 2015, justo antes de la hora límite de las 17 h fijada en el plan de trabajo de la apelación para la presentación de las comunicaciones y los resúmenes en calidad de tercero participante, Australia envió al Órgano de Apelación y a los participantes y terceros participantes en esta apelación una comunicación electrónica en la que indicaba que había omitido incluir el resumen de su comunicación escrita en calidad de tercero participante, y que procuraría por todos los medios enviar el resumen la mañana siguiente. El 20 de noviembre de 2015, Australia presentó un resumen de su comunicación en calidad de tercero participante. Ese mismo día, la Sección del Órgano de Apelación que entiende en esta apelación envió una carta a Australia en la que la informaba de que el resumen no había sido presentado en conformidad con el plan de trabajo oficial. La Sección invitó a Australia a presentar una solicitud escrita en la que explicara la razón por la que el resumen debiera no obstante ser incluido en el *addendum*⁴⁷ del informe del Órgano de Apelación en este procedimiento.

1.10. El 24 de noviembre de 2015, Australia presentó una solicitud de que el resumen de su comunicación en calidad de tercero participante se incluyera en el *addendum* del informe del Órgano de Apelación en caso de que la Sección considerara que ello no entrañaba falta de equidad para con ninguno de los participantes en esta apelación, y teniendo en cuenta la poca extensión y el alcance limitado de su comunicación escrita, y que se había puesto remedio a la falta de resumen a la mayor brevedad posible. El 25 de noviembre de 2015, la Sección invitó a los participantes y terceros participantes a formular por escrito observaciones sobre esta cuestión. El Brasil, los Estados Unidos y la Unión Europea presentaron cada uno de ellos observaciones. La Unión Europea señaló que, si bien el párrafo 1 de la Regla 18 de los Procedimientos de trabajo, en principio, había de hacerse cumplir de manera estricta, la decisión de la Sección debía tener en cuenta las circunstancias atenuantes concretas que concurrían en el presente caso, entre ellas que

⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.7.

⁴² WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010.

⁴³ De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo.

⁴⁴ De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

⁴⁵ De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

⁴⁶ El 21 de enero de 2016, la Arabia Saudita, China, la India y Omán presentaron cada uno la lista de su delegación para la audiencia; el 22 de enero de 2016, el Ecuador presentó la lista de su delegación para la audiencia; y el 25 de enero de 2016, Honduras presentó la lista de su delegación para la audiencia a la Secretaría del Órgano de Apelación y a los participantes y terceros participantes en esta diferencia. A los efectos de la presente apelación, hemos interpretado que estas acciones constituyen notificaciones en las que se expresa la intención comparecer en la audiencia como tercero participante de conformidad con párrafo 4 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

⁴⁷ De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación de 11 de marzo de 2015, contenida en el documento WT/AB/23.

Australia había informado del descuido al Órgano de Apelación y a todos los participantes antes de que venciera el plazo, así como la naturaleza del documento. El Brasil y los Estados Unidos consideraron que no había motivo para que la Sección no aceptara la solicitud de Australia en las circunstancias del caso, ya que, a su juicio, ningún participante había sufrido perjuicio alguno porque Australia hubiera presentado tardíamente el resumen de su comunicación escrita.

1.11. Observamos que el Órgano de Apelación ha declarado que el cumplimiento por parte de todos los participantes de los plazos establecidos para la presentación de las comunicaciones es un elemento importante de las debidas garantías procesales y "guarda relación con la equidad y el orden de las actuaciones" a que se hace referencia en el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo.⁴⁸ Estas consideraciones también son válidas con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas. En las circunstancias concretas de este caso, hemos aceptado la solicitud de Australia de que se incluya el resumen de su comunicación escrita en calidad de tercero participante en el *addendum* de este informe del Órgano de Apelación.

1.12. Mediante carta de 22 de diciembre de 2015, el Presidente del Órgano de Apelación notificó al Presidente del OSD que el Órgano de Apelación no podría distribuir su informe en el plazo de 60 días que estipula el párrafo 5 del artículo 17 del ESD, ni en el plazo de 90 días previsto en esa misma disposición.⁴⁹ El Presidente del Órgano de Apelación explicó que ello se debía a varios factores, entre ellos el número y la complejidad de las cuestiones planteadas en este procedimiento y en otros concurrentes, la carga de trabajo de los servicios de traducción de la Secretaría de la OMC, la escasez de funcionarios en la Secretaría del Órgano de Apelación, el período de vacaciones que se avecinaba, así como las dificultades de programación derivadas de una significativa carga de trabajo, la superposición en la composición de las Secciones que entendían en las apelaciones pendientes al mismo tiempo ante el Órgano de Apelación y las limitaciones resultantes de la necesidad de funcionarios con conocimientos de español, cuyo número en la Secretaría del Órgano de Apelación era limitado. El 22 de febrero de 2016, el Presidente del Órgano de Apelación informó al Presidente del OSD de que el informe en este procedimiento se distribuiría el 19 de abril de 2016 a más tardar.⁵⁰

1.13. La audiencia en esta apelación se celebró los días 28 y 29 de enero de 2016. Los participantes y ocho terceros participantes (Australia, el Brasil, China, los Estados Unidos, Guatemala, Honduras, Omán y la Unión Europea) formularon declaraciones iniciales y/o finales. Los participantes y los terceros participantes respondieron a preguntas planteadas por los Miembros de la Sección que entiende en la apelación.

2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

2.1. Las alegaciones y argumentos de los participantes están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas facilitados al Órgano de Apelación.⁵¹ Los anuncios de apelación y de otra apelación, así como los resúmenes de las alegaciones y argumentos de los participantes, figuran en los anexos A y B del *addendum* al presente informe, WT/DS453/AB/R/Add.1.

3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES

3.1. Los argumentos de los terceros participantes que han presentado una comunicación en calidad de tercero están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas facilitados al Órgano de Apelación⁵², y figuran en el anexo C del *addendum* al presente informe, WT/DS453/AB/R/Add.1.

⁴⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero inoxidable (México)*, párrafo 164.

⁴⁹ WT/DS453/9.

⁵⁰ WT/DS453/10.

⁵¹ De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación". (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015.)

⁵² De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación". (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015.)

4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN

4.1. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- a. por lo que respecta al párrafo 1 del artículo II del AGCS, si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Medidas 1 a 8 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS y, en particular:
 - i. si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la expresión "servicios similares y ... proveedores de servicios similares" (planteada por la Argentina);
 - ii. si el Grupo Especial incurrió en error en su asignación de la carga de la prueba (planteada por la Argentina);
 - iii. si el Grupo Especial incurrió en error al acreditar *prima facie* la "similitud" en favor de Panamá sin que hubiera pruebas ni argumentos jurídicos (planteada por la Argentina);
 - iv. si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" (planteada por la Argentina); y
 - v. si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la expresión "trato no menos favorable" (planteada por Panamá);
- b. por lo que respecta al artículo XVII del AGCS, si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS y, en particular:
 - i. si el Grupo Especial incurrió en error al basarse en sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo II en su análisis de la expresión "servicios similares o proveedores de servicios similares" en el marco del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS (planteada por la Argentina);
 - ii. si el Grupo Especial incurrió en error al acreditar *prima facie* la "similitud" en favor de Panamá sin que hubiera pruebas ni argumentos jurídicos (planteada por la Argentina);
 - iii. si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" a tenor del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS (planteada por la Argentina); y
 - iv. si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la expresión "trato no menos favorable" (planteada por Panamá);
- c. por lo que respecta a la aplicación por el Grupo Especial del apartado c) del artículo XIV del AGCS a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8:
 - i. si el Grupo Especial incurrió en error al no centrar su análisis en los aspectos pertinentes de las medidas que dieron lugar a las constataciones de que esas medidas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS (planteada por Panamá);
 - ii. si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que esas medidas están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes (planteada por Panamá); y
 - iii. si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que esas medidas son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes (planteada por Panamá); y

- d. si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS al constatar que esa disposición ampara todo tipo de medidas que afecten al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1 a) del Anexo.

5 ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO

5.1. Antes de pasar a las cuestiones de derecho e interpretación jurídica planteadas en esta apelación, ofrecemos una visión general de las ocho medidas en litigio en esta diferencia. Ante el Grupo Especial, Panamá impugnó cuatro medidas fiscales distintas (Medidas 1, 2, 3 y 4) y cuatro medidas relativas, respectivamente, al acceso al sector de reaseguros, al acceso al mercado de capitales argentinos, al registro de sucursales de empresas extranjeras y al acceso al mercado de cambios (Medidas 5 a 8). Todas esas medidas se basan en la distinción entre países "cooperadores" y países "no cooperadores" establecida en el Decreto N° 589/2013.⁵³

5.2. Comenzamos describiendo la distinción entre países cooperadores y países no cooperadores que subyace en cada una de las ocho medidas impugnadas por Panamá. Seguidamente, describimos las ocho medidas específicas en litigio sobre la base de las constataciones fácticas del Grupo Especial.⁵⁴ Por último, nos ocupamos brevemente de los instrumentos internacionales pertinentes a la defensa de la Argentina elaborados por el Foro Global y el GAFI. Para conocer más detalles sobre la interpretación que hizo el Grupo Especial de esas medidas y su contexto fáctico, es preciso recurrir al informe del Grupo Especial.

5.1 La distinción entre países cooperadores y no cooperadores

5.3. La Argentina clasifica a los países como "cooperadores" o "no cooperadores" a los fines de la transparencia fiscal. El Decreto N° 589/2013 de la Argentina establece los criterios y el proceso para clasificar a los países como cooperadores o no cooperadores.⁵⁵ El Grupo Especial describió el Decreto N° 589/2013 como el "elemento vertebrador" de las ocho medidas impugnadas por Panamá, puesto que las ocho medidas se refieren a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores con arreglo al Decreto.⁵⁶ El artículo 1 del Decreto establece los requisitos para que la Argentina otorgue la condición de país "cooperador" a un país, dominio, jurisdicción, territorio, Estado asociado o régimen tributario especial.⁵⁷ Para obtener la condición de cooperador de conformidad con el artículo 1 del Decreto, el país, dominio, jurisdicción, territorio, Estado asociado o régimen tributario especial debe i) suscribir con la Argentina un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio, siempre que se cumplimente el efectivo intercambio de información, o ii) iniciar con la Argentina las negociaciones necesarias a los fines de suscribir dicho acuerdo y/o convenio.⁵⁸

5.4. El artículo 2 del Decreto N° 589/2013 autoriza a la AFIP a elaborar el listado de los países considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, y a mantener la lista actualizada de conformidad con lo dispuesto en el Decreto.⁵⁹ La Argentina explicó al Grupo Especial que esta lista se actualiza anualmente al inicio del año fiscal.⁶⁰

⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.1 y 2.2.

⁵⁴ Entendemos que todas las disposiciones jurídicas argentinas pertinentes en que se basan las medidas en litigio están incluidas en el informe del Grupo Especial; sin embargo, para facilitar la lectura, ofrecemos los extractos pertinentes de esas disposiciones jurídicas en el apéndice adjunto.

⁵⁵ El texto pertinente del Decreto N° 589/2013 figura en el apéndice adjunto.

⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.4.

⁵⁷ El Decreto N° 589/2013 reemplaza las referencias a "países de baja o nula tributación" presentes en la Ley de Impuesto a las Ganancias y en el reglamento a dicha Ley por "países no considerados 'cooperadores' a los fines de la transparencia fiscal". (Informe del Grupo Especial, nota 14 al párrafo 2.5 (donde se hace referencia al Decreto N° 589/2013 (Pruebas documentales ARG-35 y PAN-3 presentadas al Grupo Especial)).) Véase también el informe del Grupo Especial, párrafos 7.5 y 7.15.

⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.182 (donde se hace referencia al Decreto N° 589/2013 (Pruebas documentales ARG-35 y PAN-3 presentadas al Grupo Especial)).

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.6 (donde se hace referencia al Decreto N° 589/2013 (Pruebas documentales ARG-35 y PAN-3 presentadas al Grupo Especial)).

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.6 (donde se hace referencia a la respuesta de la Argentina a las preguntas 9 b), párrafo 14, y 10 b) ii) del Grupo Especial; y declaración inicial de la Argentina en la segunda

5.5. Durante muchos años, Panamá estuvo clasificado como país no cooperador. Tras el establecimiento del Grupo Especial, Panamá fue incluido en la lista de países cooperadores⁶¹, aun cuando no tenía en vigor un convenio de doble imposición ni un acuerdo de intercambio de información con la Argentina, ni estaba negociando un convenio o acuerdo de ese tipo con la Argentina.⁶² En la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, la Argentina explicó que la AFIP estaba reconsiderando el mantenimiento de Panamá en la calidad de país cooperador.⁶³ En la fecha en que se dio traslado del informe del Grupo Especial a las partes, Panamá estaba incluido en la lista de países cooperadores publicada por la AFIP.⁶⁴

5.2 Medida 1: Retención por intereses o retribuciones pagados

5.6. La Medida 1 consiste en una presunción irrefutable de que los pagos realizados por los consumidores argentinos a los acreedores ubicados en países no cooperadores como contraprestación al otorgamiento de créditos o préstamos o a la colocación de fondos en la Argentina representan una ganancia neta del 100% a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias.⁶⁵ Esta medida, que se aplica en virtud del artículo 93 c) de la Ley de Impuesto a las Ganancias⁶⁶, se refiere a situaciones en que un proveedor extranjero, como un banco o una institución financiera, otorga créditos o préstamos o coloca fondos en la Argentina mediante suministro transfronterizo.⁶⁷ En esas situaciones, el proveedor extranjero es un "no residente" que obtiene ingresos en forma de intereses o retribuciones pagados por los consumidores argentinos por el otorgamiento de créditos o préstamos o la colocación de fondos. A los efectos del artículo 93 c), el proveedor extranjero constituye un "beneficiario del exterior" cuyos ingresos, generados en la Argentina, están sujetos al impuesto a las ganancias en la Argentina.⁶⁸ Cuando el consumidor argentino paga un interés o retribución al proveedor extranjero por sus servicios, las autoridades fiscales argentinas recaudan el impuesto a las ganancias mediante la retención.⁶⁹

5.7. El artículo 93 c) de la Ley de Impuesto a las Ganancias presume, sin posibilidad de prueba en contrario, ganancia neta para un beneficiario del exterior cuando se pagan intereses o retribuciones a ese beneficiario por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier

reunión del Grupo Especial, párrafo 41). El Grupo Especial también constató que la Resolución AFIP N° 3.576/2013, dictada en uso de las facultades conferidas por el inciso b) del Artículo 2 del Decreto N° 589/2013 presenta ligeras diferencias con lo dispuesto en el Decreto (Resolución General N° 3.576 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de diciembre de 2013 (Resolución AFIP N° 3.576/2013) (Pruebas documentales ARG-37 y PAN-3 presentadas al Grupo Especial)). En particular, el Grupo Especial señaló que la Resolución AFIP N° 3.576/2013 clasifica a los países cooperadores en tres categorías (y no en dos, como el Decreto N° 589/2013), a saber: i) Cooperadores que suscribieron Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información, con evaluación positiva de efectivo cumplimiento de intercambio de información; ii) cooperadores con los cuales habiéndose suscripto Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información, no haya sido posible evaluar el efectivo intercambio; y iii) cooperadores con los cuales se ha iniciado el proceso de negociación o de ratificación de un Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.8 y nota 357 al párrafo 7.182 (donde se hace referencia a la Resolución AFIP N° 3.576/2013 (Pruebas documentales ARG-37 y PAN-3 presentadas al Grupo Especial)).) Además, con respecto a la categoría iii), el Grupo Especial observó que la Resolución AFIP N° 3.576/2013 se refiere al "inicio" del proceso de negociación o de ratificación, mientras que el Decreto N° 589/2013 solo se refiere a la negociación. (Informe del Grupo Especial, nota 357 al párrafo 7.182 (donde se hace referencia a la Resolución AFIP N° 3.576/2013 (Pruebas documentales ARG-37 y PAN-3 presentadas al Grupo Especial)).)

⁶¹ Resumen de la primera comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial (informe del Grupo Especial, anexo B-1), párrafo 1.5.

⁶² Informe del Grupo Especial, nota 16 al párrafo 2.6 y nota 469 al párrafo 7.291 (en las que se cita la declaración inicial de la Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 42 y 43).

⁶³ Informe del Grupo Especial, nota 16 al párrafo 2.6 y nota 469 al párrafo 7.291 (donde se cita la declaración inicial de la Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 42 y 43).

⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.7; resumen de la primera comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial (informe del Grupo Especial, anexo B-1), párrafo 1.5.

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.13 y 7.237.

⁶⁶ El texto pertinente del artículo 93 c) de la Ley de Impuesto a las Ganancias figura en el apéndice adjunto.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.237.

⁶⁸ Respuesta de la Argentina a preguntas formuladas en la audiencia; primera comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafo 4.4.

⁶⁹ Respuesta de la Argentina a preguntas formuladas en la audiencia; primera comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafo 4.5.

origen o naturaleza.⁷⁰ La disposición establece dos márgenes diferentes de ganancia neta presumida según el acreedor esté ubicado en un país cooperador o en un país no cooperador.⁷¹ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93 c) 1) de la Ley de Impuesto a las Ganancias, en el caso de los acreedores ubicados en países cooperadores se presume una ganancia neta del 43%. Sin embargo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93 c) 2) de la Ley de Impuesto a las Ganancias, en el caso de los acreedores ubicados en países no cooperadores, la ganancia neta se presume que es del 100%.⁷² La Argentina aplica una alícuota del 35% en ambos casos.⁷³ Esto significa que el interés o retribución pagado por un tomador en la Argentina a un acreedor del exterior está sujeto a una tributación del 15,05% si el acreedor está ubicado en un país cooperador, y a una tributación del 35% si el acreedor está ubicado en un país no cooperador.⁷⁴

5.3 Medida 2: Presunción de incremento patrimonial no justificado

5.8. La Medida 2 consiste en una presunción refutable de incremento patrimonial no justificado aplicable a todo ingreso de fondos -a favor de contribuyentes argentinos- procedente de países no cooperadores en el contexto de una determinación de oficio de la materia imponible por parte de la AFIP a efectos del impuesto a las ganancias.⁷⁵ Esta medida se aplica en virtud de la disposición sin número agregada a continuación del artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario.⁷⁶

5.9. De conformidad con el artículo 11 de la Ley de Procedimiento Tributario, serán los propios contribuyentes argentinos los que normalmente determinen, a través de sus declaraciones juradas, la materia sujeta al impuesto.⁷⁷ La AFIP únicamente recurrirá a una determinación de oficio de la materia sujeta al impuesto, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Procedimiento Tributario, cuando el contribuyente argentino no haya presentado una declaración jurada o cuando se haya impugnado la declaración jurada presentada.⁷⁸ La AFIP puede hacer una determinación de oficio en forma directa, por conocimiento cierto de la materia imponible, o mediante una estimación de la base imponible.⁷⁹ Si la AFIP hace una determinación de oficio mediante una estimación, puede aplicar la presunción de incremento patrimonial no justificado que figura en el artículo 18 f) de la Ley de Procedimiento Tributario.⁸⁰

5.10. Sin embargo, con respecto a cualquier entrada de fondos procedente de países no cooperadores, la Medida 2 dispone que la AFIP determinará *automáticamente* de oficio la materia imponible aplicando la presunción de incremento patrimonial no justificado a esa entrada de fondos.⁸¹ La presunción de incremento patrimonial no justificado se aplica a los fondos procedentes de países no cooperadores "cualquiera que sea su naturaleza, concepto o tipo de operación".⁸² De conformidad con el artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario, el monto de esos incrementos patrimoniales no justificados que se presumen, más un 10% en concepto de "renta dispuesta o consumida en gastos no deducibles", representa ganancias netas del ejercicio en que se produzcan, a los efectos de la determinación del impuesto a las ganancias.⁸³

⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.14.

⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.14 y 7.690.

⁷² Informe del Grupo Especial, párrafos 2.14 y 7.690. El Grupo Especial constató que la presunción de ganancia neta del 100% se aplica únicamente cuando el tomador del crédito, préstamo o fondos es un sujeto comprendido en el artículo 49 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, una persona física o una sucesión indivisa, pero no cuando se trata de una entidad financiera regida por la Ley N° 21.526. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.15.)

⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.14, 7.238 y 7.690.

⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.690. La tributación del 15,05% por el interés o retribución pagado a un acreedor en un país cooperador se calcula multiplicando la ganancia neta presumida del 43% por la alícuota del 35%. De modo similar, la tributación del 35% por el interés o retribución pagado a un acreedor en un país no cooperador se calcula multiplicando la ganancia neta presumida del 100% por la alícuota del 35%.

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.17, 7.240 y 7.517.

⁷⁶ El texto pertinente de la disposición sin número agregada a continuación del artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario figura en el apéndice adjunto.

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.43 y nota 61 a dicho párrafo.

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.43, 7.243 y 7.496.

⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.43.

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.43 y 7.241.

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.243.

⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 2.17 (donde se cita la Ley de Procedimiento Tributario (Pruebas documentales ARG-45 y PAN-9 presentadas al Grupo Especial)).

⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.17 (donde se cita la Ley de Procedimiento Tributario (Pruebas documentales ARG-45 y PAN-9 presentadas al Grupo Especial)), nota 63 al párrafo 2.43 y párrafo 7.297.

Por consiguiente, la calificación de un ingreso de fondos como un incremento patrimonial no justificado conlleva automáticamente un aumento de la base imponible del impuesto a las ganancias.⁸⁴ La presunción de incremento patrimonial no justificado puede ser refutada si el contribuyente prueba fehacientemente que los fondos se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en países no cooperadores.⁸⁵

5.4 Medida 3: Valoración de transacciones basada en precios de transferencia

5.11. La Medida 3 consiste en la obligación de aplicar métodos de valoración basados en precios de transferencia a las transacciones efectuadas entre contribuyentes argentinos y sujetos de países no cooperadores a los efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos.⁸⁶ Esta medida se aplica en virtud del párrafo 5 del artículo 8 y el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.⁸⁷

5.12. El artículo 14 de la Ley de Impuesto a las Ganancias establece la norma de que las transacciones entre un contribuyente argentino y una contraparte no vinculada en un país cooperador serán consideradas como celebradas entre partes independientes "cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes".⁸⁸ La valoración de la transacción se basará en el valor convenido entre las partes, salvo si existe vinculación entre las partes, en cuyo caso se aplicará el régimen de precios de transferencia.⁸⁹ Esta norma general se aplica a las transacciones tanto con personas de países cooperadores como con nacionales argentinos.⁹⁰

5.13. Sin embargo, con respecto a las transacciones entre contribuyentes argentinos y personas domiciliadas, constituidas o ubicadas en un país no cooperador, la Medida 3 dispone que esas transacciones no se considerarán ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes. Antes bien, se valorarán con arreglo al régimen de precios de transferencia como si hubieran sido realizadas entre partes vinculadas, con independencia de que las partes estén o no efectivamente vinculadas.⁹¹

5.5 Medida 4: Regla de imputación de gastos

5.14. La Medida 4 se refiere a la imputación de gastos por transacciones concluidas entre contribuyentes argentinos y sujetos de países no cooperadores.⁹² Esta medida se aplica en virtud del último párrafo del artículo 18 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.⁹³

5.15. Con arreglo al artículo 80 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, un contribuyente argentino puede deducir gastos de diferentes tipos con el fin de determinar las ganancias netas.⁹⁴ En principio, tanto los gastos como las ganancias se imputarán al año fiscal en el que se

⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.297.

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.18, 7.240, 7.297 y 7.517.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.19 y 2.20.

⁸⁷ El texto pertinente del párrafo 5 del artículo 8 y el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias figura en el apéndice adjunto.

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.245; respuesta de la Argentina a preguntas formuladas en la audiencia. El párrafo 3 del artículo 14 de la Ley de Impuesto a las Ganancias dispone lo siguiente:

Las transacciones entre un establecimiento estable, a que alude el inc. b) del art. 69 -, o una sociedad o fideicomiso comprendidos en los incs. a) y b) y en el inciso agregado a continuación del inc. d) del art. 49-, respectivamente, con personas o entidades vinculadas constituidas, domiciliadas o ubicadas en el exterior serán considerados, a todos los efectos, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes, excepto en los casos previstos en el inc. m) del art. 88-. Cuando tales prestaciones y condiciones no se ajusten a las prácticas del mercado entre entes independientes, las mismas serán ajustadas conforme a las previsiones del art. 15.

(Informe del Grupo Especial, nota 64 al párrafo 2.45 (donde se cita la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial)).)

⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.306 y 7.497.

⁹⁰ Respuesta de la Argentina a preguntas formuladas en la audiencia.

⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.19, 2.20, 7.246 y 7.306.

⁹² Informe del Grupo Especial, párrafos 2.21 y 2.22.

⁹³ El texto pertinente del artículo 18 de la Ley de Impuesto a las Ganancias figura en el apéndice adjunto.

⁹⁴ Respuesta de la Argentina a preguntas formuladas en la audiencia.

devengaron (regla de lo devengado).⁹⁵ Sin embargo, de conformidad con la Medida 4, los gastos por transacciones entre un contribuyente argentino y una persona de un país no cooperador deben imputarse al ejercicio fiscal en el que se haya realizado el pago correspondiente a la transacción (regla de lo percibido).⁹⁶ Esta imputación del gasto no necesariamente tendrá lugar en el mismo año fiscal en el que se produzca el devengo de la obligación que genera el pago.⁹⁷

5.16. Aunque los gastos en que se haya incurrido pueden deducirse de la base imponible del contribuyente con arreglo tanto a la regla de lo devengado como a la regla de lo percibido, esas reglas difieren con respecto al momento en que se pueden imputar y deducir esos gastos, es decir, el momento en que se han devengado los gastos (regla de lo devengado), por una parte, o el momento en que se ha realizado el pago (regla de lo percibido), por otra.⁹⁸

5.6 Medida 5: Requisitos relativos a los servicios de reaseguro

5.17. La Medida 5 consiste en determinados requisitos que los proveedores de servicios de países no cooperadores deben cumplir para acceder al mercado argentino de servicios de reaseguro. Esta medida se aplica en virtud de los puntos 18 y 20 f) del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011, y ha sido modificada en varias ocasiones.⁹⁹

5.18. La Resolución SSN N° 35.615/2011 estableció una prohibición del suministro de servicios de reaseguro por parte de sucursales de sociedades de países no cooperadores (punto 18 del Anexo I de la Resolución) y entidades reaseguradoras que presten sus servicios desde su país de origen cuando este sea un país no cooperador (punto 20 f) del Anexo I de la Resolución). Sin embargo, el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011 dispone que la Superintendencia de Seguros de la Nación podrá autorizar la suscripción de contratos de reaseguro con entidades reaseguradoras extranjeras que realicen sus operaciones desde su sede central cuando las operaciones de reaseguro no puedan ser cubiertas en el mercado reasegurador nacional, ya sea por la magnitud o las características de los riesgos cedidos.¹⁰⁰

5.19. Posteriormente, el 25 de marzo de 2014, la Argentina publicó la Resolución SSN N° 38.284/2014, que reemplazó el texto de los puntos 18 y 20 f) del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011. El nuevo texto de los puntos 18 y 20 f) elimina la prohibición del suministro de servicios de reaseguro a través del comercio transfronterizo y la presencia comercial por parte de entidades de países no cooperadores.¹⁰¹ El nuevo texto prevé la posibilidad de suministrar dichos servicios siempre que las casas matrices de las sucursales de sociedades de países no cooperadores y las entidades reaseguradoras que presten sus servicios directamente desde países no cooperadores cumplan ciertos requisitos.¹⁰²

5.20. Tras la modificación de 25 de marzo de 2014, los puntos 18 y 20 f) del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011 establecen que los proveedores de servicios de reaseguro extranjeros podrán ser habilitados para ofrecer operaciones de reaseguro desde su país de origen (punto 20 f)) o a través de una sucursal en la Argentina (punto 18) siempre que reúnan los siguientes requisitos: i) acreditar que se encuentran constituidos e inscritos en un país cooperador (en el caso de las sucursales, dicha acreditación se refiere a su casa matriz)¹⁰³; y ii) acreditar que

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.48. El artículo 18 de la Ley de Impuesto a las Ganancias dispone, en su parte pertinente, lo que sigue:

... las ganancias indicadas en el artículo 49 se considerarán del año fiscal en que termine el ejercicio anual en el cual se han devengado. ... Las disposiciones precedentes sobre imputación de la ganancia se aplicarán correlativamente para la imputación de los gastos salvo disposición en contrario.

(Informe del Grupo Especial, nota 66 al párrafo 2.48 (donde se cita la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial)).)

⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.22, 7.250 y 7.311.

⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.250.

⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.314 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Argentina al Grupo Especial, anexo explicativo N° 1, párrafo 127) y párrafo 7.699 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Argentina al Grupo Especial, párrafo 301).

⁹⁹ El texto pertinente de los puntos 18 y 20 f) del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011, modificados, figura en el apéndice adjunto.

¹⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.26 y 2.27.

¹⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.30 y 7.32.

¹⁰² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.32.

¹⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.32 y 7.322.

se encuentran constituidos e inscritos en países que cooperan en la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiación del terrorismo, según los criterios definidos por el GAFI (en el caso de las sucursales, dicha acreditación se refiere a su casa matriz).¹⁰⁴

5.21. Con respecto al primer requisito mencionado *supra*, si un proveedor extranjero de servicios de reaseguro que opera a través de los modos de suministro 1 o 3 no acredita que está constituido e inscrito en un país cooperador, los puntos 18 y 20 f), modificados, establecen que dicho proveedor deberá acreditar que está sujeto al control y la fiscalización de un organismo: i) que cumpla funciones similares a las de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y ii) con el cual se haya firmado un memorando de entendimiento sobre cooperación e intercambio de información.¹⁰⁵ Con respecto al segundo requisito mencionado en el párrafo 5.20 *supra*, si un proveedor extranjero de servicios de reaseguro a través de los modos de suministro 1 o 3 no acredita que está constituido e inscrito en un país que coopera en la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiación del terrorismo, según los criterios definidos por el GAFI, los puntos 18 y 20 f), modificados, establecen que la solicitud de autorización del proveedor de servicios se evaluará aplicando una debida diligencia intensificada, proporcional a los riesgos, y que podrán aplicarse las contramedidas indicadas en la Recomendación 19 del GAFI y su Nota Interpretativa.¹⁰⁶

5.7 Medida 6: Requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales

5.22. La Medida 6 impone requisitos que los intermediarios bursátiles¹⁰⁷ deben cumplir para dar curso a operaciones ordenadas por sujetos de países no cooperadores.¹⁰⁸ La medida se aplica en virtud del artículo 5 de la Sección III del Título XI ("Prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo") de las Normas de la Comisión Nacional de Valores.¹⁰⁹ De conformidad con esa disposición, los intermediarios bursátiles en la Argentina deben satisfacer dos requisitos para dar curso a operaciones en el ámbito de la oferta pública de valores negociables, contratos a término, futuros u opciones y otros instrumentos financieros, cuando sean efectuadas u ordenadas por sujetos constituidos, domiciliados o que residan en países no cooperadores. En primer lugar, los sujetos constituidos, domiciliados o residentes en países no cooperadores que den la orden al intermediario bursátil deben ostentar la calidad de intermediarios registrados en una entidad bajo control y fiscalización de un organismo que cumpla funciones similares a las de la Comisión Nacional de Valores argentina. En segundo lugar, el organismo en cuestión debe haber firmado un memorando de entendimiento sobre cooperación e intercambio de información con la Comisión Nacional de Valores argentina.¹¹⁰ Los intermediarios bursátiles argentinos no están sujetos a esos requisitos cuando dan curso a transacciones efectuadas u ordenadas por personas de países cooperadores.¹¹¹

¹⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.32 y 7.322.

¹⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.33, 7.254 y 7.323.

¹⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.323. La Recomendación 19 se refiere a los "países de mayor riesgo" y dispone, en la parte pertinente, lo que sigue:

[d]ebe exigirse a las instituciones financieras que apliquen medidas de debida diligencia intensificada a las relaciones comerciales y transacciones con personas naturales y jurídicas, e instituciones financieras, procedentes de países para los cuales el GAFI hace un llamado en ese sentido. El tipo de medidas de debida diligencia intensificada que se aplique debe ser eficaz y proporcional a los riesgos.

(Informe del Grupo Especial, nota 885 al párrafo 7.724 (donde se citan las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación (febrero de 2012) (Prueba documental ARG-25 presentada al Grupo Especial, página 20)).)

¹⁰⁷ Por "intermediarios bursátiles" se entienden los sujetos indicados en el artículo 1 de las Normas de la Comisión Nacional de Valores, que comprenden "los Agentes de Negociación, los Agentes de Liquidación y Compensación, los Agentes de Distribución y Colocación, y los Agentes de Administración de Productos de Inversión Colectiva". (Informe del Grupo Especial, nota 53 al párrafo 2.35 (donde se hace referencia a las Normas de la Comisión Nacional de Valores) (Pruebas documentales ARG-50 y PAN-58 presentadas al Grupo Especial).)

¹⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.35.

¹⁰⁹ El texto pertinente del artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores figura en el apéndice adjunto.

¹¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.36 y 7.257.

¹¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.257.

5.8 Medida 7: Requisitos para el registro de sucursales

5.23. La Medida 7 contempla determinados requisitos que las sociedades de países no cooperadores deben cumplir para inscribir sucursales en el Registro Público de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹¹² Esta medida no se aplica a la inscripción de sucursales de sociedades de países cooperadores.¹¹³ La Medida 7 se mantiene en virtud del artículo 192 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero.¹¹⁴

5.24. El artículo 192 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero estipula que, para cumplir los requisitos establecidos en el artículo 118¹¹⁵ y en los subincisos b) y c) del inciso 3 de dicho artículo¹¹⁶, las sucursales de sociedades constituidas, registradas o incorporadas en países no cooperadores deberán acreditar "que la sociedad desarrolla de manera efectiva actividad empresarial económicamente significativa en el lugar de su constitución, registro o incorporación y/o en terceros países".¹¹⁷ La disposición estipula además que la Inspección General de Justicia puede solicitar documentación adicional a las sociedades de países no cooperadores y que aparte puede solicitar información para verificar los antecedentes de los socios de las sociedades. La Inspección General de Justicia deberá apreciar "con criterio restrictivo" el cumplimiento de los requisitos del artículo 188 en el caso del registro de sucursales de sociedades de países no cooperadores.¹¹⁸

5.9 Medida 8: Requisito de autorización cambiaria

5.25. La Medida 8 exige la conformidad previa del Banco Central Argentino para acceder al Mercado Único Libre de Cambios para la compra de divisas por las operaciones de repatriaciones de inversiones directas e inversiones de portafolio cuando el beneficiario del exterior sea una persona física o jurídica que resida o que esté constituida o domiciliada en un país no

¹¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 2.37.

¹¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.266.

¹¹⁴ El texto pertinente del artículo 192 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero figura en el apéndice adjunto.

¹¹⁵ Los requisitos para el registro de las sucursales de todas las sociedades constituidas en el extranjero (en países cooperadores y no cooperadores), que figuran en el artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales, son los siguientes: i) acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país; ii) fijar un domicilio en la Argentina, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la Argentina; y iii) justificar la decisión de crear dicha representación y designar a la persona a cuyo cargo ella estará. A esto se le suma, en caso de sucursales, determinar el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.50 y nota 69 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales, de 3 de abril de 1972 (Ley de Sociedades Comerciales) (Pruebas documentales ARG-43 y PAN-34 presentadas al Grupo Especial)).)

¹¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.265. Los subincisos b) y c) del inciso 3 del artículo 188 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero disponen lo siguiente:

Para la inscripción prevista por el artículo 118, tercer párrafo, de la Ley [de Sociedades Comerciales], se debe presentar:

...

3. La documentación proveniente del extranjero suscripta por funcionario de la misma, cuyas facultades representativas deben constar en ella justificadas ante notario o funcionario público, que acredite:

...

b) Que tiene fuera de la República una o más agencias, sucursales o representaciones vigentes y/o activos fijos no corrientes o derechos de explotación sobre bienes de terceros que tengan ese carácter y/o participaciones en otras sociedades no sujetas a oferta pública y/o realiza habitualmente operaciones de inversión en bolsas o mercados de valores previstas en su objeto;

c) La individualización de quienes sean los socios al tiempo de la decisión de solicitar la inscripción, indicando respecto de cada socio no menos que su nombre y apellido o denominación, domicilio o sede social, número de documento de identidad o de pasaporte o datos de registro, autorización o incorporación y cantidad de participaciones y votos y su porcentaje en el capital social. La presentación de esta documentación no es necesaria si la individualización de los socios con los alcances indicados resulta de la requerida en el inciso 2, subinciso a) y se acompaña declaración sobre su subsistencia emitida por el funcionario social a que se refiere el encabezamiento de este inciso.

(Informe del Grupo Especial, nota 57 al párrafo 2.37 (donde se cita la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero (Pruebas documentales ARG-33 y PAN-62 presentadas al Grupo Especial)).)

¹¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.38 y 7.701.

¹¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.38 y 7.701.

cooperador.¹¹⁹ Esta medida se aplica en virtud de la Comunicación "A" N° 4940, Numeral I, del Banco Central Argentino.¹²⁰

5.26. Cuando una persona física o jurídica que resida o que esté constituida o domiciliada en un país no cooperador quiera repatriar una inversión directa de las previstas en el punto 1.13 de la Comunicación "A" N° 4662¹²¹, deberá obtener la conformidad previa del Banco Central Argentino, con independencia de que cumpla los requisitos pertinentes establecidos en la legislación argentina. Esto no sucede en el caso de la repatriación de inversiones directas por personas físicas o jurídicas que residan o que estén constituidas o domiciliadas en un país cooperador que, en principio, no necesitan obtener la conformidad previa del Banco Central Argentino siempre que cumplan los requisitos establecidos en la legislación argentina.¹²²

5.10 Medidas impugnadas por Panamá

5.27. En el cuadro que figura *infra* se exponen las ocho medidas específicas en litigio en la presente diferencia y las alegaciones planteadas en apelación por las partes con respecto a cada medida.

Medida	Descripción	Alegaciones y defensas en apelación
1	Retención por intereses o retribuciones pagados	Párrafo 1 del artículo II del AGCS Apartado c) del artículo XIV del AGCS
2	Presunción de incremento patrimonial no justificado	Párrafo 1 del artículo II del AGCS Artículo XVII del AGCS Apartado c) del artículo XIV del AGCS
3	Valoración de transacciones basada en precios de transferencia	Párrafo 1 del artículo II del AGCS Artículo XVII del AGCS Apartado c) del artículo XIV del AGCS
4	Regla de imputación de gastos	Párrafo 1 del artículo II del AGCS Artículo XVII del AGCS Apartado c) del artículo XIV del AGCS
5	Requisitos relativos a los servicios de reaseguro	Párrafo 1 del artículo II del AGCS Párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS
6	Requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales	Párrafo 1 del artículo II del AGCS Párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS
7	Requisitos para el registro de sucursales	Párrafo 1 del artículo II del AGCS Apartado c) del artículo XIV del AGCS
8	Requisito de autorización cambiaria	Párrafo 1 del artículo II del AGCS Apartado c) del artículo XIV del AGCS

5.11 Instrumentos internacionales pertinentes para la defensa de la Argentina

5.28. Para el caso de que el Grupo Especial constatará que las medidas en litigio son incompatibles con las disposiciones del AGCS citadas por Panamá, la Argentina invocó el

¹¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.39, 2.40 y 7.270. Véase también el párrafo 7.723.

¹²⁰ El texto pertinente de la Comunicación "A" N° 4940, Numeral I, del Banco Central Argentino figura en el apéndice adjunto.

¹²¹ El punto 1.13 de la Comunicación mencionada *supra* establece que la repatriación de las inversiones directas puede tener lugar en las siguientes circunstancias: i) venta de la inversión directa; ii) liquidación definitiva de la inversión directa; iii) reducción de capital decidida por la empresa local; y iv) devolución de aportes irrevocables efectuada por la empresa local (informe del Grupo Especial, nota 78 al párrafo 2.52 (donde se hace referencia a la Comunicación "A" N° 4662 del Banco Central de la República Argentina, de 11 de mayo de 2007 (Pruebas documentales ARG-69 y PAN-67 presentadas al Grupo Especial), modificada por la Comunicación "A" N° 4692 del Banco Central de la República Argentina, de 31 de julio de 2007 (Pruebas documentales ARG-70 y PAN-68 presentadas al Grupo Especial))).

¹²² El Grupo Especial explicó que existen requisitos adicionales que deben cumplir las entidades autorizadas a operar en cambios antes de dar curso a las operaciones exceptuadas de la conformidad previa. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.270.)

apartado c) del artículo XIV del AGCS y el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS para justificar esas medidas.¹²³ La Argentina invocó la excepción prevista en el apartado c) del artículo XIV del AGCS para justificar las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8¹²⁴, sosteniendo que esas medidas son "necesarias para lograr la observancia" de las leyes y reglamentos fiscales de la Argentina en el sentido del apartado c) del artículo XIV, incluida la "prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas", en el sentido del inciso i), comúnmente asociadas con transacciones realizadas con países no cooperadores.¹²⁵ En concreto, la Argentina declaró ante el Grupo Especial que sus medidas fueron adoptadas para luchar contra los efectos de prácticas fiscales nocivas, como la evasión fiscal, la elusión fiscal, el fraude, el encubrimiento y el lavado de activos de origen delictivo y la financiación del terrorismo.¹²⁶ La Argentina invocó el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS para justificar las Medidas 5 y 6¹²⁷, sosteniendo que esas medidas se habían adoptado por motivos cautelares, incluidas la protección de los consumidores financieros y de los inversores contra las distorsiones, manipulaciones y situaciones de abuso derivadas de la falta de un intercambio eficaz de información, así como la preservación de la integridad y el buen funcionamiento del sistema financiero y el mercado de capitales argentinos.¹²⁸

5.29. La Argentina mantiene que ha seguido las recomendaciones del Foro Global de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en el establecimiento de un marco regulatorio integral para hacer frente a los riesgos que plantea la competencia fiscal nociva a la integridad y estabilidad de su sistema tributario.¹²⁹ La Argentina también mantiene que ha adoptado determinadas medidas de conformidad con las disposiciones del GAFI.¹³⁰ En el contexto del apartado c) del artículo XIV del AGCS, la Argentina explicó al Grupo Especial que, al tiempo que las medidas en litigio tratan de asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos argentinos, estos están, a su vez, en consonancia con los instrumentos internacionales del Foro Global y del GAFI.¹³¹ El Grupo Especial ofrece información más detallada sobre el Foro Global y el GAFI en las secciones 2.4.3 y 2.4.4 de su informe.¹³²

6 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN

6.1 Párrafo 1 del artículo II y artículo XVII del AGCS - "Similitud"

6.1. La Argentina apela las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" tanto a tenor del párrafo 1 del artículo II como del artículo XVII del AGCS. Respecto del párrafo 1 del artículo II, la Argentina nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios ubicados en países no cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios ubicados en países cooperadores¹³³ y que, por consiguiente, revoquemos la conclusión del Grupo Especial de que las Medidas 1 a 8 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS.¹³⁴ Respecto del artículo XVII, la Argentina nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios ubicados en países no cooperadores son

¹²³ Ante el Grupo Especial, Panamá alegó lo siguiente: i) que las Medidas 1 a 8 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS; ii) que las Medidas 2 a 4 son también incompatibles con el artículo XVII del AGCS; y iii) que la Medida 5 es también incompatible con los párrafos 1 y 2 a) del artículo XVI del AGCS. (Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.) Ante el Grupo Especial, la Argentina también invocó el apartado d) del artículo XIV del AGCS de manera alternativa a su defensa principal en virtud del apartado c) del artículo XIV con respecto a las alegaciones de Panamá al amparo del artículo XVII relativas a las Medidas 2, 3 y 4. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.779.) El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal con respecto a la defensa de la Argentina al amparo del apartado d) del artículo XIV. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.780.)

¹²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.526.

¹²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.527.

¹²⁶ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.534 y 7.535.

¹²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.781.

¹²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.893 y 7.921.

¹²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.527.

¹³⁰ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 2.23-2.34, 7.534, 7.935 y 7.936.

¹³¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.597.

¹³² Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 2.55-2.62.

¹³³ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 131 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.185 y 7.186).

¹³⁴ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 131 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.365, 7.367 y 8.2.b).

"similares" a los servicios y proveedores de servicios de origen argentino¹³⁵ y que, por consiguiente, modifiquemos el fundamento jurídico de la conclusión del Grupo Especial de que las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el artículo XVII del AGCS.¹³⁶

6.1.1 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS

6.2. Ante el Grupo Especial, Panamá alegó que las ocho medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS. Panamá adujo que las medidas prevén una distinción basada exclusivamente en el origen del proveedor de servicios y que, por tanto, no era necesario realizar una demostración casuística de que los servicios y/o proveedores de servicios son "similares", y que esta "similitud" podía presumirse.¹³⁷ El Grupo Especial empezó su análisis de si los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y países no cooperadores son "similares" analizando la interpretación realizada por grupos especiales anteriores de la expresión "servicios y proveedores de servicios similares" que figura en el párrafo 1 del artículo II y en el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS. En particular, el Grupo Especial remitió a la siguiente declaración del Grupo Especial que se ocupó del asunto *China - Publicaciones y productos audiovisuales*:

Cuando el único factor en el que una medida basa la diferencia de trato entre proveedores nacionales y extranjeros de servicios es el origen, se cumple el requisito de que se trate de "proveedores de servicios similares", siempre que haya o pueda haber proveedores nacionales y extranjeros que en el marco de la medida sean iguales en todos los aspectos importantes salvo en lo que respecta al origen.¹³⁸

6.3. Asimismo, el Grupo Especial señaló otra declaración del mismo Grupo Especial según la cual:

... en los casos en los que la diferencia de trato *no* está vinculada exclusivamente al origen de los proveedores de servicios sino a otros factores, probablemente sería necesario un análisis más detallado para determinar si los proveedores de servicios de uno y otro lado de la divisoria son o no "similares".¹³⁹

6.4. A continuación, el Grupo Especial explicó que el Grupo Especial encargado del asunto *China - Servicios de pago electrónico* había abordado una medida que otorgaba un trato diferenciado que *no* estaba vinculado exclusivamente al origen de los proveedores de servicios y que el Grupo Especial que se ocupó de aquella diferencia había concluido, en el marco del artículo XVII del AGCS, que "los servicios similares son servicios que están en relación competitiva unos con otros".¹⁴⁰ Asimismo, el Grupo Especial explicó que no veía ningún impedimento para utilizar, en su análisis en el marco del artículo II del AGCS, la misma interpretación de "similitud" que había utilizado el Grupo Especial encargado del asunto *China - Servicios de pago electrónico* en el marco del artículo XVII, porque "el análisis de la similitud en el Artículo II del AGCS no difiere del análisis de similitud en el marco del Artículo XVII del AGCS en el sentido de requerir un enfoque basado en la relación competitiva".¹⁴¹

6.5. El Grupo Especial explicó que tomaría, como punto de partida, la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores, por un lado, y servicios y proveedores de servicios de países cooperadores, por otro. El Grupo Especial señaló que la distinción entre países no cooperadores y países cooperadores se reflejaba en cada una de las

¹³⁵ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 131 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.488 y 7.489).

¹³⁶ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 131 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.523-7.525 y 8.2.c).

¹³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.153.

¹³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.156 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.975, donde a su vez se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafos 6.164-6.167; y *Argentina - Piel y cueros*, párrafos 11.168 y 11.169).

¹³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.158 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.975). (sin cursivas en el original)

¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.159 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *China - Servicios de pago electrónico*, párrafo 7.700).

¹⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.161.

ocho medidas en litigio en virtud de las disposiciones establecidas en el Decreto N° 589/2013.¹⁴² El Grupo Especial señaló, a continuación, que las partes discrepaban en cuanto a si la presunción de similitud basada en el origen que habían aplicado algunos grupos especiales en el marco del GATT de 1994 podía aplicarse también en el marco del AGCS. El Grupo Especial consideró que, a fin de aplicar esta presunción en el marco del AGCS, primero debía analizar "si la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores es debida al origen".¹⁴³ Si concluyera que la diferencia "no es debida exclusivamente al origen", proseguiría su análisis examinando "si existe además 'otro factor' u 'otros factores' vinculados a la diferencia de trato entre los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores y los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores".¹⁴⁴ El Grupo Especial hizo el siguiente razonamiento:

[E]l mero hecho de que se otorgue un trato diferenciado en virtud de la pertenencia o no a una lista de países está fuertemente vinculado al origen. Eso implica que todo proveedor de servicios radicado en Panamá -o en cualquier otro país considerado por las autoridades argentinas como país cooperador- está sujeto al mismo trato por el hecho de estar radicado en dicho país. Consideramos por lo tanto que la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio es debida al origen. Sin embargo, aunque el criterio de origen se utiliza en forma de lista de países cooperadores, no es el origen *per se* lo que hace que unos países estén en la lista y otros no lo estén sino el marco regulatorio inextricablemente unido a dicho origen. De ahí que se nos plantee la duda sobre si la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio está basada *exclusivamente* en el origen, como sostiene Panamá, o si existe también algún "otro factor" que explique la diferencia de trato, tal y como examinamos a continuación.¹⁴⁵

6.6. El Grupo Especial declaró que, habida cuenta de que se albergaban dudas sobre la existencia de "otros factores", examinaría si existían estos otros factores pertinentes para el análisis de la similitud de los servicios y proveedores de servicios en esta diferencia.¹⁴⁶ En particular, el Grupo Especial examinó la posibilidad de la Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros como "otro factor" en esta diferencia y se dispuso a evaluar si esto tenía una repercusión en la relación de competencia de los servicios y proveedores de servicios de que se trataba.¹⁴⁷ Asimismo, el Grupo Especial sostuvo que correspondía a la Argentina probar que este "otro factor" afecta a la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios, por ejemplo, demostrando el efecto que dicho factor tiene en las características del servicio y las preferencias de los consumidores.¹⁴⁸

6.7. A continuación, el Grupo Especial evaluó el modo en que se había aplicado en la práctica la diferenciación entre países cooperadores y no cooperadores y señaló que la lista de países cooperadores publicada por la AFIP "incluye países que no han concluido un Convenio de Doble Imposición o un Acuerdo de Intercambio de Información y con los que no existe intercambio de información fiscal, así como países que sí han concluido dichos Convenios o Acuerdos y que, por lo tanto, intercambian información fiscal".¹⁴⁹ El Grupo Especial constató que "[e]sta situación fáctica [le dificultaba] en gran medida" la comparación que tenía que llevar a cabo en el marco de un examen de la "similitud" y concluyó que era imposible comparar los servicios y proveedores de servicios pertinentes a fin de evaluar el "otro factor" pertinente.¹⁵⁰ A continuación, el Grupo Especial afirmó lo siguiente:

En consecuencia, habiendo concluido que la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio es debida al origen, consideramos que Panamá ha acreditado que los servicios y los proveedores

¹⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.163.

¹⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.165.

¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.165.

¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.166. (las cursivas figuran en el original)

¹⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.168.

¹⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.173.

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.179.

¹⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.183.

¹⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.184.

de servicios de los países cooperadores y no cooperadores son similares por razón del origen.¹⁵¹

6.8. Sobre esta base, el Grupo Especial constató que, a los efectos de las alegaciones planteadas por Panamá al amparo del párrafo 1 del artículo II del AGCS, los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.¹⁵²

6.1.2 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo XVII del AGCS

6.9. Respecto del artículo XVII del AGCS, Panamá alegó que las Medidas 2, 3 y 4 son incompatibles con el artículo XVII porque otorgan a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores un trato menos favorable que el que la Argentina otorga a sus servicios y proveedores de servicios similares nacionales. La Argentina no presentó argumentos específicos en relación con el artículo XVII, sino que remitió a los argumentos que había presentado en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS.¹⁵³

6.10. Tras haber constatado que la Argentina ha asumido compromisos específicos en los sectores y modos de suministro citados por Panamá respecto de las Medidas 2, 3 y 4¹⁵⁴, y que estas medidas afectan al suministro de servicios, el Grupo Especial procedió a analizar si los servicios y proveedores de servicios pertinentes de países no cooperadores son similares a los servicios y proveedores de servicios argentinos. A este respecto, el Grupo Especial señaló que tanto la Argentina como Panamá habían indicado que los argumentos relativos a la "similitud" elaborados en el marco del párrafo 1 del artículo II eran pertinentes asimismo en el marco del artículo XVII del AGCS.

6.11. Al principio de su análisis, el Grupo Especial recordó la conclusión a que había llegado en el marco del párrafo 1 del artículo II de que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.¹⁵⁵ Además, el Grupo Especial señaló que, si bien en el marco del párrafo 1 del artículo II los servicios y proveedores de servicios objeto de comparación son los de países cooperadores y no cooperadores, en el caso del artículo XVII, la comparación adecuada para determinar la "similitud" debe realizarse entre, por un lado, los servicios y proveedores de servicios argentinos y, por el otro, los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.¹⁵⁶

6.12. El Grupo Especial señaló a continuación que el trato otorgado con arreglo a las medidas pertinentes es el mismo para las transacciones efectuadas entre contribuyentes argentinos y proveedores de servicios argentinos que para las transacciones efectuadas entre contribuyentes argentinos y proveedores de servicios de países cooperadores¹⁵⁷, y que la Argentina había convenido en que los servicios y proveedores de servicios argentinos son comparables a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores.¹⁵⁸ El Grupo Especial remitió entonces a la constatación que había formulado en el marco del párrafo 1 del artículo II de que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son similares a los de países no cooperadores, y declaró que esta constatación podía trasponerse al artículo XVII. Sobre esta base, el Grupo Especial concluyó que los servicios y proveedores de servicios argentinos son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores a los efectos del análisis en el marco del artículo XVII del AGCS.¹⁵⁹

¹⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.185.

¹⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.186.

¹⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.444.

¹⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.470.

¹⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.482 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.185 y 7.186).

¹⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.483.

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.486.

¹⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.487.

¹⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.489.

6.1.3 Alegaciones y argumentos formulados en apelación

6.13. Respecto de la constatación de "similitud" formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS, la Argentina alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo II al constatar que los servicios y proveedores de servicios pueden considerarse "similares" cuando una medida otorga un trato diferenciado "exclusivamente sobre la base del origen".¹⁶⁰ Además, la Argentina plantea, como fundamento independiente por el que deberíamos revocar la constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II formulada por el Grupo Especial, la alegación de que el Grupo Especial incurrió en error al acreditar *prima facie* la "similitud" con arreglo al párrafo 1 del artículo II del AGCS en favor de Panamá sin que Panamá hubiese presentado pruebas ni argumentos jurídicos.¹⁶¹

6.14. Subsidiariamente, en el caso de que consideremos que la presunción de similitud está justificada cuando una medida otorga un trato diferenciado "exclusivamente sobre la base del origen", la Argentina alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" sin que se hubiera constatado que las medidas en litigio otorgan un trato diferenciado "exclusivamente sobre la base del origen".¹⁶² En ese caso, la Argentina además alega, primero, que el Grupo Especial incurrió en error al imponer a la Argentina la carga de demostrar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión *no* eran "similares", en lugar de requerir a Panamá que satisficiera la carga que le correspondía de establecer que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares"¹⁶³; y, segundo, que el Grupo Especial actuó de forma incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS. En el caso de que constatemos que el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD, la Argentina nos solicita también que completemos el análisis jurídico y constatemos, sobre la base de las constataciones fácticas del Grupo Especial y las pruebas no controvertidas obrantes en el expediente del Grupo Especial, que los servicios y proveedores de servicios en cuestión *no* son "similares" en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS.¹⁶⁴

6.15. Respecto de la constatación de "similitud" formulada por el Grupo Especial en el marco del artículo XVII del AGCS, la Argentina alega que el Grupo Especial incurrió en error al recurrir a las constataciones de "similitud" que formuló en el marco del párrafo 1 del artículo II para constatar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" "por razón del origen" a los efectos del artículo XVII del AGCS.¹⁶⁵ Además, la Argentina alega que el Grupo Especial incurrió en un error de derecho al acreditar *prima facie* la "similitud" en el marco del artículo XVII en favor de Panamá sin que hubiera pruebas ni argumentos jurídicos.¹⁶⁶

6.16. La Argentina alega además que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD, al prescindir de pruebas no discutidas obrantes en el expediente que demostraban que los servicios y proveedores de servicios en cuestión no son "similares". La Argentina plantea esta alegación solo para el caso de que constatemos que correspondía a la Argentina la carga de probar la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS, o que Panamá había acreditado de otro modo *prima facie* la "similitud".¹⁶⁷ Además, en el caso de que constatemos que el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD, la Argentina nos solicita que completemos el análisis jurídico y constatemos que los servicios y proveedores de servicios en cuestión *no* son "similares" en el marco del artículo XVII del AGCS.¹⁶⁸

6.17. Panamá nos solicita que i) confirmemos la conclusión a que llegó el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS de que los servicios y proveedores de servicios

¹⁶⁰ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 50-63.

¹⁶¹ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 94-99.

¹⁶² Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 66 y 67.

¹⁶³ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 68-79.

¹⁶⁴ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 125.

¹⁶⁵ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 80-93.

¹⁶⁶ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 94-99.

¹⁶⁷ Resumen de la comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, anexo B-2 del presente informe, párrafo 12; véase también la comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 101 y nota 91 a dicho párrafo.

¹⁶⁸ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 125.

ubicados en países no cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios ubicados en países cooperadores¹⁶⁹; ii) confirmemos la conclusión a que llegó el Grupo Especial en el marco del artículo XVII del AGCS de que los servicios y proveedores de servicios ubicados en países no cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de origen argentino¹⁷⁰; y iii) constatemos que el Grupo Especial no dejó de llevar a cabo una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD.¹⁷¹

6.1.4 "Similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS

6.18. La apelación de la Argentina requiere que analicemos determinadas cuestiones relacionadas con la interpretación de la expresión "*like services and service suppliers*" que figura en el párrafo 1 del artículo II ("servicios similares y ... proveedores de servicios similares") y el artículo XVII ("servicios similares o proveedores de servicios similares") del AGCS. Empezamos por exponer nuestra interpretación de la expresión que figura en el párrafo 1 del artículo II y en el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS. El párrafo 1 del artículo II del AGCS establece lo siguiente:

Artículo II

Trato de la nación más favorecida

1. Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.

6.19. El párrafo 1 del artículo XVII del AGCS establece lo siguiente:

Artículo XVII

Trato nacional

1. En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.¹⁷²

6.20. El concepto de "similitud" es un concepto clave que figura en varias disposiciones de los acuerdos abarcados y que ha sido analizado ampliamente por los grupos especiales del GATT y de la OMC y el Órgano de Apelación de esta, principalmente en el contexto del comercio de mercancías. El Órgano de Apelación ha aclarado que el término "*similar*" debe interpretarse teniendo en cuenta su contexto y el objeto y fin del acuerdo en el que figure la disposición pertinente.¹⁷³

6.21. El Órgano de Apelación ha considerado que la palabra "similar" se refiere a algo que comparte una serie de características o cualidades idénticas o parecidas.¹⁷⁴ Además, el Órgano de Apelación ha declarado que el hecho de que el término inglés "*similar*" sea sinónimo de "*like*" (similar) refleja el texto de la versión francesa de estas disposiciones, "*produits similaires*", y de la española, "productos similares".¹⁷⁵ Estos términos entrañan algún tipo de comparación. Si bien el objeto de la comparación es diferente en el contexto del comercio de mercancías y del comercio de servicios, consideramos que, tanto en el contexto del comercio de mercancías como en el del comercio de servicios, "*likeness*" (similitud) se refiere a algo que es *similar* (similar).

¹⁶⁹ Comunicación del apelado presentada por Panamá, párrafo 7.1 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.185 y 7.186).

¹⁷⁰ Comunicación del apelado presentada por Panamá, párrafo 7.1 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.488 y 7.489).

¹⁷¹ Comunicación del apelado presentada por Panamá, párrafo 7.1.

¹⁷² No se reproduce la nota de pie de página.

¹⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, páginas 22, 23, 25 y 26.

¹⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 91.

¹⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 91.

6.22. Esto plantea la cuestión de qué grado o medida de *similarity* (similitud) es necesario para que los servicios y proveedores de servicios sean considerados "*like*" ("similares").¹⁷⁶ A este respecto, procedemos a analizar el contexto en que la palabra "similares" aparece en las disposiciones del párrafo 1 del artículo II y del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS. Señalamos que tanto el párrafo 1 del artículo II como el párrafo 1 del artículo XVII se refieren además al "trato no menos favorable" de servicios similares y proveedores de servicios similares, y que el párrafo 3 del artículo XVII establece que "[s]e considerará que un trato ... es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios de [un] Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro". Esto demuestra que el artículo XVII versa sobre las oportunidades de competencia de los servicios similares o proveedores de servicios similares de otro Miembro.

6.23. En este sentido, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *China - Servicios de pago electrónico* sostuvo que el artículo XVII tiene por objeto velar por la igualdad de oportunidades competitivas para los servicios similares de otros Miembros y que los servicios son, por tanto, "similares" cuando están en relación competitiva unos con otros. Asimismo, ese Grupo Especial explicó que una medida de un Miembro puede modificar las condiciones de competencia y, por tanto, ser incompatible con el párrafo 1 del artículo XVII, solo si los servicios extranjeros y nacionales en cuestión están, de hecho, en relación competitiva.¹⁷⁷ En otras palabras, si los servicios objeto de comparación no están en relación competitiva, las condiciones de competencia no pueden verse afectadas.

6.24. A continuación, procedemos a analizar la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida a los servicios y proveedores de servicios similares de otro Miembro. Si bien el párrafo 1 del artículo II se refiere a un "trato no menos favorable", observamos que el párrafo 3 del artículo II se refiere a "ventajas".¹⁷⁸ Una "*advantage*" (ventaja) es "[t]he fact or state of being in a better position with respect to another" (el hecho o condición de hallarse en mejor posición respecto de otro).¹⁷⁹ El hecho de encontrarse en mejor posición en comparación con otro está estrechamente relacionado con el concepto de competencia. Esto indica que, también en el contexto del artículo II del AGCS, la determinación de la "similitud" de servicios y proveedores de servicios debe centrarse en la relación de competencia de los servicios y proveedores de servicios en cuestión. Observamos que, de manera análoga, respecto del párrafo 1 del artículo I y del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Órgano de Apelación ha declarado que a pesar de sus diferencias textuales, ambas disposiciones se ocupan de "prohibir las medidas discriminatorias" y garantizar la "igualdad de oportunidades de competencia" entre los productos que se encuentran en una relación de competencia.¹⁸⁰

6.25. Por tanto, consideramos que el concepto de "similitud" de los servicios y proveedores de servicios en el marco del párrafo 1 del artículo II y del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS se refiere a la relación de competencia de los servicios y proveedores de servicios. Esto está en consonancia con la interpretación que hace el Órgano de Apelación de la "similitud" en la esfera del comercio de mercancías. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación sostuvo que debe interpretarse que la palabra "similares" empleada en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 se aplica a los productos que están en una relación de competencia y que, en consecuencia, una determinación de la "similitud" en el marco de dicho párrafo es, fundamentalmente, una determinación de la naturaleza y medida de una relación de competencia entre dos o más productos.¹⁸¹ Como señaló el Órgano de Apelación, "[s]i no hay -o puede haber- una relación de competencia entre los productos, un Miembro no puede intervenir, mediante reglamentos o impuestos interiores, para proteger la producción nacional".¹⁸²

¹⁷⁶ Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 92.

¹⁷⁷ Informe del Grupo Especial, *China - Servicios de pago electrónico*, párrafo 7.700.

¹⁷⁸ Señalamos que, de manera análoga, el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 también se refiere a "cualquier ventaja".

¹⁷⁹ Oxford English Dictionary en línea, definición de "*advantage*" (ventaja), <http://www.oed.com/view/Entry/2895>.

¹⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.82.

¹⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

¹⁸² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117. (las cursivas figuran en el original)

6.26. Además, en el contexto del comercio de mercancías, el Órgano de Apelación señaló que existe un espectro de grados de "competencia" o "posibilidad de sustitución" entre productos ofrecidos en el mercado.¹⁸³ La evaluación de una relación de competencia de este tipo exige un análisis basado en el mercado. Asimismo, el Órgano de Apelación declaró que no todos los productos que se encuentran en alguna relación de competencia son "productos similares" y que es difícil, si no imposible, indicar en abstracto precisamente en qué lugar de ese espectro se sitúa el término "similares".¹⁸⁴ En nuestra opinión, lo mismo ocurre respecto de los "servicios similares y proveedores de servicios similares" y, por tanto, la similitud de los servicios y proveedores de servicios solo puede determinarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto.

6.27. Señalamos que el objeto de comparación para determinar la "similitud" es diferente en los contextos del comercio de mercancías y del comercio de servicios. El párrafo 1 del artículo II y el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS se refieren a "servicios similares y proveedores de servicios similares". En cambio, el párrafo 1 del artículo I y los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT de 1994, por ejemplo, se refieren a "productos similares", pero no incluyen una referencia a los "productores similares". El término "proveedor de servicios" se define en el apartado g) del artículo XXVIII del AGCS como "toda persona que suministre un servicio". Con respecto al "suministro de un servicio", el apartado b) del artículo XXVIII estipula que "abarca la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio". En consecuencia, esta expresión comprende una amplia gama de actividades relacionadas con los servicios. El término "servicio" no está definido en el propio AGCS.¹⁸⁵

6.28. A continuación, analizamos la referencia a "servicios y proveedores de servicios". Señalamos que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Banano III* analizó esta referencia y sostuvo que "en la medida en que las entidades suministran esos servicios similares, son también proveedores de servicios similares".¹⁸⁶ El Grupo Especial que se ocupó del asunto *China - Servicios de pago electrónico* consideró que, si bien esto puede ser así en algunos casos, en otros casos puede ser necesaria una indagación sobre la similitud de los proveedores de servicios, y de hecho ese Grupo Especial evaluó la similitud tanto respecto de los servicios¹⁸⁷ como de los proveedores de servicios en cuestión.¹⁸⁸

6.29. En nuestra opinión, la referencia a "servicios y proveedores de servicios" indica que las consideraciones relativas tanto al servicio como al proveedor de servicios son pertinentes para determinar la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II y del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS. La evaluación de la similitud de los servicios no debe realizarse aisladamente de las

¹⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99. Señalamos que si bien el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 se refiere a productos "similares", la primera y la segunda frase del párrafo 2 del artículo III (leídas a la luz de la Nota al párrafo 2 del artículo III) se refieren a productos "similares" y "producto[s] directamente competidor[s] o que pued[an] sustituirlo[s] directamente", respectivamente.

¹⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

¹⁸⁵ Señalamos que, respecto de la obligación de trato nacional, las Listas de compromisos de los Miembros definen el alcance de las transacciones de servicios y los sectores que están sujetos a la obligación. Señalamos, además, que en el comercio de servicios, la clasificación y descripción de los servicios se basa principalmente en dos instrumentos: i) la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios, establecida por la Secretaría de la OMC en 1991; y ii) la Clasificación Central de Productos (CCP) de las Naciones Unidas. La Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios se basó en la CCP de las Naciones Unidas provisional de 1991. La CCP de las Naciones Unidas más reciente (versión 2.1) se distribuyó el 11 de agosto de 2015 y se puede consultar en: <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/cpc-21.asp>.

¹⁸⁶ En el párrafo 7.322 del informe del Grupo Especial, *CE - Banano III (Ecuador)* se especifica: [E]n nuestra opinión, la naturaleza y características de las transacciones al por mayor como tales, al igual que cada una de las relativas a los servicios relacionados y subordinados mencionados en la nota a la sección 6 de la CPC, son "similares" cuando se suministran en relación con servicios comerciales al por mayor, independientemente de que estos servicios se suministren con respecto al banano comunitario y ACP tradicional, por una parte, o a banano de terceros países o ACP no tradicional, de otro. Efectivamente, parece que cada una de las diferentes actividades de servicios consideradas por separado son virtualmente la misma y solo pueden distinguirse haciendo referencia al origen del banano respecto del cual se está ejecutando la actividad de servicio. De la misma manera, a nuestro juicio, en la medida en que las entidades suministran esos servicios similares, son también proveedores de servicios similares.

Véase también el párrafo 7.346.

¹⁸⁷ Informe del Grupo Especial, *China - Servicios de pago electrónico*, párrafos 7.698-7.704.

¹⁸⁸ Informe del Grupo Especial, *China - Servicios de pago electrónico*, párrafos 7.705-7.709.

consideraciones referidas a los proveedores de servicios y, a la inversa, la evaluación de la similitud de los proveedores de servicios no debe realizarse aisladamente de las consideraciones relativas a la similitud de los servicios que prestan. Entendemos la expresión "servicios similares y proveedores de servicios similares"¹⁸⁹ como un elemento integrado a los efectos del análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo II y del párrafo 1 del artículo XVII, respectivamente. En consecuencia, no es necesario formular constataciones separadas respecto de la "similitud" de los servicios, por una parte, y la "similitud" de los proveedores de servicios, por otra. Habida cuenta de que el análisis de la "similitud" sirve para evaluar la relación de competencia de los "servicios y proveedores de servicios"¹⁹⁰ en cuestión, las características particulares de esa relación de competencia, en las circunstancias de cada caso específico, determinarán la importancia relativa que se debe otorgar en el análisis de la "similitud" a las consideraciones relativas al servicio y al proveedor de servicios, respectivamente. En cualquier caso, en un análisis holístico de la "similitud", las consideraciones relativas tanto al servicio como al proveedor de servicios serán pertinentes, aunque en grados diversos, en función de las circunstancias de cada caso.

6.30. Abordamos ahora la cuestión de cómo debe proceder un grupo especial para determinar la "similitud". Señalamos que, respecto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Órgano de Apelación se remitió en *CE - Amianto* al informe sobre *Ajustes fiscales en frontera* del Grupo de Trabajo del GATT, donde se utilizaron cuatro criterios generales para analizar la "similitud" en el contexto del comercio de mercancías: i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; ii) los usos finales de los productos; iii) los gustos y hábitos del consumidor o las percepciones y comportamiento del consumidor respecto de los productos; y iv) la clasificación arancelaria de los productos.¹⁹¹ Además, el Órgano de Apelación señaló que, aunque cada criterio se refiere, en principio, a un aspecto diferente de los productos de que se trata, que debe ser examinado por separado, los diferentes criterios están relacionados entre sí.¹⁹² Además, el Órgano de Apelación declaró que los criterios para analizar la "similitud" son instrumentos analíticos para facilitar la tarea de examinar las pruebas pertinentes y que "[n]o están impuestos por un tratado ni constituyen una lista cerrada de criterios que determinarán la caracterización jurídica de los productos".¹⁹³ El Órgano de Apelación aclaró también que los grupos especiales no deben excluir *a priori* ninguna prueba de su análisis de la similitud.¹⁹⁴

6.31. Teniendo en cuenta estas consideraciones, analizamos cómo debe proceder un grupo especial para evaluar la "similitud" de servicios y proveedores de servicios en el contexto particular del párrafo 1 del artículo II y del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS. Recordamos que el Órgano de Apelación ha aclarado que el término "*similar*" debe interpretarse teniendo en cuenta su contexto y el objeto y fin del acuerdo en que figure la disposición pertinente.¹⁹⁵ Como hemos expuesto *supra*, consideramos que el análisis de la "similitud" tiene la misma finalidad en el contexto del comercio de mercancías que en el del comercio de servicios, a saber, determinar si los productos o los servicios y proveedores de servicios, respectivamente, mantienen una relación de competencia entre sí. Por tanto, en la medida en que los criterios para evaluar la "similitud" empleados tradicionalmente como instrumentos analíticos en el contexto del comercio de mercancías son pertinentes para evaluar la relación de competencia de los servicios y proveedores de servicios, estos criterios también pueden utilizarse para evaluar la "similitud" en el contexto del comercio de servicios, siempre que se adapten adecuadamente para tener en cuenta las características específicas del comercio de servicios. En particular, señalamos que el párrafo 1 del

¹⁸⁹ Sin cursivas en el original.

¹⁹⁰ Sin cursivas en el original.

¹⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 101.

¹⁹² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102. El Órgano de Apelación señaló, por ejemplo, que "las propiedades físicas de un producto conforman y limitan los usos finales a que puede destinarse. Las percepciones de los consumidores pueden, de manera análoga, influir en los usos tradicionales de los productos, modificarlos, o incluso tornarlos anticuados. La clasificación arancelaria refleja claramente las propiedades físicas de un producto". (*Ibid.*)

¹⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

¹⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 113. A este respecto, el Órgano de Apelación explicó que, por ejemplo, los riesgos para la salud humana que conlleva un producto pueden ser pertinentes en un examen de la "similitud" hecho en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, ya que pueden afectar a la relación de competencia en el mercado entre productos supuestamente "similares", y que no es necesario examinar estos riesgos en el marco de un criterio separado, ya que pueden evaluarse en el marco de los criterios existentes de las propiedades físicas y de los gustos y hábitos de los consumidores. (*Ibid.*)

¹⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, páginas 22, 23, 25 y 26.

artículo II y el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS se refieren a la similitud de "servicios y proveedores de servicios" y, en consecuencia, estos criterios pueden aplicarse tanto respecto del servicio como respecto del proveedor de servicios en un análisis holístico como se ha indicado *supra*.

6.32. Por ejemplo, las características de los servicios y proveedores de servicios o las preferencias de los consumidores respecto de los servicios y proveedores de servicios pueden ser pertinentes para determinar la "similitud" en el marco del AGCS. Señalamos que, en este sentido, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Banano III* analizó "la naturaleza y características"¹⁹⁶ de la transacción de servicios en cuestión, lo que puede considerarse una adaptación del criterio original que figura en el informe *Ajustes fiscales en frontera*, a saber, las propiedades, naturaleza y calidad. Asimismo, respecto del criterio de la clasificación arancelaria, podrían resultar pertinentes la clasificación y la descripción de los servicios en, por ejemplo, la Clasificación Central de Productos (CCP) de las Naciones Unidas.¹⁹⁷ El Grupo Especial que se ocupó del asunto *China - Servicios de pago electrónico* realizó otra adaptación de este tipo al considerar pruebas de que los proveedores de servicios en cuestión "describ[ían] el alcance de sus operaciones en términos muy parecidos", y que esto indicaba que "esos proveedores comp[etían] entre sí en el mismo sector comercial".¹⁹⁸ Lo anterior puede considerarse adaptaciones de los criterios de "propiedades, naturaleza y calidad", "uso final" y/o "preferencias de los consumidores". No obstante, al igual que en el contexto del comercio de mercancías, consideramos que los criterios para analizar la "similitud" de los servicios y proveedores de servicios son meros instrumentos analíticos para facilitar la tarea de examinar las pruebas pertinentes y que no están impuestos por un tratado ni constituyen una lista cerrada de criterios que determinarán la caracterización jurídica de los servicios y proveedores de servicios como "similares".¹⁹⁹

6.33. Asimismo, señalamos que los distintos modos de suministro definidos en el párrafo 2 del artículo I solo existen en el comercio de servicios en el marco del AGCS y no en el comercio de mercancías en el marco del GATT de 1994 y, por tanto, el análisis de la "similitud" de servicios y proveedores de servicios puede exigir otras consideraciones sobre si este análisis se ve afectado por los modos de suministro de servicios o en qué manera.²⁰⁰ Dicho esto, señalamos también que en esta apelación no se nos requiere que nos pronunciemos sobre la pertinencia e importancia de criterios específicos para determinar si los proveedores de servicios y los servicios prestados son "similares".

6.34. Si bien los criterios para analizar la "similitud" deben adaptarse al contexto concreto del párrafo 1 del artículo II y del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS de acuerdo con las consideraciones expuestas *supra*, esto no cambia la finalidad fundamental de la comparación que debe realizarse para determinar la "similitud" en el contexto del comercio de servicios, a saber, evaluar si, y en qué medida, los servicios y proveedores de servicios en cuestión se encuentran en una relación de competencia. La existencia de una relación de competencia es una condición previa para realizar el análisis posterior, en el marco de la prescripción del "trato no menos favorable"²⁰¹, de si se han modificado las condiciones de competencia.

6.1.5 Presunción de "similitud"

6.35. En esta apelación se plantea una cuestión más con respecto a la interpretación del término "similitud" en el párrafo 1 del artículo II y el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS, a saber, si, para establecer la "similitud", el reclamante debe recurrir siempre a los criterios pertinentes para establecer la similitud enunciados *supra*, o si puede establecer la "similitud" demostrando que la medida en litigio hace una distinción entre servicios y proveedores de servicios basada exclusivamente en el origen (en lo que sigue denominamos a este último enfoque el "enfoque de la presunción").

¹⁹⁶ Informe del Grupo Especial, *CE - Banano III (Ecuador)*, párrafo 7.322.

¹⁹⁷ El Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Banano III (Ecuador)* se remitió a la CCP y a las notas explicativas pertinentes al analizar la naturaleza y las características de las transacciones de servicios al por mayor, así como de los diferentes servicios subordinados mencionados en la nota de encabezamiento de la sección 6 de la CCP. (Informe del Grupo Especial, *CE - Banano III (Ecuador)*, párrafos 7.322 y 7.346)

¹⁹⁸ Informe del Grupo Especial, *China - Servicios de pago electrónico*, párrafo 7.706.

¹⁹⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

²⁰⁰ Véase el informe del Grupo Especial, *China - Servicios de pago electrónico*, párrafos 7.704 y 7.706.

²⁰¹ Véase la sección 6.2 del presente informe.

6.36. En el contexto del comercio de mercancías, varios grupos especiales han constatado que, cuando una medida hace una distinción entre productos basada exclusivamente en el origen del producto, puede presumirse la similitud de esos productos. Los grupos especiales han aplicado esa "presunción" de similitud con respecto al párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994²⁰², el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994²⁰³, y el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.²⁰⁴ Los grupos especiales han sostenido que, en lugar de establecer la "similitud" invariablemente sobre la base de los criterios pertinentes, el reclamante puede hacerlo demostrando que la medida en litigio traza una distinción basada exclusivamente en el origen del producto.²⁰⁵ A este respecto, observamos que las medidas que permiten la aplicación de una presunción de "similitud" serán habitualmente medidas que entrañen una distinción *de jure* entre productos de origen diferente.

6.37. Con respecto al comercio de servicios, observamos que la medida en litigio en el asunto *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, por ejemplo, prohibía a las "empresas con inversión extranjera" realizar la actividad de venta al por mayor de materiales de lectura importados, mientras que permitía a las empresas de propiedad totalmente china suministrar ese servicio.²⁰⁶ El Grupo Especial que examinó esa diferencia constató con respecto a dicha medida lo siguiente:

Cuando el único factor en el que una medida basa la diferencia de trato entre proveedores nacionales y extranjeros de servicios es el origen, se cumple el requisito de que se trate de "proveedores de servicios similares", siempre que haya o pueda haber proveedores nacionales y extranjeros que en el marco de la medida sean iguales en todos los aspectos importantes salvo en lo que respecta al origen. Señalamos que anteriores grupos especiales han llegado a conclusiones similares. Observamos que, en los casos en los que la diferencia de trato no está vinculada exclusivamente al origen de los proveedores de servicios sino a otros factores, probablemente sería necesario un análisis más detallado para determinar si los proveedores de servicios de uno y otro lado de la divisoria son o no "similares".²⁰⁷

6.38. A nuestro juicio, cuando una medida prevé una distinción basada exclusivamente en el origen, habrá o podrá haber servicios y proveedores de servicios que sean iguales en todos los aspectos salvo el origen, por lo que podrá presumirse la "similitud" y el reclamante no estará obligado a establecerla sobre la base de los criterios pertinentes enunciados *supra*. En consecuencia, consideramos que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo II y el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS, el reclamante no está obligado en todos los casos a establecer la "similitud" de los servicios y proveedores de servicios sobre la base de los criterios pertinentes para establecer la "similitud", sino que el reclamante puede, en principio, establecer la "similitud" demostrando que la medida en litigio traza una distinción entre servicios y proveedores basada exclusivamente en el origen. No obstante, consideramos que, en comparación con el comercio de mercancías, en el marco del AGCS el alcance de esa presunción sería más limitado y que, con frecuencia, establecer la "similitud" sobre la base de la presunción puede ser más complejo en el comercio de servicios, por las razones que se exponen a continuación.

²⁰² Informes de los Grupos Especiales, *Argentina - Piel y cueros*, párrafo 11.168; *China - Partes de automóviles*, párrafo 7.216.

²⁰³ Informes de los Grupos Especiales, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 6.274; *Canadá - Automóviles*, párrafo 10.74; *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.164; *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.1447; *India - Automóviles*, párrafo 7.174; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 7.661; *Turquía - Arroz*, párrafos 7.214-7.216; y *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafos 8.132-8.135.

²⁰⁴ Informes de los Grupos Especiales, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafos 7.355 y 7.356; y *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, párrafos 7.424-7.432.

²⁰⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 7.1446 y 7.1447.

²⁰⁶ Informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.975.

²⁰⁷ Informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.975 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafos 6.164-6.167; y *Argentina - Piel y cueros*, párrafos 11.168 y 11.169). (no se reproduce la nota de pie de página) Observamos que, en esa línea, el Grupo Especial que examinó el asunto *China - Servicios de pago electrónico* determinó que la distinción entre los servicios y proveedores de servicios de que se trataba en esa diferencia no estaba basada exclusivamente en el origen, por lo que evaluó la "similitud" sobre la base de varios criterios pertinentes. (Véase el informe del Grupo Especial, *China - Servicios de pago electrónico*, párrafo 7.697.)

6.39. En primer lugar, hemos constatado *supra* que la determinación de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II y el párrafo 1 del artículo XVII entraña considerar tanto el servicio como el proveedor de servicios. En consecuencia, según las circunstancias del caso concreto, una distinción basada en el origen establecida por la medida en litigio tendría que ser evaluada no solo con respecto a los servicios en cuestión, sino también atendiendo a los proveedores de servicios de que se trate. Considerar tanto a los servicios como los proveedores de servicios puede hacer más complejo el análisis de si una distinción está o no basada exclusivamente en el origen, en particular a causa de la influencia que la reglamentación nacional puede tener en la conformación de, por ejemplo, las características de los servicios y proveedores de servicios, así como de las preferencias de los consumidores.

6.40. Señalamos, además, los principios para determinar el origen establecidos en el artículo XXVIII del AGCS. Las definiciones de los diversos términos enunciadas en los apartados f), g) y k) a n) del artículo XXVIII del AGCS ofrecen una indicación de las posibles complejidades que, en el contexto del comercio de servicios, entraña determinar el origen y si una distinción está basada exclusivamente en el origen.²⁰⁸ La existencia de diferentes modos de suministro y las consecuencias que estos tienen en la determinación del origen de los servicios y proveedores de servicios suponen una complejidad añadida.

6.41. Aunque, en principio, esas complejidades no hacen que el enfoque de la presunción sea inaplicable en el contexto del comercio de servicios, el alcance de esa presunción es más limitado que en el comercio de mercancías. Que esas complejidades repercutan en la determinación de si una distinción está basada exclusivamente en el origen, y la medida en que lo hagan, en un caso determinado dependerá de la naturaleza, configuración y funcionamiento de la medida en litigio, así como de las alegaciones concretas planteadas.

6.42. En relación con la carga de la prueba al establecer la "similitud" apoyándose en el enfoque de la presunción, observamos que, en consonancia con la norma general de que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma una determinada reclamación²⁰⁹, corresponde al reclamante acreditar *prima facie* que una medida hace una distinción entre servicios y proveedores de servicios basada exclusivamente en el origen. A este respecto, un grupo especial está obligado a evaluar objetivamente las pruebas y argumentos que constituyan el fundamento de esa afirmación.

6.43. Si el grupo especial constata que el reclamante no ha acreditado *prima facie* que una medida prevé un trato diferenciado exclusivamente sobre la base del origen, debe realizar un análisis de la "similitud" de los servicios y proveedores de servicios sobre la base de los criterios pertinentes adaptados al comercio de servicios, abordados *supra*, para poder proceder a continuación al análisis del trato menos favorable.

6.44. En cambio, si el reclamante logra acreditar *prima facie* que una medida hace una distinción entre servicios y proveedores de servicios basada exclusivamente en el origen, y esa acreditación no es refutada por el demandado, puede presumirse que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares", y el grupo especial puede proceder al análisis del trato menos favorable sin necesidad de evaluar la relación de competencia de los servicios y proveedores de servicios en cuestión sobre la base de los criterios pertinentes adaptados al comercio de servicios.

6.45. Una vez que el reclamante ha acreditado *prima facie* que una medida hace una distinción entre servicios y proveedores de servicios basada exclusivamente en el origen, el demandado puede refutar esa acreditación demostrando que el origen no es de hecho la base exclusiva de la distinción que establece la medida entre los servicios y proveedores de servicios en cuestión. De manera alternativa, o adicional, el demandado puede tratar de refutar la acreditación *prima facie* basada en el enfoque de la presunción presentando argumentos y pruebas relativos a los criterios para determinar la "similitud" adaptados al comercio de servicios, explicados *supra*, y demostrar que un determinado factor afecta a los criterios pertinentes utilizados para establecer la "similitud" y, por lo tanto, tiene una repercusión en la relación de competencia entre los servicios y proveedores de servicios. En el caso de que se logre una refutación por cualquiera de las vías

²⁰⁸ Véase el artículo XXVIII del AGCS, en el que se definen, entre otros, los términos "servicio de otro Miembro", "proveedor de servicios", "persona física de otro Miembro", "persona jurídica" y "persona jurídica de otro Miembro".

²⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

descritas *supra*, el grupo especial no puede proceder a constatar la "similitud" sobre la base de dicha presunción, sino que, antes de proceder a un análisis del trato menos favorable, debe realizar un análisis de la "similitud" en el que se consideren los criterios pertinentes con el fin de determinar si los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares".

6.1.6 Alegaciones formuladas por la Argentina en apelación

6.46. Con respecto al párrafo 1 del artículo II del AGCS, la Argentina nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios ubicados en países no cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios ubicados en países cooperadores²¹⁰ y revoquemos, en consecuencia, la conclusión de que las Medidas 1 a 8 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS.²¹¹

6.47. Con respecto al artículo XVII del AGCS, la Argentina nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios ubicados en países no cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de origen argentino²¹² y modifiquemos, en consecuencia, el fundamento jurídico de la conclusión del Grupo Especial de que las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el artículo XVII del AGCS.²¹³

6.48. Comenzamos examinando las alegaciones de la Argentina relativas a la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS. Después, nos ocuparemos de las alegaciones de la Argentina relativas a la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del artículo XVII del AGCS.

6.1.6.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo II del AGCS

6.49. Con respecto al análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS, la Argentina alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo II al constatar que los servicios y proveedores de servicios pueden considerarse "similares" cuando una medida prevé un trato diferenciado "exclusivamente sobre la base del origen".²¹⁴ Subsidiariamente, en el caso de que consideremos que la presunción de "similitud" está justificada cuando una medida prevé un trato diferenciado "exclusivamente sobre la base del origen", la Argentina alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" sin haber constatado que las medidas en litigio prevén un trato diferenciado "exclusivamente sobre la base del origen".²¹⁵ En tal caso, la Argentina alega además que el Grupo Especial incurrió en error al atribuir a la Argentina la carga de demostrar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión *no* son "similares", en lugar de requerir a Panamá que satisficiera la carga que le correspondía de establecer que los servicios y proveedores de servicios son "similares"²¹⁶, y que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" a efectos del párrafo 1 del artículo II del AGCS.²¹⁷

6.50. Comenzamos examinando la primera alegación de error formulada por la Argentina, a saber, que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo II del AGCS al constatar que los servicios y proveedores de servicios pueden considerarse "similares" cuando una medida hace una distinción entre servicios y proveedores de servicios basada exclusivamente en el origen.²¹⁸ A juicio de la Argentina, el hecho de que una medida que afecta al comercio de servicios prevea esa distinción es una base insuficiente para una constatación de que los servicios y proveedores de servicios son "similares". La Argentina aduce que hay una diferencia importante entre el AGCS y el GATT de 1994, ya que las características de un producto suelen ser

²¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.185 y 7.186.

²¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.365, 7.367 y 8.2.b.

²¹² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.488 y 7.489.

²¹³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.523-7.525 y 8.2.c.

²¹⁴ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 50-63.

²¹⁵ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 66 y 67.

²¹⁶ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 68-79.

²¹⁷ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 101-123.

²¹⁸ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 56.

intrínsecas del producto en sí, mientras que las características de los servicios frecuentemente son inseparables de las características de los proveedores de servicios.²¹⁹

6.51. Panamá no está de acuerdo con la Argentina en que no pueda presumirse la "similitud" cuando una medida establece una distinción entre servicios y proveedores de servicios basada exclusivamente en el origen, y nos solicita que corroboremos la constatación del Grupo Especial a ese respecto. Panamá sostiene que el Grupo Especial concluyó correctamente que la distinción establecida por las ocho medidas en litigio entre países cooperadores y países no cooperadores se debe al origen, y que, por lo tanto, los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y países no cooperadores son "similares" por razón del origen.²²⁰

6.52. No nos convence la tesis de la Argentina de que la pertinencia de los criterios correspondientes a los proveedores de servicios al determinar la "similitud" en el comercio de servicios²²¹ obliga a concluir que en el comercio de servicios no puede aplicarse el enfoque de la presunción. Hemos constatado *supra* que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo II y el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS, el reclamante no está obligado en todos los casos a establecer la "similitud" de los servicios y proveedores de servicios sobre la base de una evaluación de los criterios para establecer la "similitud" enunciados *supra*. Antes bien, se puede presumir la "similitud" cuando el reclamante demuestra que la medida en litigio establece una distinción entre servicios y proveedores de servicios basada exclusivamente en el origen. Hemos constatado que, aunque el análisis de si una distinción está o no basada exclusivamente en el origen es más complejo en el contexto del comercio de servicios, no por ello el enfoque de la presunción es inaplicable en el comercio de servicios. A la luz de estas consideraciones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error por el mero hecho de emplear el enfoque de la presunción.²²²

6.53. Pasamos ahora a la segunda alegación de error formulada por la Argentina. La Argentina sostiene que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo II del AGCS al constatar que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son "similares" sin haber constatado que las medidas en litigio prevén un trato diferenciado "exclusivamente sobre la base del origen".²²³

6.54. Al examinar esta alegación de error planteada por la Argentina, consideramos en primer lugar si efectivamente el Grupo Especial no formuló una constatación de que las distinciones de trato entre servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores previstas en las medidas en litigio están basadas *exclusivamente* en el origen.

6.55. Observamos que, en el párrafo 7.166, el Grupo Especial hizo el siguiente razonamiento:

En lo que respecta al criterio del origen, como indicamos anteriormente, las ocho medidas impugnadas por Panamá distinguen entre servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores. A nuestro juicio, el mero hecho de que se otorgue un trato diferenciado en virtud de la pertenencia o no a una lista de países está fuertemente vinculado al origen. Eso implica que todo proveedor de servicios radicado en Panamá -o en cualquier otro país considerado por las autoridades argentinas como país cooperador- está sujeto al mismo trato por el hecho de estar radicado en dicho país. Consideramos por lo tanto que la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio es debida al origen. Sin embargo, aunque el criterio de origen se utiliza en forma de lista de países cooperadores, no es el origen *per se* lo que hace que unos países estén

²¹⁹ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 58.

²²⁰ Comunicación del apelado presentada por Panamá, párrafo 5.16.

²²¹ En particular, la Argentina aduce que, entre los criterios para determinar la "similitud" en el comercio de servicios relativos al proveedor de servicios, se encuentran factores como los siguientes: i) si el proveedor de servicios tiene determinadas competencias, certificados o licencias; ii) la forma jurídica del proveedor de servicios (por ejemplo, si es persona física o jurídica); iii) las características comerciales del proveedor de servicios (por ejemplo, activos, número de empleados y experiencia previa en el suministro del servicio); y iv) la manera y la medida en que el proveedor de servicios está sujeto a la reglamentación y la supervisión gubernamentales en su suministro del servicio. (Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 58.)

²²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.165.

²²³ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 64-67.

en la lista y otros no lo estén sino el marco regulatorio inextricablemente unido a dicho origen. De ahí que se nos plantee la duda sobre si la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio está basada *exclusivamente* en el origen, como sostiene Panamá, o si existe también algún "otro factor" que explique la diferencia de trato, tal y como examinamos a continuación.²²⁴

6.56. Por consiguiente, aunque el Grupo Especial observó que "la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio es debida al origen", no formuló la constatación de que la diferencia de trato esté basada *exclusivamente* en el origen. Por el contrario, después de declarar que la diferencia de trato es "debida al origen", el Grupo Especial atenuó inmediatamente esa declaración observando que la clasificación de un país como cooperador o no cooperador no está basada en "el origen *per se*", sino en el "marco regulatorio inextricablemente unido a ese origen". A juicio del Grupo Especial, eso planteaba una duda respecto de si la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio está basada *exclusivamente* en el origen, o "si existe también algún 'otro factor' que explique la diferencia de trato".²²⁵

6.57. Además, el Grupo Especial consideró que la posibilidad por parte de la Argentina de acceder a la información fiscal podía ser tenida en cuenta en su análisis de la "similitud", "siempre y cuando se refleje en la relación de competencia entre servicios y los proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores".²²⁶ El Grupo Especial declaró que correspondía a la Argentina probar que "tal 'otro factor' afecta a la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios, por ejemplo, demostrando el efecto que dicho factor tiene en las características del servicio y las preferencias de los consumidores".²²⁷

6.58. En último término, el Grupo Especial estimó que la situación fáctica del presente asunto hacía que resultara extremadamente difícil realizar el análisis de la "similitud" requerido considerando también la posibilidad por parte de la Argentina de acceder a la información fiscal. El Grupo Especial estimó que las circunstancias del asunto le "imposibilita[ban] llevar a cabo una comparación de los servicios y los proveedores de servicios pertinentes" a efectos de examinar la "similitud".²²⁸ El Grupo Especial afirmó a continuación, en el párrafo 7.185, lo siguiente:

[H]abiendo concluido que la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio es debida al origen, consideramos que Panamá ha acreditado que los servicios y los proveedores de servicios de los países cooperadores y no cooperadores son similares por razón del origen.²²⁹

6.59. Esa constatación constituyó la base para la conclusión del Grupo Especial de que, "a efectos de las alegaciones presentadas por Panamá al amparo del Artículo II:1 del AGCS, los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores".²³⁰

6.60. Entendemos que en la constatación formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.185 citada *supra* ("habiendo concluido que la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores inherente a las ocho medidas en litigio es debida al origen") se hace referencia a la declaración que el Grupo Especial había formulado anteriormente en el párrafo 7.166. Sin embargo, como hemos observado *supra*, en el párrafo 7.166 el Grupo Especial no formuló la constatación de que la distinción establecida por las medidas en litigio esté basada *exclusivamente* en el origen. Por consiguiente, el párrafo 7.166 no puede servir de base para concluir que la distinción entre países cooperadores y no cooperadores establecida por las medidas en litigio está basada exclusivamente en el origen. De hecho, en el párrafo 7.185 el Grupo Especial hizo

²²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.166. (las cursivas figuran en el original)

²²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.166.

²²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.179.

²²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.179.

²²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.184.

²²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.185.

²³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.186.

referencia únicamente a una diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores "debida al origen", y no a una diferencia debida *exclusivamente* al origen.

6.61. Como hemos explicado *supra*, la aplicación de la presunción de "similitud" exige la constatación de que la medida prevé una distinción basada exclusivamente en el origen. Al no existir esa constatación, el Grupo Especial estaba obligado a realizar un análisis de la "similitud" en el que se consideraran diversos criterios pertinentes para una evaluación de la relación de competencia de los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores, como se ha expuesto *supra*. A este respecto, observamos que, aunque Panamá, en su primera comunicación escrita, se apoyó principalmente en la tesis de que las medidas en litigio hacen una distinción basada exclusivamente el origen, en su segunda comunicación escrita presentó argumentos y pruebas con respecto a diversos criterios para establecer la "similitud" en relación con los servicios y proveedores de servicios pertinentes abarcados por las medidas en litigio.²³¹ Al no existir una constatación de que las medidas en litigio prevén una distinción basada exclusivamente en el origen, y dado que no había realizado un análisis de la "similitud" sobre la base de los argumentos y pruebas presentados por Panamá con respecto a los criterios de "similitud", el Grupo Especial incurrió en error al constatar que había "similitud" "por razón del origen".²³²

6.62. Tomamos nota del argumento adicional de Panamá de que la posibilidad por parte de la Argentina de acceder a la información fiscal de los proveedores extranjeros era tan solo la "razón" que subyacía a la distinción establecida sobre la base del origen. Panamá sostiene que siempre habrá una razón por la que los Miembros diferencien en sus leyes y reglamentos entre servicios y proveedores de servicios de origen diferente.²³³ Panamá aduce además que la existencia de motivos de política que subyacen a las distinciones basadas en el origen no altera el hecho de que las medidas, con arreglo a sus términos, diferencian exclusivamente sobre la base del origen.²³⁴

6.63. Suponiendo, a efectos de argumentación, que, como indica Panamá, Panamá efectivamente acreditó *prima facie* que la distinción entre países cooperadores y no cooperadores en las medidas en litigio está basada exclusivamente en el origen, consideramos que, como la Argentina había aportado argumentos y pruebas para demostrar que la posibilidad de acceder a la información fiscal tenía una repercusión en la relación de competencia, el Grupo Especial habría estado obligado a evaluar si la Argentina había logrado de esa manera refutar esa acreditación *prima facie* basada en el enfoque de la presunción. A este respecto, observamos que la Argentina había presentado al Grupo Especial argumentos y pruebas en respaldo de su afirmación de que la posibilidad de acceder a la información fiscal afectaba a los criterios para establecer la "similitud", en particular a las preferencias de los consumidores, de una manera que tenía una repercusión en la relación de competencia de los servicios y proveedores de servicios en el mercado.²³⁵

6.64. Observamos que el Grupo Especial se dispuso a evaluar si la posibilidad de acceder a la información fiscal afectaba de hecho a los criterios para establecer la "similitud" y tenía, por lo tanto, una repercusión en la relación de competencia. El Grupo Especial declaró que evaluaría si la Argentina había establecido que el acceso a la información fiscal de los proveedores extranjeros afectaba a la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios, por ejemplo demostrando el efecto que dicho factor tiene en las características de los servicios y las preferencias de los consumidores.²³⁶ Sin embargo, el Grupo Especial puso fin a ese análisis sin

²³¹ En particular, Panamá sostuvo ante el Grupo Especial que, para determinar la "similitud" de los servicios y proveedores de servicios, podían aplicarse, *mutatis mutandis*, los criterios de "similitud" empleados tradicionalmente en el contexto del comercio de mercancías, a saber: i) la naturaleza de los servicios; ii) el uso final de los servicios; iii) las preferencias del consumidor por esos servicios; y iv) cualquier posible clasificación gubernamental que pudiera dar una indicación de la similitud. (Segunda comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafos 2.131, 2.276, 2.421, 2.423, 2.524, 2.604, 2.736; y Prueba documental PAN-86 presentada al Grupo Especial.)

²³² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.185.

²³³ Comunicación del apelado presentada por Panamá, párrafo 5.22.

²³⁴ Comunicación del apelado presentada por Panamá, párrafo 5.23.

²³⁵ En particular, la Argentina había afirmado ante el Grupo Especial que, cuando los paraísos fiscales tradicionales suscriben acuerdos de intercambio de información fiscal, pierden clientes en favor de las jurisdicciones que no han suscrito tales acuerdos. (Primera comunicación escrita de la Argentina al Grupo Especial, párrafos 211-213; y segunda comunicación escrita de la Argentina al Grupo Especial, párrafos 48-50.) En respaldo de esa afirmación, la Argentina se remitió a las tres pruebas siguientes: Pruebas documentales ARG-80, ARG-81 y ARG-129 presentadas al Grupo Especial.

²³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.179.

llegar a una conclusión, limitándose a declarar que le resultaba imposible comparar los servicios y proveedores de servicios pertinentes a efectos de examinar la "similitud".²³⁷ Como la Argentina había aducido que el acceso a la información fiscal de los proveedores extranjeros afectaba a la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios, y había presentado pruebas a tal efecto, el Grupo Especial estaba obligado a examinar esas pruebas y evaluar si la Argentina efectivamente había satisfecho su carga de demostrar que la posibilidad de acceder a la información fiscal de los proveedores extranjeros tenía una repercusión en la relación de competencia. El Grupo Especial no hizo tal cosa. Además, en el caso de que la Argentina hubiera satisfecho su carga, el Grupo Especial tendría que haber realizado un análisis de la "similitud" sobre la base de los criterios pertinentes.

6.65. Esto nos lleva a la tercera alegación de la Argentina, a saber, que el Grupo Especial incurrió en error en su asignación de la carga de la prueba al exigir a la Argentina que demostrara que los servicios y proveedores de servicios en cuestión no son "similares".²³⁸ La Argentina afirma que Panamá basó su argumento en la tesis de que, cuando el trato diferenciado se otorga exclusivamente sobre la base del origen, puede presumirse la "similitud". Aunque la Argentina no está de acuerdo con esa tesis, también sostiene que Panamá no demostró que las medidas en litigio prevean un trato diferenciado exclusivamente sobre la base del origen.²³⁹ La Argentina aduce que el Grupo Especial incurrió en error al declarar que corresponde a la Argentina probar que la posibilidad de acceder a la información fiscal "afecta a la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios, por ejemplo, demostrando el efecto que dicho factor tiene en las características del servicio y las preferencias de los consumidores".²⁴⁰

6.66. Panamá responde que el Grupo Especial no incurrió en error en la asignación de la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS. Panamá afirma que, en la medida en que le correspondiera la carga de acreditar *prima facie* la "similitud", lo hizo al demostrar que las medidas de la Argentina diferencian entre servicios y proveedores de servicios *solo* sobre la base del origen y que, por lo tanto, los servicios y proveedores de servicios abarcados por las medidas son "similares" excepto en lo que respecta al origen. Si la Argentina deseaba afirmar que había "otros factores" que eran pertinentes para la determinación, o que contradecían la acreditación *prima facie* de "similitud" hecha por Panamá, correspondía a la Argentina establecer cuáles eran esos "otros factores" y cómo menoscababan la demostración de "similitud" realizada por Panamá.²⁴¹

6.67. Hemos abordado *supra* la asignación de la carga de la prueba en el marco del enfoque de la presunción. Habida cuenta de nuestra constatación anterior de que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la "similitud", consideramos innecesario abordar por separado la alegación de la Argentina relativa a la carga de la prueba.

6.68. La Argentina alega además que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al acreditar *prima facie* la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II en favor de Panamá sin que hubiera pruebas ni argumentos jurídicos.²⁴² A juicio de la Argentina, eso constituye un fundamento independiente para revocar la constatación de incompatibilidad con el marco del párrafo 1 del artículo II formulada por el Grupo Especial.²⁴³

6.69. Hemos constatado *supra* que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la "similitud", por lo que consideramos innecesario abordar por separado la alegación de la Argentina de que el Grupo Especial incurrió en error al acreditar *prima facie* la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS en favor de Panamá sin que dicho país hubiera presentado pruebas ni argumentos jurídicos.

6.70. Sobre la base de las consideraciones expuestas *supra*, revocamos la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.186 de su informe, de que los servicios y proveedores de

²³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.184.

²³⁸ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 68.

²³⁹ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 69 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.166).

²⁴⁰ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 72 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.179).

²⁴¹ Comunicación del apelado presentada por Panamá, párrafo 5.45.

²⁴² Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 98.

²⁴³ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 99.

servicios de países cooperadores son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.

6.71. Como la conclusión del Grupo Especial de que las Medidas 1 a 8 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS estaba basada en la constatación formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.186, también revocamos dicha conclusión del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.367 y 8.2.b de su informe.

6.1.6.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS

6.72. Con respecto al párrafo 1 del artículo XVII del AGCS, la Argentina nos solicita que constatemos que el Grupo Especial incurrió en error al tomar como base sus constataciones de "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS para su análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo XVII²⁴⁴, y que corroboremos, sobre la base de un razonamiento modificado, la conclusión del Grupo Especial de que las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS.

6.73. La Argentina sostiene que, al tomar sus constataciones de "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II como base para su análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo XVII, el Grupo Especial incurrió en error de derecho, porque las propias constataciones formuladas en el marco del párrafo 1 del artículo II son erróneas.²⁴⁵ La Argentina alega que el Grupo Especial también incurrió en error al apoyarse en esas constataciones porque no eran pertinentes para el análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo XVII. La Argentina explica que, en su análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II, el Grupo Especial comparó los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores, y que esa comparación no guarda ninguna relación con el análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo XVII, que exige una comparación de servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores con servicios y proveedores de servicios argentinos.²⁴⁶

6.74. Por su parte, Panamá presenta los mismos argumentos con respecto a la alegación de error formulada por la Argentina en relación con el análisis del Grupo Especial tanto en el marco del párrafo 1 del artículo II como del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS. Panamá no responde por separado a los argumentos que la Argentina plantea específicamente con respecto al análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo XVII.

6.75. Observamos que la conclusión alcanzada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo XVII -que los servicios y proveedores de servicios argentinos son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores²⁴⁷- se basó en la constatación anterior del Grupo Especial de la similitud de los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores en el marco del párrafo 1 del artículo II. De hecho, el Grupo Especial consideró que su constatación de "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS "es trasladable al ámbito del Artículo XVII del AGCS".²⁴⁸

6.76. Hemos constatado *supra* que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores a efectos del párrafo 1 del artículo II, y hemos revocado esa constatación. Con ello se suprime también la base de la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios argentinos son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores a efectos del artículo XVII, porque esa constatación dependía de la constatación de "similitud" formulada anteriormente por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II. Por consiguiente, revocamos la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.489 de su informe, de que "los servicios y proveedores de servicios argentinos son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores a los efectos de [su] análisis del Artículo XVII del AGCS".

²⁴⁴ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafos 1 y 93.

²⁴⁵ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 85.

²⁴⁶ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 87.

²⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.489.

²⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.488.

6.77. La Argentina alega además que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al acreditar *prima facie* la "similitud" en favor de Panamá en el marco del artículo XVII sin que hubiera pruebas ni argumentos jurídicos.²⁴⁹ A juicio de la Argentina, eso constituye una base independiente para que modifiquemos el fundamento jurídico de la conclusión del Grupo Especial de que las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el artículo XVII.²⁵⁰

6.78. Hemos constatado *supra* que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la "similitud", por lo que consideramos innecesario abordar por separado la alegación de la Argentina de que el Grupo Especial incurrió en error al acreditar *prima facie* la "similitud" en favor de Panamá sin que Panamá hubiera presentado pruebas y argumentos jurídicos en el marco del artículo XVII del AGCS.

6.79. Hemos revocado la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.489 de su informe, de que los servicios y proveedores de servicios argentinos son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores. Como la conclusión del Grupo Especial de que las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el artículo XVII del AGCS estaba basada en esa constatación, revocamos también dicha conclusión del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.525 y 8.2.c de su informe.

6.80. Por último, deseamos poner de relieve que, aunque, por las razones expuestas *supra*, hemos revocado las constataciones de "similitud" formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS, no hemos adoptado ninguna posición con respecto a la cuestión de si los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores, o "similares" a los servicios y proveedores de servicios argentinos.

6.1.6.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD

6.81. La Argentina alega que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD, al hacer caso omiso de pruebas no controvertidas obrantes en el expediente que demuestran que los servicios y proveedores de servicios en cuestión no son "similares". La Argentina plantea esta alegación únicamente en el caso de que constatemos que correspondía a la Argentina la carga de probar la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS, o que Panamá había acreditado de otro modo *prima facie* la "similitud".²⁵¹

6.82. Hemos constatado *supra* que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la "similitud" y, en consecuencia, hemos revocado la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores, así como la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios argentinos. No hemos constatado que correspondiera a la Argentina la carga de probar la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS, ni que Panamá hubiera acreditado *prima facie* la "similitud".²⁵² En consecuencia, no se satisface la condición a la que está supeditada la alegación de la Argentina al amparo del artículo 11. Por lo tanto, no se nos plantean ni esa alegación ni la solicitud de la Argentina de que completemos el análisis jurídico, y no formulamos constataciones a ese respecto.

²⁴⁹ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 98.

²⁵⁰ Comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 99.

²⁵¹ Resumen de la comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, anexo B-2 de este informe, párrafo 12; véase también la comunicación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, párrafo 101 y nota 91 a dicho párrafo. La Argentina sostiene que la condición a la que está supeditada su alegación al amparo del artículo 11 del ESD se satisfaría, en particular, si constatáramos que estaba justificada una presunción de "similitud" porque las medidas en litigio prevén un trato diferenciado sobre la base del origen, o si constatáramos, sobre cualquier otra base, que Panamá había acreditado ante el Grupo Especial *prima facie* la "similitud" y, por consiguiente, fuese necesaria una refutación por parte de la Argentina.

²⁵² Hemos abordado esta última situación, aunque a efectos de argumentación, *supra*, en el párrafo 6.63.

6.83. Hemos constatado que el análisis del Grupo Especial era erróneo y, por consiguiente, hemos revocado la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores a tenor del párrafo 1 del artículo II del AGCS. También hemos revocado la constatación del Grupo Especial de que los servicios y proveedores de servicios argentinos son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores a tenor del artículo XVII del AGCS. Nuestra revocación de esas constataciones significa que las constataciones del Grupo Especial relativas al "trato no menos favorable" carecen de relevancia, puesto que estaban basadas en sus constataciones de que los servicios y proveedores de servicios pertinentes son "similares". Además, a consecuencia de nuestra revocación de las constataciones de "similitud" formuladas por el Grupo Especial, no subsiste ninguna constatación de incompatibilidad con el AGCS. A su vez, eso hace que carezca de relevancia el análisis del Grupo Especial de la cuestión de si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 pueden justificarse en virtud del apartado c) del artículo XIV del AGCS y de la cuestión de si las Medidas 5 y 6 pueden justificarse en virtud del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS.

6.84. Al mismo tiempo, observamos que, en su mayor parte, las alegaciones de error planteadas por Panamá con respecto a las constataciones de "trato no menos favorable" formuladas por el Grupo Especial, así como a las constataciones del Grupo Especial en el marco del apartado c) del artículo XIV y el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros, guardan relación con "cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este", por lo que están comprendidas en el alcance del examen en apelación de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD. Además, varias de las cuestiones planteadas en la apelación de Panamá tienen repercusiones en la interpretación de las disposiciones del AGCS. Tomando en cuenta estas consideraciones, pasamos a abordar las cuestiones planteadas por Panamá en apelación.

6.2 Párrafo 1 del artículo II y artículo XVII del AGCS - "Trato no menos favorable"

6.85. Panamá alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la expresión "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII del AGCS²⁵³, y que también incurrió en error en su aplicación de la expresión "trato no menos favorable" en el marco del artículo XVII del AGCS.²⁵⁴ Panamá nos solicita que confirmemos la constatación del Grupo Especial de que las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS sobre la base de las constataciones preliminares formuladas por el Grupo Especial en el marco de esa disposición. Panamá nos solicita además que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que las medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el artículo XVII del AGCS y constatem, en cambio, que esas medidas son incompatibles con dicha disposición.²⁵⁵

6.86. Antes de analizar la apelación de Panamá, consideramos útil comenzar exponiendo una breve sinopsis de las constataciones pertinentes del Grupo Especial y de las alegaciones y argumentos formulados por los participantes en apelación. Seguidamente, exponemos nuestra interpretación de la expresión "trato no menos favorable" que figura en el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS y, a la luz de nuestra interpretación, abordaremos los errores de interpretación supuestamente cometidos por el Grupo Especial, para ocuparnos a continuación los errores de aplicación alegados por Panamá.

6.2.1 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS

6.87. Como punto de partida para discernir el sentido corriente de la expresión "trato no menos favorable" en el párrafo 1 del artículo II del AGCS, el Grupo Especial se remitió a varias definiciones de diccionario de las palabras empleadas en el párrafo 1 del artículo II.²⁵⁶ El Grupo Especial señaló además dos aspectos que consideraba pertinentes para su interpretación, a saber, la amplitud del alcance de la obligación establecida por el artículo II del AGCS y la referencia a "los

²⁵³ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 3.2 y 4.2 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.235 y 7.494).

²⁵⁴ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.33.

²⁵⁵ A diferencia de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo II del AGCS, que guardaba relación con las medidas en litigio, la alegación de Panamá al amparo del artículo XVII del AGCS guardaba relación únicamente con las Medidas 2, 3 y 4. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.436.)

²⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.205.

servicios y ... los proveedores de servicios" en el párrafo 1 del artículo II. En particular, el Grupo Especial consideró que la referencia a los "proveedores de servicios" está ligada a la naturaleza de los servicios y del comercio de servicios, y puso de relieve la existencia de "unas características muy particulares" de los servicios que "los diferencian de las mercancías".²⁵⁷

6.88. Sobre esa base, el Grupo Especial consideró que en determinadas circunstancias el marco regulatorio en el que operan los proveedores de servicios puede ser pertinente en el contexto del AGCS, dado que "impacta de manera directa en el servicio".²⁵⁸ A juicio del Grupo Especial, el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios para cumplir objetivos de política nacional, "consagrado en el preámbulo del AGCS", confirma la relevancia del marco regulatorio en el contexto del comercio de servicios.²⁵⁹

6.89. El Grupo Especial pasó a examinar el contexto que ofrece el párrafo 3 del artículo XVII del AGCS²⁶⁰, y estimó que el concepto de "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo II gira también en torno a las "condiciones de competencia". A continuación, el Grupo Especial pasó a examinar el contexto que proporcionan disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), así como las interpretaciones de la expresión "trato no menos favorable" hechas por el Órgano de Apelación en el marco de esos Acuerdos. El Grupo Especial señaló además que existen "ciertas similitudes entre el AGCS y el Acuerdo OTC"²⁶¹, en la medida en que en los preámbulos de ambos Acuerdos se reconoce el derecho de los Miembros a reglamentar con miras a alcanzar determinados objetivos de política. Sin embargo, el Grupo Especial puso de relieve que la referencia a los "proveedores de servicios" diferencia al AGCS de los otros dos Acuerdos, y explicó que esa referencia "influye de manera decisiva" en la pertinencia de las interpretaciones del Órgano de Apelación para la tarea de interpretación que corresponde al Grupo Especial en esta diferencia.²⁶² Por lo tanto, a juicio del Grupo Especial, las interpretaciones elaboradas en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no pueden transponerse directamente al párrafo 1 del artículo II del AGCS.

6.90. Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Grupo Especial constató, en su interpretación de la expresión "trato no menos favorable", que la referencia a los "proveedores de servicios" en el párrafo 1 del artículo II "puede llevar al intérprete" a tener en cuenta "los aspectos regulatorios relevantes relativos a los proveedores de servicios que tienen un impacto en las condiciones de competencia".²⁶³ A juicio del Grupo Especial, "[l]a consideración de estos aspectos regulatorios podría ... derivar en que ciertas distinciones regulatorias establecidas por un Miembro entre proveedores de servicios no constituyan necesariamente" un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo II del AGCS.²⁶⁴

6.91. Por consiguiente, el Grupo Especial explicó que su enfoque sería el siguiente: en primer lugar, determinaría si, respecto de cada una de las ocho medidas en litigio, la Argentina otorga un trato *distinto* a las dos categorías de servicios y de proveedores de servicios (países cooperadores y países no cooperadores); a continuación, examinaría si el trato resulta *menos favorable* para los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores. El Grupo Especial estimó que, para determinar si un trato es menos favorable estaba obligado a evaluar si la medida modifica las condiciones de competencia. Además, el Grupo Especial declaró que en esa evaluación se "debían tener en cuenta aspectos regulatorios relativos a los servicios y los proveedores de servicios que puedan afectar a las condiciones de competencia; en particular, la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros".²⁶⁵

²⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.212.

²⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.212.

²⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.217.

²⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.220. El párrafo 3 del artículo XVII del AGCS dispone lo siguiente:

Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.

²⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.230.

²⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.228.

²⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232.

²⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232.

²⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.235.

6.92. Siguiendo ese enfoque, el Grupo Especial constató, en primer lugar, que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores de conformidad con cada una de las medidas en litigio es diferente al otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores.²⁶⁶ Seguidamente, el Grupo Especial constató, como cuestión preliminar, que cada una de las medidas modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores.²⁶⁷ A continuación el Grupo Especial tuvo en cuenta los "aspectos regulatorios" en esta diferencia, a saber, la posibilidad por parte de la Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros. El Grupo Especial constató que, a causa del diseño del Decreto N° 589/2013, "la manera como Argentina califica a los países como cooperadores o no cooperadores no es consistente con la posibilidad de Argentina de acceder a la información fiscal".²⁶⁸

6.93. Sobre esa base, el Grupo Especial concluyó que Panamá había acreditado que las medidas en litigio no otorgan un "trato no menos favorable" a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.²⁶⁹

6.2.2 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo XVII del AGCS

6.94. El Grupo Especial estimó que, al igual que el artículo II del AGCS, el artículo XVII del mismo Acuerdo se refiere no solo a los *servicios* similares, sino también a los *proveedores de servicios* similares. A continuación el Grupo Especial interpretó la expresión "trato no menos favorable" en el marco del artículo XVII del mismo modo que en el marco del párrafo 1 del artículo II, y adoptó el mismo enfoque analítico que había adoptado con respecto al párrafo 1 del artículo II.²⁷⁰ Siguiendo ese enfoque, el Grupo Especial constató en primer lugar, sobre la base de las constataciones que había formulado en el marco del párrafo 1 del artículo II, que las Medidas 2, 3 y 4 establecen un trato diferente para los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos.²⁷¹ De manera similar, el Grupo Especial se remitió a sus conclusiones "preliminar[es] de trato menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo II²⁷² y constató "de manera preliminar", que las Medidas 2, 3 y 4 "no otorgan un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos".²⁷³

6.95. El Grupo Especial procedió a determinar si sus conclusiones preliminares de trato menos favorable podían confirmarse tras examinar el impacto en las condiciones de competencia de la posibilidad por parte de la Argentina de acceder a la información fiscal de los proveedores de servicios. El Grupo Especial estimó que las Medidas 2, 3 y 4 tienen por objeto "neutralizar una 'ventaja competitiva indebida'" de la que gozan los proveedores de servicios de países no cooperadores debido a la falta de intercambio con la Argentina de información fiscal sobre sus proveedores.²⁷⁴ Como esa ventaja no está al alcance de los proveedores de servicios argentinos, a cuya información fiscal la autoridad argentina tiene acceso, el Grupo Especial estimó que ninguna de esas medidas concede un "favor" a los servicios y proveedores de servicios argentinos.²⁷⁵ Antes bien, el Grupo Especial estimó que las Medidas 2, 3 y 4 están diseñadas para garantizar que la

²⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.237-7.273.

²⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.282, 7.300, 7.308, 7.318, 7.328, 7.338, 7.350 y 7.359. En el caso de todas las medidas salvo dos (las Medidas 4 y 6), en las constataciones del Grupo Especial se hace referencia únicamente a los "proveedores de servicios".

²⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.290. Véanse también los párrafos 7.301, 7.309, 7.319, 7.329, 7.339, 7.351 y 7.360.

²⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.362. Al haber llegado a esa conclusión, el Grupo Especial consideró innecesario "continuar [su] análisis abordando la cuestión de si un inexistente 'trato no menos favorable' es otorgado inmediata e incondicionalmente a los servicios y proveedores de servicios similares". (*Ibid.*, párrafo 7.363.)

²⁷⁰ Véanse *supra*, los párrafos 6.90 y 6.91.

²⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.499.

²⁷² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.501-7.503.

²⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.504. Véanse también los párrafos 7.500-7.503.

²⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.515 (donde se cita el informe de la OCDE, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (2013) (Prueba documental ARG-22 presentada al Grupo Especial), página 39).

²⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.516.

relación de competencia entre los servicios y proveedores de servicios argentinos y los de los países no cooperadores se dé "en un plano de igualdad".²⁷⁶ A juicio del Grupo Especial, eso es compatible con el objetivo del artículo XVII del AGCS, a saber, "asegurar la igualdad de condiciones de competencia" entre los servicios y proveedores de servicios extranjeros y nacionales.²⁷⁷

6.96. Sobre esa base, el Grupo Especial constató que Panamá no había acreditado que las Medidas 2, 3 y 4 otorgan un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos.²⁷⁸

6.2.3 Alegaciones y argumentos formulados en apelación

6.97. Panamá alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la expresión "trato no menos favorable" que figura en el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS cuando constató que, al evaluar si una medida modifica las condiciones de competencia en el marco de esas disposiciones, se "debe[n] tener en cuenta aspectos regulatorios relativos a los servicios y los proveedores de servicios que puedan afectar a las condiciones de competencia", es decir "la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros".²⁷⁹ Panamá mantiene que, tanto en el contexto del GATT de 1994 como en el del AGCS, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC han constatado sistemáticamente que una medida otorga un "trato menos favorable" cuando modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente, sin tener en cuenta ningún aspecto regulatorio. Panamá sostiene que la interpretación que hace el Grupo Especial de la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo II es errónea porque el Grupo Especial interpretó incorrectamente el contexto de esa expresión, no comprendió correctamente el objeto y fin del AGCS y no tuvo en cuenta la jurisprudencia pertinente. Panamá sostiene además que la conclusión definitiva del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II debería haberse basado por entero en su conclusión preliminar de que las medidas en litigio modifican las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de los países no cooperadores.²⁸⁰

6.98. Con respecto al artículo XVII del AGCS, Panamá mantiene que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la expresión "trato no menos favorable" por las mismas razones expuestas en la apelación de Panamá en el marco del párrafo 1 del artículo II. Panamá añade que, al aplicar el artículo XVII a las Medidas 2, 3 y 4, el Grupo Especial "explicó de forma algo más detallada cómo deben abordarse los aspectos regulatorios al evaluar el 'trato menos favorable'".²⁸¹ Más concretamente, el Grupo Especial empleó un criterio jurídico erróneo, en virtud del cual, si un aspecto regulatorio proporciona una "ventaja competitiva indebida" a servicios o proveedores de servicios de determinados orígenes extranjeros, los Miembros pueden imponer a esos servicios o proveedores de servicios cargas mayores o prescripciones adicionales para "neutralizar" esa ventaja competitiva indebida.²⁸² Panamá sostiene además que, al aplicar un criterio jurídico incorrecto en el marco del párrafo 1 del artículo XVII a las Medidas 2, 3 y 4, el Grupo Especial se apoyó en suposiciones infundadas y extrajo conclusiones no razonadas y contradictorias en sus propios términos. Sobre esa base, Panamá nos solicita que revoquemos la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del artículo XVII del AGCS, y que completemos el análisis jurídico y constatemos que las Medidas 2, 3 y 4 son incompatibles con el artículo XVII del AGCS.²⁸³

6.99. La Argentina no presenta en apelación ningún argumento sustantivo en relación con la interpretación de la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII del AGCS. En lugar de ello, la Argentina sostiene que la apelación de Panamá, así como la apelación presentada por la Argentina en calidad de otro apelante, deben resolverse sobre

²⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.521.

²⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.520.

²⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.522.

²⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 3.2 y 4.2; e informe del Grupo Especial, párrafo 7.235. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.494.

²⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 3.31-3.68.

²⁸¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.25.

²⁸² Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 4.13 y 4.41.a (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.514-7.516, 7.520 y 7.521).

²⁸³ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.41.

la base de la "similitud". Según la Argentina, el Grupo Especial no incurrió en error en sus constataciones relativas a la importancia que tienen las distinciones regulatorias para una correcta interpretación del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS. La Argentina sostiene, sin embargo, que lo correcto es examinar en primera instancia las diferencias regulatorias que afectan a las relaciones de competencia entre servicios y proveedores de servicios en el marco de la evaluación de la cuestión de si los servicios y proveedores de servicios en cuestión pueden considerarse "similares". En la medida en que no puedan considerarse "similares", la cuestión del "trato menos favorable" no se plantea.²⁸⁴

6.100. La Argentina sostiene además que, si el Grupo Especial hubiera requerido a Panamá que satisficiera la carga de la prueba que le correspondía en el contexto del análisis de la "similitud", habría concluido correctamente que Panamá no había acreditado *prima facie* la "similitud". Por consiguiente, remitiéndose a las razones expuestas en su comunicación en calidad de otro apelante, la Argentina nos solicita que revoquemos o modifiquemos las conclusiones definitivas del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII del AGCS, sin que sea necesario que abordemos las alegaciones de error formuladas por Panamá con respecto a la interpretación y aplicación por el Grupo Especial de la expresión "trato no menos favorable".²⁸⁵

6.2.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la expresión "trato no menos favorable" que figura en el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS

6.101. En esta sección exponemos nuestra interpretación de la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII del AGCS y examinamos a la luz de nuestra interpretación los supuestos errores de interpretación del Grupo Especial. En el examen de las constataciones del Grupo Especial, comenzamos por la articulación que hace el Grupo Especial de su criterio jurídico sobre la base de su interpretación del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII, incluido su análisis del texto y el contexto de esas disposiciones, así como el objeto y fin del AGCS.²⁸⁶ Observamos, además, que el Grupo Especial continuó desarrollando su enfoque para evaluar el "trato no menos favorable" en su aplicación del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII a los hechos del caso, y que, según Panamá, en partes de esa aplicación también se reflejan los supuestos errores de interpretación cometidos por el Grupo Especial. Por consiguiente, en el análisis que presentamos a continuación examinamos también las constataciones pertinentes del Grupo Especial formuladas en la aplicación del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII, con el fin de examinar los supuestos errores de interpretación del Grupo Especial que se ponen de manifiesto en esa aplicación.

6.2.4.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su articulación del criterio jurídico del "trato no menos favorable"

6.102. El párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS rezan lo siguiente:

Artículo II *Trato de la nación más favorecida*

1. Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.

²⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 39 y 45.

²⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 42 y 44.

²⁸⁶ Como la interpretación que hace el Grupo Especial de la expresión "trato no menos favorable" en el contexto del artículo XVII está basada en gran medida en las mismas razones que expuso al interpretar esa misma expresión en el contexto del párrafo 1 del artículo II, nuestro examen de la interpretación del Grupo Especial se refiere principalmente a las constataciones pertinentes del Grupo Especial relativas al párrafo 1 del artículo II del AGCS.

Artículo XVII
Trato nacional

1. En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.[*]

2. Todo Miembro podrá cumplir lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.

3. Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.

[**nota del original*] ¹⁰ No se interpretará que los compromisos específicos asumidos en virtud del presente artículo obligan a los Miembros a compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios pertinentes.

6.103. Al examinar el texto de estas disposiciones, observamos que los párrafos segundo y tercero del artículo XVII explican el sentido de la obligación de un Miembro de otorgar "un trato no menos favorable" de conformidad con el párrafo 1 del artículo XVII. Concretamente, el párrafo 2 del artículo XVII reconoce que todo Miembro podrá cumplir esta prescripción otorgando a los servicios y proveedores de servicios "un trato formalmente idéntico o formalmente diferente". El párrafo 3 del artículo XVII estipula que "[s]e considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable *si modifica las condiciones de competencia* en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro".²⁸⁷ A nuestro juicio, si bien el párrafo 3 del artículo XVII se refiere a la modificación de las condiciones de competencia *en favor* de los servicios o proveedores de servicios nacionales, el criterio jurídico enunciado en el párrafo 3 del artículo XVII requiere examinar si una medida modifica las condiciones de competencia *en detrimento* de los servicios o proveedores de servicios de cualquier otro Miembro. El trato menos favorable de los servicios o proveedores de servicios extranjeros y el trato más favorable de los servicios similares o los proveedores de servicios similares nacionales son dos caras de una misma moneda.

6.104. La nota 10 al párrafo 1 del artículo XVII da más información sobre el sentido de la obligación de otorgar "un trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo XVII. La nota 10 estipula que "[n]o se interpretará que" los compromisos específicos asumidos en virtud del párrafo 1 del artículo XVII "obligan a los Miembros a compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios pertinentes". Como su texto indica, las "desventajas competitivas intrínsecas" a que se refiere la nota 10 resultan del "carácter extranjero" de los servicios o proveedores de servicios pertinentes, y no de la medida impugnada adoptada por el Miembro importador.²⁸⁸ Por consiguiente, las "desventajas competitivas intrínsecas" de la nota 10 deben distinguirse del efecto de la medida en las condiciones de competencia en el mercado. Al establecer que un Miembro no está obligado a "compensar" esas "desventajas competitivas intrínsecas", la nota 10 indica claramente que la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 1 del artículo XVII no atañe a las ventajas o desventajas competitivas relativas de los servicios y los proveedores de servicios que *no* resulten de la medida impugnada. Por el contrario, el criterio del "trato no menos favorable" debe basarse en el efecto en las condiciones de competencia que *resulte de* la medida impugnada.²⁸⁹

²⁸⁷ Sin cursivas en el original.

²⁸⁸ Con respecto a lo que puede constituir tales "desventajas competitivas intrínsecas", el Grupo Especial que examinó el asunto *Canadá - Automóviles* señaló que el suministro de algunos servicios de reparación y mantenimiento de maquinaria y equipos con arreglo a los modos de suministro 1 y 2 podría no haber sido técnicamente viable para los proveedores extranjeros, ya que requerían la presencia física del proveedor. (Véase el informe del Grupo Especial, *Canadá - Automóviles*, párrafo 10.300.)

²⁸⁹ Véase también *infra*, el párrafo 6.146.

6.105. En cuanto al párrafo 1 del artículo II del AGCS, observamos que esta disposición no define con mayor precisión la expresión "trato no menos favorable". Además, recordamos que el párrafo 1 del artículo XVII contiene una obligación de trato nacional, mientras que el párrafo 1 del artículo II contiene una obligación de trato de la nación más favorecida. No obstante, las partes dispositivas de estas disposiciones están redactadas en términos similares, por cuanto los Miembros están obligados a otorgar "un trato no menos favorable" a "los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro". Ambas disposiciones tienen la función de prohibir la discriminación de los servicios y proveedores de servicios extranjeros frente a los servicios similares y proveedores de servicios similares. A pesar de que el contexto inmediato de esta expresión en el párrafo 1 del artículo II y el párrafo 1 del artículo XVII no está expresado con las mismas palabras, y de que el artículo II no contiene la explicación del criterio del "trato menos favorable" que figura en los párrafos 2 y 3 del artículo XVII, el Órgano de Apelación ha constatado que esas dos disposiciones comparten el carácter esencial de las disposiciones contra la discriminación, y abarcan tanto la discriminación *de jure* como la discriminación *de facto*.²⁹⁰ Por consiguiente, la explicación sobre el sentido de la expresión "trato no menos favorable" que figura en el artículo XVII, y en particular en el párrafo 3 de dicho artículo, también debería ser contexto pertinente para el sentido de la misma expresión que figura en el párrafo 1 del artículo II.

6.106. Observamos que, en *CE - Banano III*, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que el procedimiento para el trámite de licencias de las CE objeto de esa diferencia otorgaba un trato menos favorable de conformidad tanto con el artículo II como con el artículo XVII del AGCS. Al hacerlo, el Órgano de Apelación basó sus constataciones en el marco de las dos disposiciones en la misma noción de "trato menos favorable". Concretamente, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que varios aspectos del procedimiento para el trámite de licencias de las CE en litigio generaban condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios originarios de los reclamantes.²⁹¹ Las constataciones del Órgano de Apelación indican que, en el fondo, el concepto de "trato no menos favorable" contenido tanto en las disposiciones del AGCS relativas al trato de la nación más favorecida como en las relativas al trato nacional se centra en la modificación de las condiciones de competencia por una medida. Este criterio jurídico no contempla una indagación separada y adicional del objetivo normativo de la medida impugnada o de las preocupaciones normativas subyacentes a la misma. En rigor, en diferencias anteriores, el hecho de que una medida modificara las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro bastó, por sí mismo, para constatar un trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS.²⁹²

6.107. En la presente diferencia, el Grupo Especial también se remitió a la definición de trato "menos favorable" contenida en el párrafo 3 del artículo XVII cuando interpretó la expresión "trato no menos favorable" que figura en el párrafo 1 del artículo II, y no encontró "impedimento alguno para utilizar" esa definición en el marco del párrafo 1 del artículo II.²⁹³ En consecuencia, el Grupo Especial consideró que el concepto de "trato no menos favorable" plasmado en el párrafo 1 del

²⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 233.

²⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafos 240-248. En esa diferencia, el Órgano de Apelación declaró que las constataciones pertinentes en el marco de la obligación de trato de la nación más favorecida prevista en el artículo I del GATT de 1994 serían más pertinentes a la interpretación de la obligación de trato de la nación más favorecida prevista en el artículo II del AGCS. (Véase *ibid.*, párrafo 231.)

²⁹² Esto queda demostrado por las constataciones del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Banano III*, como se ha explicado *supra*. (Véanse el informe del Grupo Especial, *CE - Banano III (Ecuador)*, párrafos 7.341, 7.353, 7.368, 7.380, 7.385, 7.393 y 7.397; y el informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafos 244, 246 y 248.) Además, en el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)*, el Grupo Especial constató que las medidas relativas a las licencias de importación en litigio eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS porque el reclamante había demostrado que sus proveedores de servicios no tenían oportunidades de obtener licencias de importación en condiciones iguales a aquellas de que disfrutaban los proveedores de servicios de origen CE/ACP. (Véase el informe del Grupo Especial, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)*, párrafo 6.133.) Ateniéndose a la definición de trato menos favorable establecida en el párrafo 3 del artículo XVIII, los Grupos Especiales que se ocuparon de los asuntos *China - Servicios de pago electrónico* y *China - Publicaciones y productos audiovisuales* constataron que determinadas medidas adoptadas por China modificaban las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores similares de otros Miembros y, en consecuencia, eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS. (Véanse los informes de los Grupos Especiales, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.979; y *China - Servicios de pago electrónico*, párrafos 7.712 y 7.714.)

²⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.220.

artículo II "gira también en torno a las 'condiciones de competencia'".²⁹⁴ Este elemento de la interpretación del Grupo Especial concuerda con el análisis que hemos hecho *supra*, y con las constataciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación en diferencias anteriores con respecto al párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS.²⁹⁵ Sin embargo, además de la definición contenida en el párrafo 3 del artículo XVII, el Grupo Especial destacó "dos aspectos" en el texto del párrafo 1 del artículo II que consideró relevantes para su interpretación de la expresión "trato no menos favorable".²⁹⁶ Como se ha indicado antes, esos aspectos son la amplitud del alcance de la obligación establecida por el párrafo 1 del artículo II y la referencia a "los servicios y ... los proveedores de servicios".

6.108. A propósito de la amplitud del alcance de la obligación establecida por el párrafo 1 del artículo II, el Grupo Especial observó que esa disposición es aplicable con respecto a "toda medida abarcada por el presente Acuerdo", que se define a su vez en el párrafo 1 del artículo I como "las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios".²⁹⁷ El Grupo Especial señaló además que la palabra "afectar" "indica un amplio campo de aplicación"²⁹⁸, y subrayó la definición amplia de la palabra "medida" en el apartado a) del artículo XXVIII del AGCS. Según el Grupo Especial, la amplitud del AGCS también se refleja en el hecho de que el comercio de servicios se defina como el suministro de un servicio a través de cuatro modos y de que, con arreglo a los dos primeros modos, el proveedor del servicio "pueda[] encontrarse fuera del territorio del Miembro que 'importa' el servicio".²⁹⁹ Sin embargo, más allá de estas observaciones, el Grupo Especial no explicó de qué modo la amplitud del alcance de la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo II informa la interpretación de la expresión "trato no menos favorable".³⁰⁰

6.109. A nuestro parecer, el hecho de que una disposición tenga un campo de aplicación potencialmente amplio no es exclusivo del párrafo 1 del artículo II o el artículo XVII del AGCS. Como señala acertadamente Panamá, el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 también tiene un vasto campo de aplicación, que abarca "cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de [los] productos [en cuestión] en el mercado interior".³⁰¹ Se ha interpretado que las palabras "afecte" y "afecten" empleadas en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y en el párrafo 1 del artículo I del AGCS respectivamente significan que estas disposiciones tienen un "amplio campo de aplicación".³⁰² La amplitud del alcance del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 también se refleja en el hecho de que abarca las medidas que afecten a la "venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de ... productos en el mercado interior", incluyendo así las medidas que afectan no solo a los propios productos sino también a los productores o los proveedores de los productos. No obstante, la amplitud del alcance del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 no se ha percibido como una razón para exigir un análisis sobre los "aspectos regulatorios" relativos a los productos. Antes bien, de conformidad con el criterio jurídico del "trato no menos favorable" previsto en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el hecho de que una medida modifique las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados basta, por sí mismo, para constatar que la medida confiere un "trato menos favorable".³⁰³

6.110. Con respecto a la referencia a "los servicios y ... los proveedores de servicios", el Grupo Especial consideró este aspecto "especialmente significativ[o]", sobre todo en comparación con "otros acuerdos como el GATT de 1994 o el Acuerdo OTC, que solo se refieren a los productos, y no a los productores".³⁰⁴ El Grupo Especial razonó que "[s]u intangibilidad, así como la relación

²⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.220.

²⁹⁵ Véanse los informes de los Grupos Especiales, *CE - Banano III (Ecuador)*, párrafos 7.341, 7.353, 7.368, 7.380, 7.385, 7.393 y 7.397; *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)*, párrafo 6.133; *China - Servicios de pago electrónico*, párrafos 7.712 y 7.714; y *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.979. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafos 234, 244, 246 y 248.

²⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.209. Véase también el párrafo 7.493.

²⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.209 y 7.210.

²⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.210 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 220).

²⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.210. (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 3.35.

³⁰¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 3.36.

³⁰² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafos 208-210; y *CE - Banano III*, párrafo 220.

³⁰³ Véase *infra*, párrafo 6.119.

³⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.211.

que se establece entre el consumidor y el proveedor del servicio y, a su vez, entre el servicio y su proveedor, otorgan a los servicios unas *características muy particulares* que los diferencian de las mercancías y que, a nuestro juicio, influyen de manera decisiva en su producción, comercialización y uso".³⁰⁵ El Grupo Especial hizo referencia a las "características muy particulares" de los servicios, pero no aclaró el modo en que afectan al sentido de la expresión "trato no menos favorable". En cambio, tras hacer la observación citada, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

[e]ste contexto inmediato proporcionado por el propio texto del Artículo II:1 del AGCS, a la luz de las características particulares de los servicios y la relevancia dada a los proveedores de servicios, parece indicar que el marco regulatorio en el que operan los proveedores de servicios puede ser relevante en determinadas circunstancias en el marco del AGCS ya que impacta de manera directa en el servicio a través de la persona física o jurídica que suministra el servicio. En este sentido, nos parece que la determinación de los aspectos concretos del marco regulatorio a considerar en un examen de "trato no menos favorable" solo puede hacerse caso por caso.³⁰⁶

6.111. Observamos que la referencia a "los proveedores de servicios" es una característica particular del AGCS. Esto se desprende el párrafo 2 del artículo I, que define "el comercio de servicios" como "el suministro de un servicio" por un proveedor mediante cuatro modos de suministro. La definición del "comercio de servicios" indica claramente que el suministro de un servicio está inextricablemente vinculado a los proveedores de servicios. Ahora bien, no vemos cómo la mera referencia a "los proveedores de servicios" en el AGCS podría alterar el criterio jurídico del "trato no menos favorable", a saber, si la medida modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o proveedores de servicios similares de cualquier otro Miembro.³⁰⁷ Más concretamente, como se explica con más detalle *infra*, este criterio jurídico no contempla una etapa separada de análisis sobre si los "aspectos regulatorios" relativos a los proveedores de servicios podrían "conv[ertir]" el efecto perjudicial de la medida en las condiciones de competencia en un "trato no menos favorable".³⁰⁸

6.112. La interpretación que hemos hecho *supra* del criterio jurídico del "trato no menos favorable", sobre la base del texto del párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS, también encuentra apoyo en la estructura del AGCS. De acuerdo con esta estructura, los Miembros pueden utilizar determinadas flexibilidades, de las que únicamente disponen en el marco del AGCS, cuando contraen sus compromisos en el marco del AGCS, y sus obligaciones están limitadas por excepciones u otras dispensas contenidas en el AGCS y sus Anexos. Más concretamente, al amparo del artículo XX del AGCS, un Miembro puede contraer compromisos específicos en materia de acceso a los mercados y obligaciones de trato nacional únicamente en algunos sectores o subsectores de servicios y únicamente con respecto a los modos de suministro que desee liberalizar y consignar en su Lista de compromisos en el marco del AGCS. En los sectores y modos de suministro que un Miembro decide incluir en su Lista anexa al AGCS, se le permite supeditar las obligaciones de trato nacional a condiciones y salvedades, y los compromisos en materia de acceso a los mercados a términos, limitaciones y condiciones.³⁰⁹

6.113. Además, el AGCS establece excepciones generales y excepciones relativas a la seguridad respecto de las obligaciones previstas en él de la misma manera que lo hace el GATT de 1994. En particular, tanto el artículo XIV del AGCS como el artículo XX del GATT de 1994 afirman el derecho de los Miembros a perseguir diversos objetivos normativos identificados en los párrafos de esas disposiciones aunque, al hacerlo, actúen de manera incompatible con las obligaciones establecidas en otras disposiciones de los respectivos Acuerdos. Algunos de esos objetivos son los mismos en ambas disposiciones, como la protección de la moral pública, la protección de la vida y

³⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.212. (las cursivas son del Órgano de Apelación)

³⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.212. (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁰⁷ Además, como se ha señalado antes, el hecho de que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 abarque las medidas que afecten a la "venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de ... productos en el mercado interior" indica que esta disposición abarca también las medidas que afecten a los productores o proveedores de los productos. (Véase *supra*, párrafo 6.109.)

³⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.514.

³⁰⁹ Observamos también que la obligación de trato de la nación más favorecida prevista en el AGCS está supeditada al Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, aunque dicho Anexo no permite la consignación de exenciones adicionales en las listas después de la entrada en vigor del Acuerdo para un Miembro.

la salud de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, y el logro de la observancia de las leyes y los reglamentos compatibles con las normas de la OMC.³¹⁰ El artículo XIV del AGCS también contiene excepciones que no figuran en el GATT de 1994, que abarcan las medidas "necesarias para ... mantener el orden público", que "tenga[n] por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos", y resulten de "un acuerdo destinado a evitar la doble imposición".³¹¹ Las dos excepciones relativas a la imposición, en particular, reflejan el hecho de que el AGCS abarca a los proveedores de servicios, dado que la imposición de impuestos directos y los acuerdos para evitar la doble imposición son especialmente pertinentes para las personas jurídicas y físicas y, por ende, para los proveedores de servicios. Además, los diversos Anexos del AGCS contienen asimismo mecanismos que podrían permitir determinadas desviaciones de las obligaciones de un Miembro, como el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

6.114. Mediante estas flexibilidades y excepciones, el AGCS trata de establecer un equilibrio entre las obligaciones contraídas por un Miembro en el marco del Acuerdo y el derecho de ese Miembro a perseguir los objetivos de las políticas nacionales. El derecho de un Miembro a perseguir los objetivos de su política nacional está reconocido en el preámbulo del AGCS, en los considerandos tercero y cuarto. La expresión "objetivos de las políticas nacionales" contenida en el preámbulo, que es general e indefinida, puede abarcar una gama muy amplia de objetivos, y los Miembros disponen de diversos medios para perseguir esos objetivos. Para empezar, es posible adoptar medidas que persiga objetivos de las políticas nacionales fuera de los sectores o modos de suministro abarcados por las Listas anexas al AGCS. Además, un Miembro puede perseguir muy diversos objetivos de política actuando de manera compatible con las obligaciones o los compromisos contraídos en el marco del AGCS. De hecho, los compromisos de un Miembro en el marco del AGCS podrían en algunos casos servir para promover los objetivos de su política nacional. Cuando se constata que las medidas son *incompatibles* con las obligaciones o los compromisos que corresponden a un Miembro en virtud del AGCS, el AGCS prevé varios mecanismos, como el artículo XIV, que tienen en cuenta los objetivos de política que subyacen a esas medidas.

6.115. Este equilibrio también refuerza el criterio jurídico establecido para el "trato no menos favorable" en el marco de las disposiciones sobre no discriminación del AGCS, consistente en saber si una medida modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o los proveedores de servicios similares de cualquier otro Miembro. Cuando una medida es incompatible con las disposiciones sobre no discriminación, sería más apropiado abordar los aspectos o preocupaciones regulatorios que podrían justificar tal medida en el contexto de las excepciones pertinentes. Abordarlas en el contexto de las disposiciones sobre no discriminación perturbaría el equilibrio existente en el marco del AGCS.

6.116. El Grupo Especial observó que en los considerandos tercero y cuarto del preámbulo se reconoce el derecho de los Miembros a reglamentar el comercio de servicios con el fin de realizar los "objetivos de su política nacional", pero que en el preámbulo no se definen ni enumeran los "objetivos de política nacional". El Grupo Especial también afirmó que en el preámbulo no se reflejan las "poco numerosos[a]s" excepciones previstas en el artículo XIV³¹², ni las demás excepciones previstas en el AGCS, incluidos el artículo XIV**bis** y el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros. El Grupo Especial manifestó preocupación en el sentido de que "equiparar los objetivos de política nacional ... a los supuestos previstos en las escasas excepciones generales

³¹⁰ Véanse los apartados a), b) y c) del artículo XIV del AGCS y los apartados a), b) y d) del artículo XX del GATT de 1994, respectivamente.

³¹¹ Apartados a), d) (no se reproduce la nota de pie de página) y e) del artículo XIV del AGCS, respectivamente. En particular, el apartado d) del artículo XIV permite una dispensa de la obligación de trato nacional establecida en el artículo XVII del AGCS, mientras que el apartado e) del artículo XIV permite una dispensa de la obligación de trato de la nación más favorecida establecida en el artículo II del AGCS.

³¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.215. El Grupo Especial señaló que la lista de excepciones contempladas en el artículo XX del GATT de 1994 es "más extensa" que las "escasas" excepciones previstas en el artículo XIV del AGCS, y que "las excepciones enumeradas bajo el Artículo XIV del AGCS son menos numerosas que bajo el Artículo XX del GATT de 1994". (*Ibid.*, nota 403 al párrafo 7.215 y párrafo 7.229.) Al comparar la lista que figura en el artículo XIV del AGCS y la que figura en el artículo XX del GATT de 1994 se observa que la segunda es más extensa, si se considera el número de apartados que contiene, y abarca excepciones relativas a bienes tangibles que, por definición, solo son pertinentes en el contexto del GATT. Por otra parte, el Grupo Especial no indicó que la lista del artículo XIV del AGCS abarca elementos que no figuran en el artículo XX del GATT de 1994, como los previstos en los apartados d) y e), que se refieren a la imposición y tienen especial pertinencia para los proveedores de servicios.

significaría que toda reglamentación adoptada 'con el fin de realizar los objetivos de ... política nacional' constituiría necesariamente una violación del principio básico de no discriminación y necesitaría una justificación bajo los Artículos XIV y XIV bis'.³¹³ Por lo tanto, entendió que los objetivos de política nacional mencionados en el preámbulo no deberían "circunscribirse" a los supuestos previstos en las "escasas excepciones generales" establecidas en el artículo XIV del AGCS y otras disposiciones de dicho Acuerdo que establecen excepciones.³¹⁴ Basándose en ello, el Grupo Especial afirmó lo siguiente:

A nuestro entender, el derecho a reglamentar de los Miembros de acuerdo con sus objetivos de política nacional consagrado en el preámbulo del AGCS confirma la relevancia en el ámbito del comercio de servicios del marco regulatorio establecido para alcanzar dichos objetivos.³¹⁵

6.117. Como se ha indicado *supra*³¹⁶, estamos de acuerdo en que los "objetivos de las políticas nacionales" a que se hace referencia en el preámbulo tienen un alcance más amplio que los objetivos enumerados en las excepciones. En la medida en que cumplan las obligaciones y los compromisos que han asumido en el marco del AGCS, los Miembros son libres de perseguir los objetivos de política nacional que estimen convenientes. A este respecto, Panamá afirma acertadamente que "los Miembros ... día a día reglamentan sectores de servicios y persiguen una amplia gama de objetivos de política nacional, sin incumplir sus obligaciones en el marco del AGCS", y que solo actúan de manera incompatible con sus obligaciones de no discriminación cuando persiguen objetivos de política conforme a reglamentaciones que discriminen entre servicios o proveedores de servicios similares.³¹⁷ En las excepciones previstas en el AGCS se reconoce un número limitado de objetivos de política que, con arreglo a determinadas condiciones, se pueden perseguir con medidas por lo demás *incompatibles* con el AGCS. Dicho de otro modo, la prosecución de los objetivos de política nacional de un Miembro no equivale al incumplimiento de sus obligaciones en el marco del AGCS, y puede tener cabida sin que haga falta invocar excepciones. Solo sería preciso invocar excepciones en caso de que un Miembro, al perseguir sus objetivos, imponga medidas que son incompatibles con sus obligaciones en el marco del AGCS, por ejemplo, porque modifican las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o los proveedores de servicios similares de cualquier otro Miembro.

6.118. Por consiguiente, una interpretación de la expresión "trato no menos favorable" que esté basada en el efecto perjudicial de una medida en las condiciones de competencia *no* impide que un Miembro persiga una amplia gama de objetivos de política nacional que trasciendan los señalados en las excepciones. Además, el derecho de un Miembro a perseguir sus objetivos de política nacional no confirma, como parece indicar el Grupo Especial, "la relevancia en el ámbito del comercio de servicios del marco regulatorio establecido para alcanzar dichos objetivos" a efectos del análisis del "trato no menos favorable".³¹⁸ Por estas razones, tampoco estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que la pertinencia de los "aspectos regulatorios ... relativos a los proveedores de servicios" esté "confirmada por el objeto y fin del AGCS".³¹⁹

6.119. En cuanto al contexto que proporcionan las disposiciones sobre no discriminación del GATT de 1994 y del Acuerdo OTC, observamos que nuestra interpretación del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII del AGCS está en sintonía con la interpretación que ha hecho el Órgano de Apelación de las obligaciones de trato de la nación más favorecida y de trato nacional en el contexto del GATT de 1994. Como constató el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*, la obligación del trato de la nación más favorecida que figura en el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 prohíbe las medidas que "modifica[n] las condiciones de competencia entre productos importados similares en detrimento de los productos en cuestión importados de un tercer país".³²⁰ Además, el Órgano de Apelación constató que en la jurisprudencia está bien

³¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.215.

³¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.215 y 7.216. Esas otras disposiciones comprenden el artículo XIVbis del AGCS, que se refiere a excepciones relativas a la seguridad, y el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS, que guarda relación con la "Excepción Cautelar". (*Ibid.*, párrafo 7.215.)

³¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.217.

³¹⁶ Véase *supra*, párrafo 6.114.

³¹⁷ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 3.55.

³¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.217.

³¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.232 y 7.233, respectivamente.

³²⁰ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.90. Véanse también los párrafos 5.87 y 5.88.

establecido que, si una medida "tiene un efecto perjudicial en las condiciones de competencia para los productos importados similares, ese efecto perjudicial equivaldrá a un trato que es 'menos favorable' en el sentido del párrafo 4 del artículo III" del GATT de 1994.³²¹

6.120. El Órgano de Apelación ha adoptado un enfoque distinto acerca de la pertinencia de las preocupaciones normativas para la determinación del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Dicha disposición obliga a los Miembros a asegurarse de que, con respecto a los reglamentos técnicos, "se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país". El Órgano de Apelación ha establecido una prueba jurídica en dos etapas para determinar si un reglamento técnico es incompatible con la obligación de no discriminación contenida en dicha disposición. Ha sostenido que, en una primera etapa, "un grupo especial que examine una alegación de infracción al amparo del párrafo 1 del artículo 2 debe tratar de determinar si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado del Miembro regulador en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares".³²² En una segunda etapa, "un grupo especial debe analizar con detalle si el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados".³²³

6.121. En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación explicó sus razones para constatar que el análisis de dos etapas elaborado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no forma parte del criterio jurídico en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.³²⁴ Una de las razones indicadas por el Órgano de Apelación fue que las obligaciones que asumen los Miembros en virtud del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 se equilibran con el derecho de los Miembros a reglamentar de forma compatible con los requisitos de las excepciones previstas en el artículo XX, mientras que el Acuerdo OTC no contiene tales excepciones generales.³²⁵ A nuestro juicio, esta observación del Órgano de Apelación tiene especial trascendencia en el contexto del AGCS, en el que las obligaciones de los Miembros no solo están limitadas por las diversas excepciones enumeradas en él, sino también circunscritas por las flexibilidades exclusivas del AGCS. Por ende, en el contexto tanto del GATT de 1994 como del AGCS, una interpretación de la expresión "trato no menos favorable" que no contemple una indagación separada acerca de los objetivos normativos de una medida se ajusta a la estructura general del Acuerdo correspondiente.

6.122. Al examinar el contexto que proporcionan las obligaciones de no discriminación establecidas en el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC, el Grupo Especial resumió las interpretaciones de la expresión "trato no menos favorable" que figura en el párrafo 4 del artículo III del GATT y en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC formuladas por el Órgano de Apelación en *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, *CE - Productos derivados de las focas* y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*.³²⁶ Si bien el Grupo Especial señaló escuetamente que tanto el GATT de 1994 como el AGCS contienen cláusulas de excepciones, lo que no ocurre en el caso del Acuerdo OTC, y que ese había sido "uno de los aspectos que el Órgano de Apelación tuvo en cuenta" a la hora de interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC³²⁷, no analizó en detalle la pertinencia de este aspecto para su labor de interpretación. En el análisis del Grupo Especial también se omitieron varios casos que guardan relación con el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS, en que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han constatado la existencia de un trato menos favorable cuando una medida modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, sin analizar

³²¹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.101 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 179; *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 305; *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137; y *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 128.

³²² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180.

³²³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182. Véase también el párrafo 215.

³²⁴ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.121-5.125.

³²⁵ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.124 y 5.125.

³²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.221-7.227.

³²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.229.

los "aspectos regulatorios" de la medida.³²⁸ El Grupo Especial no abordó tal jurisprudencia previa, aunque esta se refiere a las mismas disposiciones y las mismas cuestiones jurídicas.

6.123. Al finalizar su análisis, el Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión con respecto a la interpretación de la expresión "trato no menos favorable" que figura en el párrafo 1 del artículo II del AGCS:

7.232. Entendemos que la mención a los proveedores de servicios puede llevar al intérprete, en función de las circunstancias concretas de cada diferencia, a tener en cuenta en su interpretación de "trato no menos favorable" otros aspectos, como por ejemplo, los aspectos regulatorios relevantes relativos a los proveedores de servicios que tienen un impacto en las condiciones de competencia. La consideración de estos aspectos regulatorios podría, según el caso, derivar en que ciertas distinciones regulatorias establecidas por un Miembro entre proveedores de servicios no constituyan necesariamente un "trato menos favorable" en el sentido del Artículo II:1 del AGCS.

...

7.234. Asimismo, consideramos que *el elemento relativo a las condiciones de competencia debe estar también presente* en nuestra interpretación de "trato no menos favorable" bajo el Artículo II:1 del AGCS, al igual que está presente en el Artículo XVII del AGCS y en los Artículos I:1 y III:4 del GATT de 1994 y el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

7.235. A continuación, trasladaremos este enfoque a las circunstancias del caso que nos ocupa En este sentido, entendemos que para determinar si un trato es menos favorable hay que evaluar si la medida modifica las condiciones de competencia. *Consideramos, asimismo que, en el presente caso, esta evaluación debe tener en cuenta aspectos regulatorios relativos a los servicios y los proveedores de servicios que puedan afectar a las condiciones de competencia; en particular, la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros.* ...³²⁹

Como se ha indicado *supra*, el Grupo Especial llegó a una interpretación similar en el contexto del artículo XVII, tras referirse a su interpretación en el marco del párrafo 1 del artículo II.³³⁰

6.124. A nuestro juicio, la articulación que hizo el Grupo Especial de su criterio jurídico es ambigua por lo que respecta al papel que en concreto desempeñan los "aspectos regulatorios" en un análisis del "trato no menos favorable". Por ejemplo, en el párrafo 7.232 de su informe, el Grupo Especial especificó que los aspectos regulatorios que podían ser pertinentes en el marco de su criterio jurídico eran los "relativos a los proveedores de servicios *que tienen un impacto en las condiciones de competencia*".³³¹ Además, el Grupo Especial afirmó en el párrafo 7.235 que, en la presente diferencia, "esta evaluación" -es decir, la evaluación de si la medida modifica las condiciones de competencia- "debe tener en cuenta aspectos regulatorios relativos a los servicios y los proveedores de servicios que puedan afectar a las condiciones de competencia". Estas afirmaciones parecen indicar que, con arreglo al criterio jurídico adoptado por el Grupo Especial respecto del "trato no menos favorable", la consideración de los aspectos regulatorios forma parte del examen de si la medida modifica las condiciones de competencia.

6.125. Por otro lado, el Grupo Especial declaró, en el párrafo 7.232, que "[l]a consideración de estos aspectos regulatorios podría ... derivar en que ciertas distinciones regulatorias establecidas por un Miembro entre proveedores de servicios no constituyan necesariamente" un trato menos favorable. Seguidamente, en el párrafo 7.234, el Grupo Especial declaró que "el elemento relativo

³²⁸ Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafos 244, 246 y 248; y los informes de los Grupos Especiales, *CE - Banano III (Ecuador)*, párrafos 7.302, 7.341, 7.353, 7.368, 7.393 y 7.397; *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)*, párrafo 6.133; *China - Servicios de pago electrónico*, párrafos 7.712 y 7.714; y *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.979.

³²⁹ Sin cursivas en el original.

³³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.493 y 7.494. Véase también *supra*, párrafo 6.94.

³³¹ Sin cursivas en el original. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.493.

a las condiciones de competencia debe estar también presente en nuestra interpretación de 'trato no menos favorable' bajo el Artículo II:1 del AGCS".³³² La expresión "debe ... también" parece dar a entender que la evaluación de las condiciones de competencia es independiente de la consideración de los aspectos regulatorios a que se hace referencia en el párrafo 7.232. Por lo tanto, estas afirmaciones del Grupo Especial parecen indicar que la consideración de los aspectos regulatorios *no* forma parte de la indagación sobre si la medida modifica las condiciones de competencia, sino que constituye una etapa separada del análisis. Estas declaraciones también dan a entender que, en el marco de esa etapa separada, un análisis de los "aspectos regulatorios" podría hacer que una medida fuera compatible con el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII, aun cuando modificara las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o los proveedores de servicios similares de cualquier otro Miembro. Si esto es lo que quiso decir el Grupo Especial, constituiría un criterio jurídico erróneo.

6.126. Además, la articulación que hizo el Grupo Especial de su interpretación jurídica, leída conjuntamente con su aplicación del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII, nos aclara que el Grupo Especial realmente utilizó tal criterio jurídico erróneo. Como se analiza en la próxima sección, al aplicar el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII a los hechos del caso, el Grupo Especial explicó con más detalle el papel de los aspectos regulatorios en la evaluación del "trato no menos favorable" en el sentido de estas disposiciones. La aplicación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII pone de manifiesto que el Grupo Especial efectivamente utilizó un criterio erróneo en virtud del cual determinados aspectos regulatorios pueden "convertir" un "trato ... menos favorable" en un "trato no menos favorable".³³³ No obstante, ni el texto ni el contexto del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII del AGCS ni el objeto y fin del AGCS, pueden servir de base para tal criterio jurídico.

6.127. Por último, queremos señalar que de nuestro análisis no se deduce que deba descartarse *a priori* cualquier prueba relacionada con los aspectos regulatorios. De conformidad con el enfoque establecido para evaluar el "trato menos favorable" en el marco del GATT de 1994, la evaluación de si una medida modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o los proveedores de servicios similares de cualquier otro Miembro "debe comenzar por un examen detallado de la medida en litigio, con inclusión del diseño, estructura y funcionamiento previsto de la misma".³³⁴ En esa evaluación, en la medida en que una prueba relacionada con los aspectos regulatorios influya en las condiciones de competencia, podría tenerse en cuenta, dependiendo de las circunstancias concretas del caso y como parte integrante del análisis que realice un grupo especial de si *la medida en litigio* modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o los proveedores de servicios similares de cualquier otro Miembro.

6.2.4.2 La cuestión de si el Grupo Especial utilizó un criterio jurídico erróneo al aplicar el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS

6.128. A continuación del enfoque expuesto en el párrafo 7.235 de su informe, citado *supra*, el Grupo Especial analizó si, con arreglo al párrafo 1 del artículo II del AGCS, cada una de las ocho medidas en litigio otorga un "trato no menos favorable" a los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores.³³⁵ Respecto de cada una de las medidas, el Grupo Especial primero constató que impone una mayor carga o requisitos adicionales, u obliga a cumplir condiciones más estrictas, a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.³³⁶

³³² Sin cursivas en el original.

³³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.514.

³³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 134.

³³⁵ Antes de realizar este análisis, el Grupo Especial primero examinó cada una de las ocho medidas sucesivamente y constató que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores es diferente del otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.237-7.273.) El Grupo Especial no explicó por qué consideraba necesario llevar a cabo esta primera etapa de análisis en la que examinó si se otorga un trato "diferente" a los servicios y proveedores de servicios pertinentes. En cualquier caso, no consideramos que el criterio jurídico del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS imponga la prescripción de examinar, como primera etapa separada, si el trato pertinente otorgado en el marco de la medida es "diferente".

³³⁶ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.282, 7.299, 7.307, 7.308, 7.318, 7.328, 7.336, 7.348, 7.356 y 7.357.

6.129. Habida cuenta de estas constataciones, el Grupo Especial llegó a las conclusiones "preliminares" de que todas las medidas en litigio o bien modifican o bien alteran las condiciones de competencia (Medidas 1, 3, 5, 7 y 8) en detrimento de los proveedores de servicios de países no cooperadores, o les otorgan un trato menos favorable (Medidas 2, 4 y 6).³³⁷ Esto nos lleva a pensar que, a los efectos de las conclusiones preliminares que formuló en el marco del párrafo 1 del artículo II, el Grupo Especial consideró intercambiables los conceptos de modificar las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores de servicios pertinentes, por un lado, y otorgar un trato menos favorable a estos proveedores, por el otro. Esto, en nuestra opinión, es compatible con una interpretación correcta de la expresión "trato no menos favorable", según la cual una medida otorga un trato menos favorable si modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o proveedores de servicios similares de cualquier otro Miembro.

6.130. De manera análoga, al examinar las alegaciones planteadas por Panamá al amparo del artículo XVII, el Grupo Especial se remitió a sus conclusiones preliminares de trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo II³³⁸, en particular a las constataciones sobre la carga adicional que se impone en el marco de las Medidas 2, 3 y 4 a los proveedores de servicios de países no cooperadores. Asimismo, el Grupo Especial constató que no se impone carga adicional alguna a los contribuyentes argentinos cuando suscriben contratos con proveedores de servicios argentinos. Sobre esta base, el Grupo Especial constató, "de manera preliminar", que las Medidas 2, 3 y 4 "no otorgan un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos".³³⁹

6.131. Así, con respecto a las alegaciones formuladas por Panamá al amparo tanto del párrafo 1 del artículo II como del artículo XVII del AGCS, el Grupo Especial llegó a las conclusiones "preliminares" de que todas las medidas pertinentes modifican las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores de servicios similares de países no cooperadores y que, en consecuencia, no otorgan un "trato no menos favorable" a esos proveedores de servicios. Sin embargo, el Grupo Especial no detuvo su análisis en este punto. En el marco del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII, el Grupo Especial llevó a cabo otra etapa de análisis relativa a los "aspectos regulatorios" en esta diferencia, esto es, "la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores de servicios extranjeros que suministren servicios en Argentina".³⁴⁰ Como se indica en nuestro examen *infra*, en esta etapa adicional de análisis, el Grupo Especial no analizó realmente los aspectos regulatorios a los efectos de evaluar de qué modo las medidas modifican las condiciones de competencia, sino que, de hecho, utilizó un criterio jurídico erróneo a tenor del cual los aspectos regulatorios podían justificar el efecto perjudicial que ya había constatado en sus conclusiones preliminares descritas *supra*.

6.2.4.2.1 El examen realizado por el Grupo Especial de los "aspectos regulatorios" en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS

6.132. Al examinar los "aspectos regulatorios" en el contexto de las alegaciones planteadas por Panamá al amparo del párrafo 1 del artículo II del AGCS, el Grupo Especial recordó que el Decreto N° 589/2013 es la "pieza legislativa clave" que establece las condiciones para que un país sea considerado cooperador.³⁴¹ El Grupo Especial recordó que, con arreglo a este Decreto, el

³³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.282, 7.300, 7.308, 7.318, 7.328, 7.338, 7.350 y 7.359. Salvo en el caso de las Medidas 4 y 6, la conclusión preliminar del Grupo Especial se refiere a los "proveedores de servicios" solo y no menciona los "servicios".

³³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.501. Véanse también los párrafos 7.502 y 7.503. Antes de formular esta constatación, el Grupo Especial había considerado que las constataciones de trato diferente que había formulado en el marco del párrafo 1 del artículo II eran también aplicables en el marco del artículo XVII porque el trato que se otorga a los servicios y proveedores de servicios argentinos es el mismo que el otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores. Por consiguiente, sobre la base de las constataciones que había formulado en el marco del párrafo 1 del artículo II, el Grupo Especial concluyó que las Medidas 2, 3 y 4 establecen un trato diferente para los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos. (Véase *ibid.*, párrafo 7.499.) Como se ha señalado en la nota 335 *supra*, no consideramos que el criterio jurídico del "trato no menos favorable" en el sentido del artículo XVII imponga la prescripción de examinar, como primera etapa separada, si el trato pertinente otorgado en el marco de la medida es "diferente".

³³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.504.

³⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.283. Véase también el párrafo 7.505.

³⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.285.

estatus de país cooperador se otorga no solo a los países que hayan suscrito un acuerdo o un convenio con la Argentina por el que se permite el intercambio de información fiscal, sino también a los países que todavía estén en proceso de negociación de un acuerdo de intercambio de información fiscal. Respecto de esta última categoría de países, la Argentina no tiene acceso a la información fiscal. Al mismo tiempo, a los países que no hayan iniciado negociaciones de acuerdos de intercambio de información fiscal se les otorga el estatus de país no cooperador.³⁴²

6.133. El Grupo Especial constató que como el Decreto N° 589/2013 otorga el estatus de país cooperador a países que han iniciado negociaciones pero que no intercambian información fiscal con la Argentina, se da cierta "falta de consistencia"³⁴³, a saber: i) que la Argentina trata del mismo modo a países que ofrecen acceso a la información fiscal que a países que no ofrecen acceso a la información fiscal³⁴⁴; y ii) que la Argentina otorga un trato diferente a países respecto de los cuales no tiene acceso a información fiscal.³⁴⁵ Asimismo, el Grupo Especial señaló que el hecho de que la lista de países cooperadores supuestamente se actualice solo con carácter anual "también puede generar distorsiones en el trato otorgado a determinados países respecto a otros que se encuentran en la misma situación".³⁴⁶

6.134. En opinión del Grupo Especial, por consiguiente, "el diseño y funcionamiento de [las medidas en litigio], en virtud del Decreto N° 589/2013, genera distorsiones por lo que respecta a: (i) el otorgamiento de estatus cooperador a [países] que no han suscrito un acuerdo y que, por lo tanto, no están sujetas al intercambio de información fiscal con Argentina y, (ii) la actualización de la lista de países cooperadores".³⁴⁷ El Grupo Especial consideró, por lo tanto, lo siguiente:

[E]l diseño de [las medidas en litigio], en virtud del Decreto N° 589/2013, establece un trato diferenciado en función de si los servicios y proveedores de servicios provienen de países cooperadores o de países no cooperadores. Este trato diferenciado no responde, como argumenta Argentina, al acceso o no a la información fiscal por parte de Argentina.³⁴⁸

6.135. Sobre esta base, el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

[E]l diseño y el funcionamiento de [las ocho medidas en litigio], en virtud del Decreto N° 589/2013, genera unas distorsiones tales que *modifican las condiciones de competencia* en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de los países no cooperadores y, por lo tanto, otorga un trato menos favorable a estos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.³⁴⁹

6.136. En nuestra opinión, pese a que el Grupo Especial utilizó la expresión "modifican las condiciones de competencia" en la conclusión citada *supra*, el análisis del Grupo Especial sobre los aspectos regulatorios pertinentes no se refiere realmente a la cuestión de si las medidas en litigio

³⁴² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.285 y 7.286.

³⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.290.

³⁴⁴ El Grupo Especial señaló, por ejemplo, que tanto Alemania como Panamá forman parte de la categoría de "países cooperadores". La Argentina suscribió un acuerdo de doble imposición con Alemania que está en vigor desde el 25 de noviembre de 1979, lo que le da acceso a la información fiscal. En el caso de Panamá, no obstante, la Argentina no tiene acceso a la información fiscal ya que no ha suscrito ningún acuerdo de intercambio de información fiscal con Panamá. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.)

³⁴⁵ El Grupo Especial señaló, por ejemplo que, según la Argentina, se han iniciado las negociaciones de un convenio de doble imposición o acuerdo de intercambio de información con Panamá y Hong Kong, China. Al no existir ningún acuerdo suscrito con estas dos jurisdicciones, no se da, en principio, un intercambio de información fiscal entre estas y la Argentina. Sin embargo, Panamá tiene el estatus de país cooperador mientras que Hong Kong, China no. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.288.)

³⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.291. El Grupo Especial señaló que la lista en vigor se había publicado el 1° de enero de 2014 y no se había actualizado al momento de distribuir el informe definitivo del Grupo Especial a las partes el 30 de junio de 2015. (*Ibid.*)

³⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.301. Véanse también los párrafos 7.309, 7.319, 7.329, 7.339, 7.351 y 7.360.

³⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.292. Véanse también los párrafos 7.301, 7.309, 7.319, 7.329, 7.339, 7.351 y 7.360.

³⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.293. (sin cursivas en el original) Véanse también los párrafos 7.302, 7.310, 7.320, 7.330, 7.340, 7.352 y 7.361.

modifican las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores. De hecho, como se ha señalado *supra*, el Grupo Especial ya había concluido que las medidas en litigio modifican las condiciones de competencia de este modo.³⁵⁰ En el análisis de los "aspectos regulatorios" realizado por el Grupo Especial no constatamos ninguna evaluación de las consecuencias de esas medidas en las oportunidades de competencia de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores frente a las de los países cooperadores. Más bien, al analizar los "aspectos regulatorios" pertinentes, el Grupo Especial parece haber estado considerando algo parecido a la segunda etapa del análisis relativo al "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC elaborado por la jurisprudencia pertinente. Si bien el Grupo Especial no utilizó esas palabras para describir su análisis, sus declaraciones indican que estaba considerando realmente si el efecto perjudicial sobre los servicios y proveedores de servicios similares, que ya había establecido, "deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima"³⁵¹, pese a que esa etapa analítica no se prevé en las cláusulas sobre no discriminación del AGCS.

6.137. Concretamente, el Grupo Especial declaró que, con arreglo al Decreto N° 589/2013, "la manera como Argentina califica a los países como cooperadores o no cooperadores no es consistente con la posibilidad de Argentina de acceder a la información fiscal"³⁵², pese a que la posibilidad de acceder a la información fiscal es la razón de ser de todas las medidas en litigio.³⁵³ De forma análoga, el Grupo Especial constató que el "trato diferenciado" otorgado en el marco de las medidas en litigio no responde, como argumenta la Argentina, a que la Argentina tenga acceso a la información fiscal.³⁵⁴ Por lo tanto, el Grupo Especial estaba examinando, de hecho, si los aspectos regulatorios en esta diferencia podían justificar de alguna manera el efecto perjudicial que el Grupo Especial ya había constatado y podía hacer que la medida no fuera incompatible con el párrafo 1 del artículo II del AGCS. Pese a que el Grupo Especial finalmente concluyó que los aspectos regulatorios en esta diferencia no hacen que las medidas en litigio sean compatibles con el párrafo 1 del artículo II, esta conclusión no cambia el hecho de que el Grupo Especial llevara a cabo erróneamente una etapa adicional de indagación no prevista en el marco del criterio jurídico correcto del "trato no menos favorable" en el marco del AGCS.

6.2.4.2.2 El examen realizado por el Grupo Especial de los "aspectos regulatorios" en el marco del artículo XVII del AGCS

6.138. Al examinar los "aspectos regulatorios" en el marco del artículo XVII del AGCS, el Grupo Especial tomó nota de la afirmación de la Argentina de que las Medidas 2, 3 y 4 son herramientas esenciales para nivelar las condiciones de competencia en el mercado internacional de los servicios financieros y otros servicios. El Grupo Especial encontró respaldo para la afirmación de la Argentina relativa a la importancia del acceso a la información fiscal para nivelar las condiciones de competencia en varios documentos del G-20, el Foro Global y la OCDE.³⁵⁵ Según el Grupo Especial, la referencia en esos documentos a la "*competencia fiscal nociva*" hace "patente el vínculo" entre el acceso a la información fiscal (transparencia fiscal) y las condiciones de competencia.³⁵⁶ Sobre esta base, el Grupo Especial consideró que:

[U]na cuestión central en la presente diferencia es si el intercambio de información fiscal entre Argentina y las jurisdicciones no cooperadoras constituye un aspecto regulatorio que modifica las condiciones de competencia en el mercado argentino de tal manera que *convierte un trato diferente y, en principio, menos favorable, en un "trato no menos favorable"*.³⁵⁷

6.139. A nuestro juicio, en virtud del artículo XVII del AGCS, una medida bien modifica las condiciones de competencia en el mercado, otorgando así un trato menos favorable, o bien no lo hace. Sin embargo, con esta declaración el Grupo Especial utilizó efectivamente un criterio según el cual determinados aspectos regulatorios, alegados por un Miembro en una diferencia

³⁵⁰ Véase *supra*, párrafo 6.129.

³⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182. Véase también el párrafo 215.

³⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.290.

³⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.286.

³⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.292.

³⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.509-7.513.

³⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.513. (las cursivas figuran en el original)

³⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.514. (sin cursivas en el original)

determinada, podrían "convertir" una medida que otorga un trato menos favorable y es por consiguiente incompatible con el artículo XVII del AGCS en una medida que es compatible con el AGCS. La declaración del Grupo Especial confirma que desarrolló y aplicó un criterio jurídico erróneo para el "trato no menos favorable", como se expone en el párrafo 6.126 *supra*.

6.140. Tras haber establecido "una cuestión central" para su análisis de la cuestión de si las Medidas 2, 3 y 4 son incompatibles con el artículo XVII del AGCS³⁵⁸, el Grupo Especial hizo una constatación general sobre el objetivo de las tres medidas, y afirmó lo siguiente:

A nuestro entender, las Medidas 2, 3 y 4 apuntan a "nivelar un campo de juego" que, tal y como confirman la OCDE y el G-20, está "desnivelado" a causa de la falta de transparencia fiscal derivada del no intercambio de información fiscal. De lo afirmado en los foros internacionales relevantes entendemos que, más que otorgar una ventaja a los servicios y proveedores de servicios argentinos, lo que hacen las Medidas 2, 3 y 4 es *neutralizar una "ventaja competitiva indebida"* de la que gozan las jurisdicciones no cooperadoras debido a la falta de intercambio con Argentina de información fiscal sobre sus proveedores. Esta ventaja no está al alcance de los proveedores de servicios argentinos, a cuya información fiscal la autoridad argentina tiene acceso.³⁵⁹

6.141. En estas declaraciones, el Grupo Especial identificó el objetivo de las Medidas 2, 3 y 4, al tiempo que introducía determinados conceptos que no están definidos en el contexto de la OMC, entre ellos "un campo de juego nivelado"³⁶⁰ y "ventajas competitivas indebidas".³⁶¹ El Grupo Especial no elaboró definiciones de estos conceptos. A continuación examinó sucesivamente cada una de las tres medidas, y constató que ninguna de ellas modifica las condiciones de competencia "en favor de" los proveedores de servicios argentinos, porque las medidas están diseñadas para responder a riesgos percibidos por la Argentina para su sistema de recaudación resultantes de la falta de transparencia fiscal en otros países.³⁶² Como se expone *supra*³⁶³, el trato *menos favorable* otorgado a los servicios y proveedores de servicios extranjeros, por un lado, y el trato *más favorable* otorgado a los servicios y proveedores de servicios nacionales, por el otro, son dos caras de la misma moneda en virtud del criterio jurídico del artículo XVII. Sin embargo, como consecuencia de su criterio jurídico erróneo, el Grupo Especial hizo constataciones que no son conciliables. Concretamente, el Grupo Especial constató que las medidas otorgan un "trato menos favorable" a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.³⁶⁴ Al mismo tiempo, el Grupo Especial constató que esas medidas no otorgan un "trato menos favorable" porque no modifican las condiciones de competencia "en favor de" los servicios y proveedores de servicios similares nacionales.³⁶⁵

6.142. El Grupo Especial consideró además "de especial relevancia" el contexto proporcionado por el artículo III del GATT de 1994.³⁶⁶ Concretamente, el Grupo Especial hizo referencia a la declaración del Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas II*, de que "el artículo III protege las expectativas ... de la relación de competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales".³⁶⁷ También hizo referencia a la declaración del Órgano de Apelación en *Canadá - Publicaciones* de que el objetivo del artículo III del GATT de 1994 "es asegurar la igualdad de condiciones de competencia entre los productos importados y los

³⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.514.

³⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.515. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

³⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.511 (donde se cita Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información, *Cooperación en Materia Tributaria 2009: Hacia un Campo de Juego Nivelado* (OCDE, 2009) (Prueba documental ARG-41 presentada al Grupo Especial), página 9).

³⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.512 y 7.515 (en los que se cita el informe de la OCDE, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (2013) (Prueba documental ARG-22 presentada al Grupo Especial)). Posteriormente, el Grupo Especial volvió a referirse a la expresión "ventajas competitivas no intencionales" al analizar el objetivo perseguido por las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.669.)

³⁶² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.517-7.519.

³⁶³ Véase *supra*, párrafo 6.103.

³⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.504.

³⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.521.

³⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.520.

³⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.520 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 20).

productos nacionales similares".³⁶⁸ El Grupo Especial razonó que, de manera similar, "el artículo XVII del AGCS tiene como objetivo asegurar la igualdad de condiciones de competencia entre los servicios y proveedores argentinos y los de países no cooperadores".³⁶⁹ A continuación constató lo siguiente:

A nuestro entender, las Medidas 2, 3 y 4 *están diseñadas precisamente para* garantizar que la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios argentinos y de cualquier otro Miembro (en este caso, países no cooperadores) se da *en un plano de igualdad*.³⁷⁰

Esta constatación refleja la afirmación anterior del Grupo Especial de que el objetivo de las Medidas 2, 3 y 4 es "nivelar un campo de juego" y "neutralizar una 'ventaja competitiva indebida'".³⁷¹

6.143. En sus constataciones en el marco del artículo XVII del AGCS, el Grupo Especial por tanto se refirió a los conceptos de "un campo de juego nivelado", "ventajas competitivas indebidas" y relación de competencia "en un plano de igualdad" al describir lo que consideraba el objetivo de las medidas en litigio. Una vez identificado el objetivo de las medidas, el Grupo Especial también se refirió a la jurisprudencia pertinente en el marco del artículo III del GATT de 1994 en relación con la "igualdad de condiciones de competencia" en apoyo de sus constataciones relativas a las Medidas 2, 3 y 4. Esto nos hace pensar que el Grupo Especial consideró que una medida que "neutraliza" una "ventaja competitiva indebida" *no es incompatible* con el artículo XVII, porque asegura la igualdad de condiciones de competencia.

6.144. Sin embargo, asegurar la igualdad de condiciones de competencia, lo cual es exigido por el criterio jurídico del "trato no menos favorable", *no* es lo mismo que garantizar que un grupo de servicios o productos no tenga ninguna ventaja competitiva sobre otro grupo. Como señala correctamente Panamá, asegurar la igualdad de condiciones de competencia en el marco de la obligación de trato nacional significa "garantizar la *igualdad de oportunidades para competir* en el mercado", y no garantizar que todos los servicios y proveedores de servicios similares sean "*igualmente competitivos*".³⁷²

6.145. Además, al especificar que una medida otorga un trato menos favorable cuando "modifica las condiciones de competencia", el artículo XVII del AGCS indica que la obligación de trato nacional requiere que un Miembro se abstenga de alterar o distorsionar las condiciones y oportunidades existentes en el mercado en favor de los servicios y proveedores de servicios nacionales. Interpretadas desde esta perspectiva, las referencias del Grupo Especial al concepto de "un campo de juego nivelado" parecen erróneas³⁷³, ya que esto daría a entender que el artículo XVII permite que un Miembro aplique activamente medidas que corrigen una determinada competencia en el mercado percibida como "desleal". De hecho, el criterio jurídico desarrollado por el Grupo Especial parecería permitir que una medida discriminatoria "neutralice" una ventaja competitiva "regulatoria", es decir, una que resulte del marco regulatorio en el país de origen de determinados proveedores de servicios extranjeros. Sin embargo, no consideramos que el artículo XVII proporcione fundamento para permitir esas medidas discriminatorias.

6.146. En su comunicación en calidad de tercero participante, los Estados Unidos sostienen que "prestar un servicio en condiciones que las autoridades fiscales no podrán verificar ... es una desventaja desde la perspectiva de los clientes argentinos que cumplen la ley y los proveedores panameños que tratan de cumplir las leyes argentinas".³⁷⁴ Por consiguiente, de conformidad con la nota 10 al artículo XVII del AGCS, "la Argentina no estaría obligada a modificar sus medidas fiscales para compensar las desventajas competitivas de servicios o proveedores de servicios"

³⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.520 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Publicaciones*, página 21).

³⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.520.

³⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.521. (sin cursivas en el original)

³⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.515. (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁷² Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.26. (las cursivas y el subrayado figuran en el original)

³⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.511. Véanse también los párrafos 7.510 y 7.515.

³⁷⁴ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 48.

resultantes del nivel de transparencia fiscal de sus regímenes regulatorios internos.³⁷⁵ Como se expone en nuestra interpretación *supra*³⁷⁶, no obstante, al hacer referencia a "desventajas competitivas *intrínsecas* que resulten del carácter extranjero", la nota 10 deja claro que esas desventajas deben ser "intrínsecas" a los servicios y proveedores de servicios debido a su carácter extranjero, y no deben ser *causadas* por la medida que afecta al comercio de servicios *adoptada por el Miembro importador*. Como constató el Grupo Especial, las medidas en litigio imponen una carga adicional u obstáculos adicionales a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores frente a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos. Las constataciones del Grupo Especial, que no se discuten, indican que estos servicios y proveedores de servicios extranjeros están situados en una posición desventajosa *como consecuencia* de las medidas en litigio. Las "desventajas competitivas intrínsecas" en el sentido de la nota 10 no incluyen y no deberían encubrir el efecto perjudicial que puede atribuirse correctamente a la medida en litigio, como lo que constató el Grupo Especial en la presente diferencia.

6.147. En resumen, nuestro examen de la aplicación por el Grupo Especial del artículo XVII del AGCS a las medidas en litigio confirma que el Grupo Especial utilizó un criterio jurídico erróneo en relación con el "trato no menos favorable". En su análisis de los "aspectos regulatorios", el Grupo Especial se basó esencialmente en lo que consideraba el objetivo normativo de las Medidas 2, 3 y 4 de convertir el "trato menos favorable" en virtud de esas medidas en un "trato no menos favorable". El enfoque del Grupo Especial no tiene fundamento en el texto ni el contexto del artículo XVII ni en el objeto y fin del AGCS.

6.2.5 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del artículo XVII del AGCS

6.148. Panamá sostiene que, además de adoptar un criterio jurídico incorrecto, la aplicación que hizo el Grupo Especial del artículo XVII del AGCS a las medidas en litigio se basó en "meras suposiciones y conclusiones no razonadas".³⁷⁷ Sostiene además que el Grupo Especial hizo constataciones contradictorias al concluir que las medidas en litigio no favorecen a los servicios y proveedores de servicios argentinos frente a los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores.

6.149. Concretamente, Panamá sostiene que el análisis que hizo el Grupo Especial del "efecto en las condiciones de competencia de la posibilidad de que la Argentina acceda a la información fiscal de los proveedores de servicios" se "basó en declaraciones de política generales, abstractas y no referidas a países específicos ni a medidas específicas derivadas de pasajes de informes de la OCDE y del G-20" y que "no había fundamento fáctico ni hipótesis razonadas en relación con las condiciones de competencia concretas reinantes en el mercado argentino".³⁷⁸ Sostiene además que el Grupo Especial llegó a dos conjuntos de constataciones contradictorias. En primer lugar, Panamá mantiene que, en su análisis de la "similitud", el Grupo Especial constató que el intercambio de información fiscal no afecta a la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios de origen diferente. Sin embargo, en su análisis del "trato menos favorable" en el marco del artículo XVII, consideró que el intercambio de información fiscal constituye un aspecto regulatorio que modifica las condiciones de competencia en el mercado argentino de tal manera que convierte un trato diferente y, en principio, menos favorable, en un "trato no menos favorable".³⁷⁹ Según Panamá, estas constataciones "no son conciliables".³⁸⁰ En segundo lugar, Panamá sostiene que las conclusiones del Grupo Especial de que las Medidas 2, 3 y 4 no favorecen a los servicios y proveedores de servicios argentinos contradicen sus constataciones preliminares de que esas medidas modifican las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios similares extranjeros.³⁸¹

6.150. Puesto que hemos constatado que el Grupo Especial utilizó un criterio jurídico erróneo del "trato no menos favorable" en el marco del artículo XVII, como queda de manifiesto tanto en su

³⁷⁵ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafos 47 y 48.

³⁷⁶ Véase *supra*, párrafo 6.104.

³⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.33.

³⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.37.

³⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.36 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.514).

³⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.36.

³⁸¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 4.39.

interpretación como en su aplicación del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII del AGCS, no consideramos necesario examinar estas alegaciones de error adicionales relativas a la aplicación por el Grupo Especial de su criterio jurídico erróneo en esta diferencia.

6.2.6 Conclusión

6.151. De conformidad con el párrafo 1 del artículo II y el artículo XVII del AGCS, una medida no otorga un "trato no menos favorable" si modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o proveedores de servicios de cualquier otro Miembro en comparación con los servicios o proveedores de servicios similares de cualquier otro país o del Miembro que impone la medida en litigio, respectivamente. Sin embargo, el Grupo Especial utilizó un criterio jurídico erróneo del "trato no menos favorable" según el cual, en función del análisis de los "aspectos regulatorios", podría constatar que una medida que modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios o proveedores de servicios de cualquier otro Miembro otorga no obstante un "trato no menos favorable". Dicho de otro modo, según el criterio del Grupo Especial, los "aspectos regulatorios" identificados por el Miembro importador podrían convertir un "trato menos favorable" en un "trato no menos favorable". Los errores de interpretación del Grupo Especial se ponen de manifiesto tanto en su articulación del criterio jurídico como en su aplicación del párrafo 1 del artículo II y del artículo XVII a los hechos del caso.

6.152. Por consiguiente, a la luz del análisis que hizo el Grupo Especial de los "aspectos regulatorios" en el marco del párrafo 1 del artículo II³⁸², constatamos que el Grupo Especial incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.235 de su informe, que una evaluación del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS en la presente diferencia "debe tener en cuenta aspectos regulatorios relativos a los servicios y los proveedores de servicios que puedan afectar a las condiciones de competencia; en particular, la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros". De manera similar, a la luz del análisis que hizo el Grupo Especial de los "aspectos regulatorios" en el marco del artículo XVII³⁸³, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.494 de su informe, que una evaluación del "trato no menos favorable" en el marco del artículo XVII del AGCS en la presente diferencia "debe tener en cuenta aspectos regulatorios relativos a los servicios y los proveedores de servicios que puedan afectar a las condiciones de competencia ... [e]n particular ... la posibilidad de Argentina de acceder a la información fiscal de los proveedores de servicios pertinentes".

6.153. Como se señala *supra*, tanto en el marco del párrafo 1 del artículo II como del artículo XVII del AGCS, el Grupo Especial hizo las constataciones preliminares de que las medidas modifican las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.³⁸⁴ Estas constataciones preliminares son compatibles con una interpretación correcta de la expresión "trato no menos favorable". Por consiguiente, si se hubiera demostrado la "similitud" entre los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores en la presente diferencia, las constataciones preliminares en el marco del párrafo 1 del artículo II serían por sí solas suficientes para sustentar la conclusión del Grupo Especial de que las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS.³⁸⁵ De la misma manera, si se hubiera demostrado la "similitud" entre los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores y los servicios y proveedores de servicios argentinos, esas constataciones preliminares podrían haber llevado a la conclusión de que las Medidas 2, 3 y 4 son incompatibles con el artículo XVII del AGCS.

6.154. Sin embargo, las constataciones del Grupo Especial sobre la "similitud", tanto en el marco del párrafo 1 del artículo II como del artículo XVII del AGCS, proporcionaron un fundamento clave para las conclusiones del Grupo Especial en el marco de esas dos disposiciones. Como consecuencia de nuestra revocación de las constataciones del Grupo Especial sobre la "similitud", las constataciones del Grupo Especial sobre el "trato no menos favorable", expuestas en los

³⁸² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.283-7.293, segunda frase del párrafo 7.300 y párrafos 7.301, 7.302, 7.309, 7.310, 7.319, 7.320, 7.329, 7.330, 7.339, 7.340, 7.351, 7.352, 7.360 y 7.361.

³⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.505-7.521.

³⁸⁴ Las constataciones preliminares en el marco del párrafo 1 del artículo II figuran en el informe del Grupo Especial, párrafos 7.282, 7.300 (primera frase), 7.308, 7.318, 7.328, 7.338, 7.350 y 7.359. Las constataciones preliminares en el marco del artículo XVII figuran en el informe del Grupo Especial, párrafos 7.500-7.504.

³⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.367 y 8.2.b.

párrafos 7.362 y 7.522 de su informe, carecen del debido fundamento y no se sostienen. Por esas razones, también revocamos la conclusión del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.367 y 8.2.b de su informe, de que las ocho medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS, así como su conclusión, que figura en los párrafos 7.525 y 8.2.c de su informe, de que las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el artículo XVII del AGCS.

6.3 Apartado c) del artículo XIV del AGCS

6.3.1 Introducción

6.155. Ante el Grupo Especial, la Argentina adujo que, incluso si se constataba que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 u 8 eran incompatibles con las obligaciones que le correspondían en virtud del AGCS, estas medidas están justificadas al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS porque son "necesarias para lograr la observancia" de las leyes y los reglamentos argentinos compatibles con el AGCS. Tras haber constatado que cada una de estas medidas es incompatible con el párrafo 1 del artículo II del AGCS, el Grupo Especial pasó a examinar la defensa afirmativa de la Argentina y constató, de manera preliminar, que las medidas son "necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos" en el sentido del apartado c) del artículo XIV.³⁸⁶ Sin embargo, en última instancia el Grupo Especial concluyó que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 no están justificadas al amparo del apartado c) del artículo XIV porque "su aplicación constituye una discriminación arbitraria e injustificable en el sentido del *chapeau* del Artículo XIV del AGCS".³⁸⁷

6.156. Ninguno de los participantes ha apelado el análisis que hizo el Grupo Especial de la conformidad de las medidas argentinas con la cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS, ni la constatación definitiva del Grupo Especial de que la Argentina no había demostrado su defensa. Sin embargo, Panamá alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están justificadas provisionalmente al amparo del apartado c) del artículo XIV.³⁸⁸ Por esta razón, Panamá nos pide que "revoquemos las constataciones del Grupo Especial de que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 estaban 'diseñadas' y son 'necesarias' para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos de la Argentina de conformidad con el apartado c) del artículo XIV del AGCS".³⁸⁹ Por su parte, la Argentina nos pide que confirmemos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.740 de su informe, de que estas medidas son "necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles" con el AGCS en el sentido del apartado c) del artículo XIV.³⁹⁰

6.157. A diferencia de sus apelaciones relativas a los artículos II y XVII del AGCS y al párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS, Panamá no alega ningún error de interpretación en relación con el análisis que hizo el Grupo Especial en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS. A juicio de Panamá, "hay arraigados criterios jurídicos aplicables a los grupos especiales que abordan las defensas planteadas al amparo de las excepciones previstas en el artículo XX del GATT de 1994 y el artículo XIV del AGCS".³⁹¹ Panamá no aduce que el Grupo Especial no identificara estos criterios. Sin embargo, a juicio de Panamá, el Grupo Especial "no aplicó debidamente a las medidas que tenía ante sí el criterio jurídico pertinente para una defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV".³⁹²

6.158. Entendemos que la apelación de Panamá consta de las siguientes partes principales. En primer lugar, Panamá impugna el centro del análisis que hizo el Grupo Especial de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS en comparación con el centro de su análisis de esas mismas medidas en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS. Además, Panamá cuestiona algunos aspectos del razonamiento que siguió el Grupo Especial para

³⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.740.

³⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.d. Véase también el párrafo 7.764.

³⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.2, 5.3 y 5.75.

³⁸⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 7.1.c. Véanse también los párrafos 5.147, 5.159 y 5.173. Según Panamá, estas constataciones están "reflejadas en los párrafos 7.637-7.642, 7.646-7.648, 7.692, 7.695, 7.700, 7.703, 7.705, 7.706-7.717, 7.720-7.728 y 7.737-7.740 del informe [del Grupo Especial]". (*Ibid.*, párrafo 7.1.c)

³⁹⁰ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 159.a. Véanse también los párrafos 6, 92, 133, 143, 145 y 146.

³⁹¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.1.

³⁹² Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.2.

llegar a cada uno de los dos conjuntos de constataciones intermedias siguientes en el marco de la defensa de la Argentina al amparo del apartado c) del artículo XIV:

- a. las constataciones del Grupo Especial de que las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la Ley de Impuesto a las Ganancias, la Ley de Procedimiento Tributario, la Ley Penal Tributaria³⁹³ y la Constitución de la Nación Argentina (Constitución de la Argentina); de que la Medida 7 está diseñada para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la Ley de Sociedades Comerciales³⁹⁴ y de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero; y de que la Medida 8 está diseñada para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la Ley contra el Lavado de Activos³⁹⁵; y
- b. las conclusiones del Grupo Especial de que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" para lograr la observancia de estas leyes y reglamentos.³⁹⁶

6.159. Antes de pasar a los aspectos específicos de la apelación de Panamá, reproducimos el texto del apartado c) del artículo XIV del AGCS y resumimos brevemente la interpretación que hizo el Grupo Especial del criterio jurídico que ha de aplicarse de conformidad con esa disposición.

6.160. El apartado c) del artículo XIV del AGCS dispone lo siguiente:

*Artículo XIV
Excepciones generales*

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

...

c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a:

- i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;
- ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;
- iii) la seguridad;

6.161. El Grupo Especial comenzó su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS recordando la constatación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Juegos de azar* de que las decisiones adoptadas anteriormente en virtud del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes para el análisis en virtud del artículo XIV del AGCS.³⁹⁷ El Grupo Especial consideró que, de manera similar al artículo XX del GATT de 1994, el artículo XIV del AGCS prevé un análisis en dos pasos: i) si la medida en litigio está justificada provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XIV; y ii) en el caso de que la medida esté provisionalmente justificada al

³⁹³ Ley N° 24.769.

³⁹⁴ Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales, de 3 de abril de 1972 (Pruebas documentales ARG-43 y PAN-34 presentadas al Grupo Especial).

³⁹⁵ Ley N° 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, de 5 de mayo de 2000. Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.655.

³⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.740.

³⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.585 y 7.590 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 291).

amparo de uno de esos apartados, si la medida satisface los requisitos establecidos en la cláusula introductoria del artículo XIV.³⁹⁸

6.162. El Grupo Especial consideró que el criterio jurídico establecido por el Órgano de Apelación en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* con respecto al apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 era pertinente para su análisis de la defensa planteada por la Argentina al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS.³⁹⁹ En consecuencia, el Grupo Especial explicó que, para justificar sus medidas al amparo del apartado c) del artículo XIV, la "Argentina deberá acreditar en primer lugar, que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de leyes y reglamentos argentinos pertinentes que no son en sí mismos incompatibles con el AGCS; y en segundo lugar, que dichas medidas son 'necesarias' para lograr tal observancia".⁴⁰⁰

6.163. En las siguientes secciones, examinamos las alegaciones y argumentos de Panamá en relación con la aplicación que hizo el Grupo Especial del apartado c) del artículo XIV del AGCS a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8. En la medida en que los argumentos de Panamá se refieran a cuestiones de interpretación, las examinaremos en ese momento. Comenzamos examinando la alegación de Panamá de que el Grupo Especial incurrió en error al no centrar su análisis en los aspectos pertinentes de las medidas que dieron lugar a sus constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS.⁴⁰¹ A continuación abordamos, sucesivamente, las alegaciones de Panamá que se refieren más específicamente a las constataciones intermedias del Grupo Especial en el marco del apartado c) del artículo XIV, a saber: i) que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos identificados por la Argentina⁴⁰²; y ii) que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas son "necesarias" para lograr tal observancia.⁴⁰³

6.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al no centrar su análisis en los aspectos pertinentes de las medidas que dieron lugar a las constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS

6.164. Panamá aduce que el Grupo Especial incurrió en error al no centrar su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS en los aspectos pertinentes de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 que dieron lugar a las constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS.⁴⁰⁴ Según Panamá, al analizar si estas medidas están diseñadas y son necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos argentinos pertinentes, el Grupo Especial no examinó "el trato diferenciado" otorgado por la Argentina a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores que constituyó el fundamento para cada una de sus constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II.⁴⁰⁵ Panamá se apoya en particular en la declaración del Órgano de Apelación en *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)* de que "lo que tiene que demostrarse que es 'necesario' en el marco del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 "es el trato que da lugar a la constatación de existencia de trato menos favorable".⁴⁰⁶

6.165. La Argentina coincide con Panamá en que el término "medidas" en la cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS ordena a los grupos especiales que centren su análisis de la defensa de un Miembro en los aspectos concretos de la medida impugnada que dieron lugar a la constatación

³⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.586 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 292).

³⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.591 y 7.592 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 157; y *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 177).

⁴⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.593.

⁴⁰¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.13-5.15, 5.77-5.80, 5.149-5.152 y 5.161-5.163.

⁴⁰² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.595 y 7.656; y comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.16-5.24, 5.81-5.114, 5.153 y 5.164-5.166. Véase la sección 6.3.3.2 *infra*.

⁴⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.657-7.740; y comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.25-5.37, 5.115-5.146, 5.154-5.158 y 5.167-5.172. Véase la sección 6.3.3.3 *infra*.

⁴⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.13, 5.15, 5.77 y 5.151.

⁴⁰⁵ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.77. Véanse también los párrafos 5.78, 5.150 y 5.162.

⁴⁰⁶ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.77 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 177).

de incompatibilidad con el AGCS.⁴⁰⁷ Sin embargo, la Argentina sostiene que el Grupo Especial sí centró su análisis en los aspectos de las medidas que dieron lugar a sus constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS y, en particular, en "el trato diferenciado otorgado en virtud de las Medidas 1 a 4, 7 y 8 a los servicios y proveedores de servicios de [países] no cooperadores" en comparación con el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.⁴⁰⁸

6.3.2.1 El centro del análisis de las "medidas" en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS

6.166. Empezamos recordando que, con respecto a los aspectos pertinentes de las medidas que deben examinarse en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial declaró que, al aplicar el apartado c) del artículo XIV a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8⁴⁰⁹, tendría en cuenta la observación del Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas* de que, en virtud del texto expreso de la cláusula introductoria, las excepciones generales del artículo XX del GATT de 1994 se aplican a "medidas", y no a ninguna incompatibilidad con el GATT de 1994 que pueda derivarse de esas medidas.⁴¹⁰ El Grupo Especial también tomó nota de la explicación del Órgano de Apelación de que los aspectos de la medida que deben justificarse provisionalmente al amparo de los apartados del artículo XX "son aquellos que dan lugar a la constatación de incompatibilidad en el marco del GATT de 1994", y decidió aplicar el mismo enfoque a su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS.⁴¹¹

6.167. Como ya se ha señalado, Panamá no discute que el Grupo Especial identificó correctamente el enfoque que se debía adoptar en la evaluación de la cuestión de si las seis medidas podían justificarse provisionalmente al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS. En lugar de ello, en la apelación de Panamá se alega que, a pesar de la declaración del Grupo Especial de que se centraría en los aspectos de las medidas que dieron lugar a las constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS, el Grupo Especial incurrió en error al centrarse de hecho en aspectos diferentes de estas medidas en su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV.

6.168. Observamos que la importancia de la declaración que hizo el Órgano de Apelación en *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*⁴¹², en la que se basa Panamá en su apelación, ya fue examinada y aclarada por el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*. En esta última diferencia, el Órgano de Apelación explicó que los aspectos de la medida que deben justificarse provisionalmente al amparo de los apartados del artículo XX "son aquellos que dan lugar a la constatación de incompatibilidad en el marco del GATT de 1994".⁴¹³ Normalmente, los aspectos de la medida pertinentes son los que especifican el trato que dicha medida otorga a las mercancías o servicios importados en circunstancias específicas, a menudo también en comparación con el trato otorgado a las mercancías o servicios similares. Son estos aspectos de la medida, que prevén las diferencias de trato, los que constituyen el punto de partida del análisis en el marco del GATT de 1994 o el AGCS y en última instancia llevan a constataciones de incompatibilidad con dichos Acuerdos. Al analizar la justificación provisional al amparo de una excepción general, el centro del análisis debería ser los aspectos pertinentes de la medida en sí misma, y no, por ejemplo, la forma en que la medida afecta a las condiciones de competencia en el mercado pertinente.⁴¹⁴

6.169. De hecho, para que un grupo especial realice debidamente su evaluación en el marco del artículo XIV del AGCS, debería desprenderse claramente del análisis que lleve a cabo que, con

⁴⁰⁷ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 64; comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.13 y 5.75; y respuestas de la Argentina y Panamá a preguntas formuladas en la audiencia.

⁴⁰⁸ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 63.

⁴⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.587.

⁴¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.588 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.185).

⁴¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.588 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.185).

⁴¹² Véase el párrafo 6.164 *supra*.

⁴¹³ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.185 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 15 y 16; y *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 177).

⁴¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 14-16.

respecto a cada medida individual, los aspectos de la medida que se abordan son los mismos que los que dieron lugar a su anterior constatación de incompatibilidad. Esto se debe a que un demandado no puede justificar la incompatibilidad de una medida basando su defensa en aspectos de esa medida diferentes de los que el grupo especial constató que eran incompatibles con una disposición del AGCS. Al mismo tiempo, el mero hecho de que un grupo especial no repita en su análisis en el marco del artículo XIV la totalidad del examen de la medida que realizó en su análisis de la incompatibilidad no significa, por sí solo, que el grupo especial haya incurrido en error y basado su evaluación de la justificación de la medida al amparo del artículo XIV en aspectos de la medida diferentes. Tampoco se extrae necesariamente esa conclusión del mero hecho de que el examen por un grupo especial de aspectos de una medida en el curso de su evaluación de una defensa incluya algo más que los aspectos concretos que examinó al llegar a su constatación de incompatibilidad. En efecto, normalmente es de esperar que, al examinar las alegaciones y defensas planteadas con respecto a una medida, el análisis realizado por un grupo especial en una parte posterior de su informe se base en el análisis realizado en partes anteriores de su informe en relación con la misma medida y refleje ese análisis. Por consiguiente, en apelación recaerá sobre la parte que formule la alegación de error la carga de demostrar que el grupo especial incurrió en un error de derecho. Para satisfacer esa carga, el apelante debe demostrar que el análisis del grupo especial revela que los aspectos de la medida en que se centró el análisis del grupo especial en el marco del artículo XIV son distintos de los que constituyeron la base de su constatación de incompatibilidad.

6.170. Observamos que, en su comunicación del apelante, Panamá no identifica claramente ninguna parte específica del análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS en la que se alegue que el Grupo Especial se centró en aspectos de las medidas pertinentes diferentes de los que constituyeron el fundamento de sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo II. Además, aunque Panamá plantea esta alegación de error con respecto al análisis que el Grupo Especial hizo de seis medidas individuales, su comunicación solo contiene argumentos de apoyo muy breves.⁴¹⁵ Panamá omite indicar o explica muy sucintamente los aspectos de las medidas que el Grupo Especial debería haber examinado en el marco del apartado c) del artículo XIV o la forma en que los aspectos de las medidas que el Grupo Especial sí examinó en su análisis en el marco del artículo XIV difieren de los aspectos que analizó en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS.

6.171. Tras haber expresado nuestra preocupación por la escasez de los argumentos de Panamá en apoyo de su alegación de que el Grupo Especial incurrió en error al no centrar debidamente su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS en los aspectos pertinentes de las seis medidas, examinamos no obstante a continuación las partes pertinentes del análisis que el Grupo Especial hizo de las medidas individuales. Recordamos en este sentido que un grupo especial, en su análisis en el marco de una excepción general, debe abordar claramente los mismos aspectos de cada medida que constituyeron el fundamento de su constatación de incompatibilidad. Teniendo presente esta consideración, pasamos a examinar el análisis que hizo el Grupo Especial de las medidas individuales y a comparar, respecto de cada una de las seis medidas, los aspectos de la medida que el Grupo Especial indicó que daban lugar a sus constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS con los aspectos de la medida que examinó en el contexto de su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV.

6.3.2.2 Los aspectos pertinentes de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 examinados por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo II y del apartado c) del artículo XIV del AGCS

6.172. Panamá sostiene que, en su aplicación del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial no centró su análisis en los aspectos pertinentes de las medidas que dieron lugar a las constataciones de que esas medidas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS.⁴¹⁶ Antes bien, a juicio de Panamá, el Grupo Especial se centró erróneamente en: i) las cargas impuestas por las Medidas 1, 2, 3 y 4⁴¹⁷; ii) la finalidad y los requisitos de la Medida 7⁴¹⁸; y iii) la

⁴¹⁵ Panamá dedica solamente dos párrafos de su comunicación del apelante a esta alegación con respecto a las Medidas 1 a 4 (párrafos 5.78 y 5.79) y otros dos párrafos con respecto a las Medidas 7 y 8 (párrafos 5.150 y 5.162, respectivamente).

⁴¹⁶ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.15 y 5.75.

⁴¹⁷ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.78 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.637).

función y la finalidad de la Medida 8.⁴¹⁹ La Argentina responde que el Grupo Especial examinó los "requisitos adicionales de información" y las cargas fiscales y de inspección más onerosas que se aplican exclusivamente a las transacciones con proveedores de servicios de países no cooperadores en virtud de las medidas pertinentes, y en consecuencia se centró correctamente en los aspectos de las medidas que dieron lugar a sus constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II.⁴²⁰

6.173. Al analizar la Medida 1⁴²¹ en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial se centró en el "impuesto más elevado" resultante de la presunción irrefutable de ganancia neta del 100% prevista en esta medida.⁴²² Entendemos que el Grupo Especial se centró en el mismo aspecto de la Medida 1 en su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV que en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo II, a saber, la "carga tributaria mayor" que afecta negativamente a la rentabilidad de los proveedores de servicios de países no cooperadores en el mercado argentino.⁴²³

6.174. Al examinar la Medida 2⁴²⁴ en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial se centró en los "requisitos adicionales de información" resultantes de la presunción refutable de incremento del patrimonio no justificado prevista en esa medida.⁴²⁵ Por consiguiente, al parecer el Grupo Especial centró su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV en el mismo aspecto de la Medida 2 que dio lugar a su constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II, a saber, el "requisito adicional" o "paso adicional" de tener que refutar la presunción legal.⁴²⁶ Este consiste, en esencia, en un *requisito adicional* impuesto a los contribuyentes argentinos de proporcionar determinada *información* a la AFIP a fin de probar fehacientemente que el ingreso de fondos se originó en actividades efectivamente realizadas o que proviene de colocaciones de fondos oportunamente declarados.⁴²⁷

6.175. En su análisis de la Medida 3⁴²⁸ en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial se centró en los "requisitos adicionales de información" asociados a la aplicación del régimen de precios de transferencia previsto en esa medida.⁴²⁹ Entendemos que el Grupo Especial centró su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV en el mismo aspecto de la Medida 3 que constituyó el fundamento de su constatación en el marco del párrafo 1 del artículo II, a saber, el hecho de que el régimen de precios de transferencia es "más gravoso" para el contribuyente argentino porque "requiere una mayor tarea" e "impli[ca] mayores costes".⁴³⁰ Este método de valoración más gravoso y costoso constituye en esencia un *requisito adicional* impuesto a los contribuyentes de que proporcionen la *información* que se requiere a los efectos de cumplir las normas y procedimientos de los precios de transferencia, y ello permite a las autoridades argentinas establecer el valor de las transacciones y los gastos que resultan legítimamente deducibles del impuesto.⁴³¹

⁴¹⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.150 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.646).

⁴¹⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.161 y 5.162 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.647).

⁴²⁰ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 70.

⁴²¹ La Medida 1 se describe con más detalle en la sección 5.2 del presente informe.

⁴²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.637.

⁴²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.282.

⁴²⁴ La Medida 2 se describe con más detalle en la sección 5.3 del presente informe.

⁴²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.637.

⁴²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.298.

⁴²⁷ Ley de Procedimiento Tributario (Pruebas documentales ARG-45 y PAN-9 presentadas al Grupo Especial), artículo 18, párrafo 3.

⁴²⁸ La Medida 3 se describe con más detalle en la sección 5.4 del presente informe.

⁴²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.637.

⁴³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.307 y 7.308 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Argentina al Grupo Especial, párrafo 104; y a la primera comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafos 4.218 y 4.238).

⁴³¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 2.20, 7.306-7.308, 7.696 y 7.697. Además, en el párrafo 3 del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias se establecen cinco métodos de valoración de precios de transferencia, cuya aplicación requeriría que el contribuyente argentino facilitara determinada información adicional. (Véase la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial), párrafo 3 del artículo 15.)

6.176. En su examen de la Medida 4⁴³² en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial se centró en los "requisitos adicionales de información" resultantes de la aplicación de la regla de lo percibido.⁴³³ Nos parece que el Grupo Especial examinó el mismo aspecto de la Medida 4 en sus análisis tanto en el marco del apartado c) del artículo XIV como del párrafo 1 del artículo II, a saber, el hecho de que la medida entraña una disminución del valor real del gasto deducido, y puede crear una "carga adicional" o "costes adicionales" para las empresas.⁴³⁴ A juicio del Grupo Especial la carga adicional impuesta a los contribuyentes argentinos, y los costes en que se incurre como consecuencia, tienen por finalidad garantizar que las autoridades argentinas dispongan de información suficiente sobre la autenticidad de la transacción.⁴³⁵ Por tanto, el "requisito adicional de información" es, en esencia, precisamente el *requisito* de que los contribuyentes apliquen la regla de lo percibido, que, a su vez, requiere que proporcionen *información* sobre el pago que permita a las autoridades garantizar la correspondencia entre el pago y el gasto que el contribuyente argentino deduce de su base imponible. Esto también entraña, como consecuencias desfavorables, la disminución del valor del gasto deducido y los posibles costes adicionales.

6.177. En su análisis de la Medida 7⁴³⁶ en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial se centró en la "información adicional" requerida a las empresas ubicadas en países no cooperadores a los efectos de registrar una filial de una empresa extranjera en la Argentina.⁴³⁷ Esto nos indica que el Grupo Especial se centró en el mismo aspecto de la medida que dio lugar a la constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS, a saber, el mandato de la Inspección General de Justicia de evaluar "con criterio restrictivo" el cumplimiento de una serie de requisitos registrales en el caso de las empresas de países no cooperadores y ejercer un "mayor escrutinio", que podría tener como resultado un requisito de presentar "un mayor volumen de documentación".⁴³⁸ Por consiguiente, nos parece claro que el objetivo del mayor escrutinio de la Inspección General de Justicia es reunir y verificar determinada *información adicional* relativa a la participación efectiva de la empresa en actividades económicas y su objetivo comercial legítimo.

6.178. Al examinar la Medida 8⁴³⁹ en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial se centró en la aplicación de un "mayor escrutinio" a la repatriación de inversiones directas en la Argentina a proveedores de servicios en países no cooperadores que la medida requiere al Banco Central Argentino, y en los "requisitos de información adicional" que permiten a las autoridades argentinas comprobar que la repatriación de capitales no encubre una operación de blanqueo de activos.⁴⁴⁰ Entendemos que el Grupo Especial centró su análisis en el marco del apartado c) del artículo XIV en el mismo aspecto de la medida que constituyó el fundamento de su constatación en el marco del párrafo 1 del artículo II, a saber, el hecho de que la solicitud de conformidad previa que los proveedores de servicios de países no cooperadores deben rellenar y presentar al Banco Central Argentino "*per se* implica una carga administrativa adicional" y conlleva "un cierto coste" de tiempo y "un riesgo" de que sea finalmente rechazada.⁴⁴¹ Los "requisitos de información adicional" consisten en el requisito de que los proveedores de servicios de países no cooperadores comuniquen determinada información adicional al Banco Central Argentino. Esta información, a su vez, constituye la "carga administrativa adicional" impuesta a esos proveedores de servicios, que conlleva costos temporales de preparación, así como riesgos de rechazo.⁴⁴²

⁴³² La Medida 4 se describe con más detalle en la sección 5.5 del presente informe.

⁴³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.637. Véase *supra*, párrafo 5.15.

⁴³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.317 y 7.318.

⁴³⁵ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.637, 7.698, 7.700 y 7.721.

⁴³⁶ La Medida 7 se describe con más detalle en la sección 5.8 del presente informe.

⁴³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.646 (donde se hace referencia a la Ley de Sociedades Comerciales (Pruebas documentales ARG-43 y PAN-34), artículo 118.3; y a la Resolución sobre Sociedades Constituidas en el Extranjero (Pruebas documentales ARG-33 y PAN-62 presentadas al Grupo Especial), artículo 188).

⁴³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.348 y 7.349.

⁴³⁹ La Medida 8 se describe con más detalle en la sección 5.9 del presente informe.

⁴⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.647.

⁴⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.357.

⁴⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.357. A este respecto, como se indica en la primera comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, el modelo de solicitud de conformidad previa del Banco Central Argentino enumera la información que debe proporcionarse, que comprende lo siguiente: identificación de las partes en la operación; detalles de la inversión; y condiciones de la repatriación. (Primera comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafo 4.443; y Anexo a la Comunicación "B" N° 7953 del Banco Central

6.3.2.3 Conclusión

6.179. Es cierto que, al analizar las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS, la identificación por el Grupo Especial de los aspectos de esas medidas que eran pertinentes para su evaluación en ocasiones fue bastante breve o imprecisa, en particular su referencia general a "requisitos de información adicionales". Sin embargo, en general, por las razones expuestas *supra*, consideramos que el Grupo Especial no dejó de centrarse en los mismos aspectos de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 en sus análisis en el marco del párrafo 1 del artículo II y del apartado c) del artículo XIV.

6.3.3 Necesarias para lograr la observancia de leyes y reglamentos

6.180. Pasamos ahora a examinar las dos alegaciones de error restantes planteadas por Panamá con respecto a las constataciones del Grupo Especial de que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están provisionalmente justificadas al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS.⁴⁴³ En primer lugar, Panamá sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Medidas 1, 2, 3, 4 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de leyes y reglamentos.⁴⁴⁴ En segundo lugar, afirma que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" para lograr la observancia de tales leyes y reglamentos.⁴⁴⁵ A continuación, resumiremos las constataciones del Grupo Especial pertinentes. Seguidamente, examinaremos los diversos argumentos presentados por Panamá con respecto a cada una de esas constataciones intermedias.

6.3.3.1 Las constataciones formuladas por el Grupo Especial

6.181. Según el Grupo Especial, para establecer con éxito una defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el demandado debe acreditar dos elementos.⁴⁴⁶ En primer lugar, debe demostrar que la medida en litigio está diseñada "para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles" con el AGCS, de conformidad con el siguiente criterio jurídico:

[E]l Miembro que invoca tal defensa debe (i) identificar cuáles son las leyes o reglamentos cuya observancia la medida impugnada tiene por objeto lograr, y acreditar ... (ii) [que] esas leyes o reglamentos no son en sí mismos incompatibles con el derecho de la OMC; y (iii) que la medida impugnada está diseñada para lograr la observancia de dichas leyes o reglamentos.⁴⁴⁷

6.182. En segundo lugar, el demandado debe demostrar que la medida en litigio es "necesaria" para lograr tal observancia. A este respecto, el Grupo Especial hizo referencia a los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Juegos de azar* y *CE - Productos derivados de las focas*, y se basó en el siguiente resumen del análisis adecuado de la "necesidad" que se expone en el segundo de esos informes⁴⁴⁸:

de la República Argentina, de 15 de agosto de 2003 (Prueba documental PAN-72 presentada al Grupo Especial).)

⁴⁴³ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.2, 5.3, 5.75, 5.148 y 5.160.

⁴⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.75, 5.93 y 5.147.a (Medidas 1-4) y párrafos 5.160 y 5.173.a (Medida 8).

⁴⁴⁵ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.75 y 5.147.b (Medidas 1-4), párrafos 5.148 y 5.159.b (Medida 7), y párrafos 5.160 y 5.173.b (Medida 8).

⁴⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.591-7.593 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 157; y *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 177; y al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 6.536 y 6.537 y nota 990 de dicho informe).

⁴⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.595 y 7.596 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.514; y *Estados Unidos - Camarones (Tailandia)*, párrafo 7.174; y al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 157).

⁴⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.658-7.661 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 304; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.169 y 5.214).

Como ha explicado el Órgano de Apelación, el análisis de la necesidad entraña un proceso en el que "se sopesa y se confronta" una serie de factores, como la importancia del objetivo, la contribución de la medida a ese objetivo y el grado de restricción del comercio de la medida. El Órgano de Apelación ha explicado además que, en la mayoría de los casos, a continuación deberá realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles alternativas.

Como ha declarado el Órgano de Apelación, "[e]s sobre la base de este proceso de 'sopesar y confrontar' y de comparación de medidas, teniendo en cuenta los intereses o valores en juego, como un grupo especial determina si una medida es 'necesaria' o, subsidiariamente, si existe 'razonablemente a su alcance [del Miembro interesado]' otra medida compatible con las normas de la OMC". Ese análisis, según ha observado el Órgano de Apelación, entraña una operación de sopesar y confrontar que debe efectuarse de forma "íntegra", "reuniendo todas las variables de la ecuación y evaluándolas unas en relación con otras después de examinarlas individualmente, para llegar a un juicio global".⁴⁴⁹

6.183. A continuación, el Grupo Especial procedió a aplicar este criterio a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8. Observó que la Argentina había identificado una serie de "leyes y reglamentos" a efectos de su defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS. En su análisis, el Grupo Especial se centró en las siguientes disposiciones:

- a. en relación con las Medidas 1, 2, 3 y 4⁴⁵⁰:
 - i. los artículos 1 y 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias;
 - ii. el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Tributario;
 - iii. el artículo 1 de la Ley Penal Tributaria; y
 - iv. el artículo 16 de la Constitución de la Argentina;
- b. en relación con la Medida 7⁴⁵¹:
 - i. el artículo 118.3 de la Ley de Sociedades Comerciales; y
 - ii. el artículo 188 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero; y
- c. en relación con la Medida 8⁴⁵²:
 - i. los artículos 20, 20bis y 21 de la Ley contra el Lavado de Activos.

6.184. Al examinar si las leyes y los reglamentos identificados por la Argentina no son en sí mismos incompatibles con el AGCS, el Grupo Especial observó en primer lugar que, si bien incumbía a la Argentina acreditar que se cumplían las condiciones para su defensa, la legislación de un Miembro de la OMC se debe considerar compatible con el derecho de la OMC mientras no se demuestre lo contrario.⁴⁵³ Con respecto a la Ley de Impuesto a las Ganancias, la Ley de Procedimiento Tributario y la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero⁴⁵⁴, el Grupo Especial señaló que las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7, declaradas incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS, son en sí mismas disposiciones específicas de esos mismos instrumentos jurídicos que la Argentina invocó como las leyes y los reglamentos compatibles con el AGCS cuya

⁴⁴⁹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.169 y 5.214. (no se reproducen las notas de pie de página)

⁴⁵⁰ Observamos que la Argentina señaló ante el Grupo Especial que también eran pertinentes para su defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS: los artículos 2, 17, 80, 91, 92, 127 y 129 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial); los artículos 33, 38, 39 y 45 de la Ley de Procedimiento Tributario (Pruebas documentales ARG-45 y PAN-9 presentadas al Grupo Especial); y los artículos 4, 17 y 75 (segundo párrafo) de la Constitución de la Argentina. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.597, 7.608-7.610, 7.617 y 7.632-7.635.)

⁴⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.597, 7.612, 7.614-7.617 y 7.646.

⁴⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.597, 7.613-7.617 y 7.647.

⁴⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.620 y 7.625.

⁴⁵⁴ El Grupo Especial observó que Panamá no sostuvo que la Ley Penal Tributaria, la Constitución de la Argentina, la Ley de Sociedades Comerciales y la Ley contra el Lavado de Activos fueran incompatibles con el AGCS. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.621, 7.623 y 7.624.)

observancia se logra mediante esas medidas.⁴⁵⁵ No obstante, el Grupo Especial observó que Panamá no había impugnado la compatibilidad con el AGCS de esos instrumentos jurídicos en su totalidad. A juicio del Grupo Especial, la incompatibilidad con el AGCS de determinadas disposiciones de esos tres instrumentos jurídicos no significa que las restantes disposiciones de tales instrumentos sean también incompatibles con el AGCS.⁴⁵⁶ Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que, a los efectos de su defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS, la Argentina había identificado leyes y reglamentos que no son incompatibles con las disposiciones del AGCS.⁴⁵⁷

6.185. El Grupo Especial constató que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos identificados por la Argentina. En particular, el Grupo Especial constató que, al someter las transacciones con alto riesgo de evasión fiscal a requisitos adicionales de información (según lo dispuesto en las Medidas 2, 3 y 4) o a un impuesto más elevado (según lo dispuesto en la Medida 1), dichas medidas desincentivan prácticas fiscales nocivas y permiten a las autoridades asegurarse de que los residentes en la Argentina tributen sobre la totalidad de sus ganancias (como prevé el artículo 1 de la Ley de Impuesto a las Ganancias) y de que las ganancias que provengan de actividades realizadas en la Argentina por proveedores de servicios nacionales o extranjeros estén sujetas a tributación en la Argentina (como prevé el artículo 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias).⁴⁵⁸

6.186. Con respecto a las Medidas 1, 2, 3 y 4, el Grupo Especial también constató que están diseñadas para lograr la observancia del artículo 46 de la Ley de Procedimiento Tributario y el artículo 1 de la Ley Penal Tributaria, al permitir a la autoridad fiscal contrarrestar el uso de transacciones con proveedores de servicios de jurisdicciones no cooperadoras para defraudar al fisco mediante declaraciones engañosas u ocultaciones maliciosas.⁴⁵⁹ El Grupo Especial constató además que estas medidas están diseñadas para lograr la observancia del artículo 16 de la Constitución de la Argentina, conforme al cual contribuyentes con igual capacidad contributiva han de pagar el mismo impuesto. El Grupo Especial consideró que, al mitigar los riesgos de evasión fiscal, las Medidas 1, 2, 3 y 4 contribuyen a lograr que, a igual capacidad contributiva, contribuyentes honestos no paguen más impuestos que contribuyentes deshonestos.⁴⁶⁰

6.187. Al examinar la Medida 7, el Grupo Especial recordó que establece requisitos de información adicional para las empresas de países no cooperadores que tienen el propósito de establecer filiales en la Ciudad de Buenos Aires. El Grupo Especial constató que esa información adicional permite a las autoridades argentinas conseguir la información pertinente a fin de aplicar los requisitos para la inscripción de sucursales de empresas extranjeras en la Argentina estipulados en el artículo 118.3 de la Ley de Sociedades Comerciales y el artículo 188 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero. Por ello, el Grupo Especial concluyó que la Medida 7 está diseñada para lograr la observancia de dichas disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales y de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero.⁴⁶¹

6.188. Por lo que respecta a la Medida 8, el Grupo Especial observó que los artículos 20, 20bis y 21 de la Ley contra el Lavado de Activos establecen el deber de determinadas entidades, incluido el Banco Central Argentino, de suministrar información a la Unidad de Información Financiera acerca de cualquier operación sospechosa. El Grupo Especial constató que, al exigir que el Banco Central Argentino proceda a un mayor escrutinio de las transferencias destinadas a países no cooperadores para asegurarse del origen genuino de las operaciones, la Medida 8 está diseñada para lograr la observancia de dichas disposiciones de la Ley contra el Lavado de Activos.⁴⁶²

⁴⁵⁵ Las Medidas 1, 3 y 4 se aplican y mantienen en virtud de determinadas disposiciones de la Ley de Impuesto a las Ganancias; la Medida 2 se aplica y mantiene en virtud de una disposición de la Ley de Procedimiento Tributario; y la Medida 7 se aplica y mantiene en virtud de una disposición de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero.

⁴⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.621-7.623 y 7.625.

⁴⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.626.

⁴⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.637.

⁴⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.638.

⁴⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.639.

⁴⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.646 y 7.648.

⁴⁶² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.647 y 7.648.

6.189. A continuación, el Grupo Especial tuvo en cuenta las circunstancias que prevalecían en el momento en que se aplicaron las medidas.⁴⁶³ Reconoció que las pruebas presentadas por la Argentina demuestran que las transacciones con entidades de países no cooperadores hacían posible la evasión fiscal porque la opacidad que caracteriza a tales países facilita las maniobras fraudulentas destinadas a evadir impuestos argentinos.⁴⁶⁴ El Grupo Especial también tomó nota de las pruebas presentadas por la Argentina que demostraban que la eficacia de medidas fiscales defensivas, como las que están en litigio en la presente diferencia, para preservar la integridad de los sistemas tributarios nacionales ha sido reconocida en foros internacionales pertinentes, en particular en la OCDE y el G-20.⁴⁶⁵

6.190. A la luz de lo anterior, el Grupo Especial constató que la Argentina había demostrado que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de leyes y reglamentos argentinos que no son en sí mismos incompatibles con el AGCS.⁴⁶⁶

6.191. El Grupo Especial procedió seguidamente a examinar si estas medidas son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos identificados por la Argentina. Con respecto a la importancia del objetivo que se persigue con las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7, el Grupo Especial constató que el objetivo de "salvaguardar [el] sistema de recaudación de impuestos frente a los riesgos planteados por las prácticas fiscales nocivas de jurisdicciones no cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal" es de interés primordial.⁴⁶⁷ En cuanto a la Medida 8, el Grupo Especial constató que la protección del sistema de recaudación de impuestos de la Argentina y la lucha contra prácticas fiscales nocivas y contra el lavado de dinero son "objetivos, intereses o valores de la mayor importancia para Argentina".⁴⁶⁸

6.192. Por lo que respecta a la contribución de estas seis medidas al logro del fin perseguido, el Grupo Especial explicó que examinaría el diseño, la estructura y el funcionamiento de cada una de las medidas, centrándose en particular en determinar si existe una relación de fines a medios entre el objetivo que se persigue y la medida.⁴⁶⁹ El Grupo Especial evaluó la contribución que hacen las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7, cada una de ellas, y constató que cada medida contribuye individualmente a proteger el sistema de recaudación de impuestos en la Argentina y a asegurar la recaudación de impuestos en consonancia con las leyes y los reglamentos pertinentes.⁴⁷⁰ Además, el Grupo Especial destacó la contribución que hacen a estos fines las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 actuando conjuntamente, en el contexto de una política integral de recaudación de impuestos. El Grupo Especial consideró que la aplicación de una sola medida no tendría sentido para luchar contra las prácticas fiscales nocivas, dado que estas prácticas pueden tomar varios canales, y que el "efecto conjunto de las medidas ... equivale a más que la simple suma de [los efectos de] cada medida individualmente".⁴⁷¹ Con respecto a la Medida 8, el Grupo Especial constató que contribuye a prevenir las operaciones de lavado de activos porque obliga a declarar, entre otros aspectos, el origen de los fondos a repatriar a efectos de prevenir dichas operaciones.⁴⁷²

6.193. Seguidamente, el Grupo Especial subrayó el efecto *ex ante* de estas medidas. En concreto, constató que la mera existencia de estas medidas puede influir en el comportamiento futuro del contribuyente y disuadirlo de incurrir en prácticas fraudulentas y operaciones de lavado de activos. También por este motivo, el Grupo Especial consideró que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 contribuyen

⁴⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.649.

⁴⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.650.

⁴⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.651-7.654.

⁴⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.655.

⁴⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.664 (donde se cita la primera comunicación escrita de la Argentina al Grupo Especial, párrafo 289) y párrafo 7.671.

⁴⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.682. El Grupo Especial observó que la lucha contra el lavado de activos es una prioridad establecida a nivel internacional, compartida por una multitud de países, y que ha sido reconocida en foros internacionales pertinentes -en particular en el GAFI, la OCDE y el G-20- (*Ibid.*, párrafos 7.673-7.676).

⁴⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.688.

⁴⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.706. Véanse también los párrafos 7.692 y 7.707 (Medida 1), los párrafos 7.695 y 7.708 (Medida 2), los párrafos 7.697 y 7.709 (Medida 3), los párrafos 7.700 y 7.710 (Medida 4), y los párrafos 7.703 y 7.711 (Medida 7).

⁴⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.714.

⁴⁷² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.704, 7.705 y 7.712.

a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en la Argentina y prevenir el lavado de activos.⁴⁷³

6.194. Por todas estas razones, el Grupo Especial concluyó que "las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 contribuyen a la consecución de los objetivos perseguidos".⁴⁷⁴

6.195. A continuación, el Grupo Especial procedió a abordar el grado de restricción del comercio de cada una de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8.⁴⁷⁵ El Grupo Especial observó que ninguna de estas medidas impide el suministro de servicios por proveedores de servicios de países no cooperadores ni entraña una prohibición del comercio de servicios en los sectores y modos de suministro concernidos.⁴⁷⁶ El Grupo Especial consideró que todas estas medidas, con la excepción de la Medida 1, tienen un impacto relativamente poco restrictivo sobre el comercio internacional. Incluso en el caso de la Medida 1, que prevé una presunción de enriquecimiento de carácter irrefutable, el efecto en el comercio internacional no equivale a una prohibición.⁴⁷⁷ Seguidamente, el Grupo Especial constató que estas medidas tienen un efecto restrictivo limitado sobre el comercio internacional de servicios. El Grupo Especial también recordó la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el sentido de que una medida que tenga relativamente poca repercusión en los productos importados puede más fácilmente considerarse "necesaria" que una medida con efectos restrictivos intensos o más amplios.⁴⁷⁸

6.196. A continuación, el Grupo Especial examinó si podía comparar las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 con posibles medidas alternativas identificadas por Panamá. Observó que Panamá no había identificado medidas específicas razonablemente al alcance de la Argentina que fueran menos restrictivas del comercio y permitieran lograr el mismo nivel de protección que el alcanzado mediante las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 con respecto a los objetivos perseguidos.⁴⁷⁹

6.197. En la última etapa de su análisis acerca de si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos pertinentes, el Grupo Especial trató de sopesar y confrontar la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por las leyes y reglamentos en cuestión, la contribución que realizan las medidas al fin perseguido, y el efecto de las medidas sobre el comercio de servicios. Al hacerlo, el Grupo Especial tuvo presente que Panamá no había identificado medidas alternativas razonablemente disponibles. Teniendo en cuenta el anterior análisis que había realizado de esos factores, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles" con el AGCS en el sentido del apartado c) del artículo XIV.⁴⁸⁰

6.3.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas están diseñadas para lograr la observancia de leyes y reglamentos

6.198. Panamá sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de leyes y reglamentos de conformidad con el apartado c) del artículo XIV del AGCS, y nos solicita que revoquemos estas constataciones.⁴⁸¹ En términos generales Panamá esgrime dos argumentos principales. En primer lugar, aduce que el Grupo Especial basó erróneamente su análisis en la cuestión de si las Medidas 1, 2, 3 y 4 logran la observancia de los objetivos, y no de las disposiciones específicas, de las leyes y reglamentos pertinentes.⁴⁸² En segundo lugar, Panamá aduce que el Grupo Especial no examinó debidamente si

⁴⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.713. A este respecto, el Grupo Especial reiteró que le parecía significativo el hecho de que el uso de medidas defensivas haya sido reconocido en foros internacionales pertinentes -en particular, la OCDE y el G-20- como un instrumento legítimo para proteger los sistemas fiscales y prevenir prácticas fiscales nocivas. (*Ibid.*, párrafos 7.715 y 7.716.)

⁴⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.717.

⁴⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.718-7.727.

⁴⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.718 y 7.725.

⁴⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.719 y 7.725.

⁴⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.727 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 163).

⁴⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.732-7.736.

⁴⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.737-7.740.

⁴⁸¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.81, 5.82, 5.93, 5.153 y 5.164. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafos 7.642, 7.648 y 7.655.

⁴⁸² Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.81 y 5.82.

las Medidas 1, 2, 3, 4 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes.⁴⁸³

6.199. La Argentina nos solicita que rechazemos la alegación de error que ha presentado Panamá en apelación.⁴⁸⁴ Sostiene que Panamá cita selectivamente y caracteriza erróneamente el análisis realizado por el Grupo Especial.⁴⁸⁵ A juicio de la Argentina, después de analizar el contenido normativo de cada una de las medidas específicas de las leyes y reglamentos pertinentes, el Grupo Especial constató correctamente que las Medidas 1, 2, 3 y 4 logran la observancia de las obligaciones contenidas en esas disposiciones específicas.⁴⁸⁶ Sostiene también que el Grupo Especial examinó debidamente la cuestión de si las Medidas 1, 2, 3, 4 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes.⁴⁸⁷ La Argentina sostiene que las múltiples alegaciones de error formuladas por Panamá en relación con la evaluación realizada por el Grupo Especial del diseño de las Medidas 1, 2, 3 y 4 se refieren a la evaluación por el Grupo Especial de las pruebas de que disponía y, por tanto, deberían haberse formulado en relación con una alegación fundada en el artículo 11 del ESD. La Argentina considera que el hecho de que Panamá no haya formulado tal alegación es determinante para estas alegaciones de error.⁴⁸⁸

6.200. Recordamos que las constataciones del Grupo Especial de que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes se basaron en las tres constataciones intermedias siguientes: i) que la Argentina había identificado las leyes y reglamentos cuya observancia trata de lograr a los efectos del apartado c) del artículo XIV del AGCS⁴⁸⁹; ii) que esas leyes y reglamentos no son incompatibles con las disposiciones del AGCS⁴⁹⁰; y iii) que las seis medidas están diseñadas para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de esas leyes y reglamentos.⁴⁹¹

6.201. La apelación de Panamá se limita a la constatación del Grupo Especial relativa al último de estos tres elementos. En la presente diferencia Panamá no sostuvo que la Ley de Impuesto a las Ganancias, la Ley de Procedimiento Tributario ni la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero en su totalidad fueran incompatibles con el AGCS. Tampoco ha planteado en apelación la cuestión de si se puede constatar que las disposiciones específicas identificadas por la Argentina en estos instrumentos jurídicos son compatibles con el AGCS pese a que esas disposiciones figuran en los mismos instrumentos jurídicos que las propias medidas incompatibles. No obstante, señalamos que puede haber circunstancias en que la incompatibilidad con el AGCS de determinadas disposiciones de un instrumento jurídico podría afectar o viciar la compatibilidad con el AGCS de otras partes del mismo instrumento o del instrumento en su totalidad.

6.202. Al examinar los argumentos planteados por Panamá, comenzamos recordando que, en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación explicó que, para que un demandado justifique provisionalmente una medida al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994, deben demostrarse los dos elementos siguientes. Primero, la medida debe estar diseñada para lograr la observancia de leyes y reglamentos que no sean en sí incompatibles con alguna disposición del GATT de 1994. Segundo, la medida debe ser "necesaria" para lograr esa observancia.⁴⁹²

6.203. Con respecto al primer elemento, la frase "para lograr la observancia" circunscribe el alcance del apartado c) del artículo XIV del AGCS, ya que se refiere a la función de las medidas que un Miembro trata de justificar al amparo de esta disposición. Esta frase exige un examen inicial de la relación entre la medida incompatible y las leyes y reglamentos pertinentes⁴⁹³ y, a tal

⁴⁸³ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.94-5.97, 5.104, 5.106, 5.109, 5.110, 5.112, 5.164 y 5.165.

⁴⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 6 y 92.

⁴⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 74 y 83.

⁴⁸⁶ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 81.

⁴⁸⁷ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 83-89.

⁴⁸⁸ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 91.

⁴⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.616.

⁴⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.626.

⁴⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.655.

⁴⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 157.

⁴⁹³ Observamos que esta relación entre la medida incompatible y las leyes y reglamentos pertinentes se analiza más a fondo en el marco del segundo elemento del análisis del apartado c) del artículo XIV, es decir, si la medida es "necesaria" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes.

efecto, ordena a los grupos especiales que evalúan si una medida logra la observancia de leyes y reglamentos que analicen minuciosamente el diseño de las medidas que se pretende justificar.⁴⁹⁴ Se puede afirmar que una medida "logra la observancia" de leyes y reglamentos cuando su diseño pone de manifiesto que logra la observancia de normas, obligaciones o requisitos específicos de esas leyes y reglamentos⁴⁹⁵, aunque no se pueda garantizar con absoluta certeza que la medida logre ese resultado.⁴⁹⁶ Cuanto mayor sea la precisión con que un demandado pueda identificar normas, obligaciones o requisitos específicos contenidos en las leyes y reglamentos compatibles con el AGCS, más probable será que pueda aclarar cómo y por qué la medida incompatible logra la observancia de esas leyes y reglamentos. Sin embargo, cuando la evaluación del diseño de la medida, con inclusión de su contenido y su funcionamiento previsto, pone de manifiesto que la medida no puede lograr la observancia de normas, obligaciones o requisitos específicos establecidos en la ley o reglamento pertinente, identificados por el demandado, es posible que no sea preciso analizar también si esta medida es "necesaria" para lograr esa observancia. Esto se debe a que no hay justificación al amparo del apartado c) del artículo XIV para una medida que no está diseñada para "lograr la observancia" de las leyes y reglamentos de un Miembro.⁴⁹⁷ No obstante, los grupos especiales no deben estructurar el análisis del primer elemento de tal manera que dé lugar a que el análisis se trunque prematuramente y de ese modo se imposibilite el examen de aspectos cruciales de la defensa del demandado relativa al análisis de la "necesidad".

6.204. El segundo elemento entraña un análisis holístico, más en profundidad, de la relación entre la medida incompatible y las leyes y reglamentos pertinentes. En particular, este elemento entraña una evaluación de la cuestión de si, a la luz de todos los factores pertinentes en el análisis de la "necesidad", esta relación es suficientemente cercana, de tal manera que se puede considerar que la medida es "necesaria" para lograr la observancia de esas leyes y reglamentos.⁴⁹⁸

6.205. Entendemos que estos dos elementos son aspectos conceptualmente distintos, pero relacionados, de la indagación general que debe hacerse de la cuestión de si un demandado ha establecido que la medida en litigio es "necesaria para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos" de conformidad con el apartado c) del artículo XIV del AGCS. No consideramos que el contenido de estos dos elementos del análisis sea totalmente distinto. Tampoco consideramos que la estructura de cada análisis deba seguir un curso rígido. Por el contrario, los análisis de estos dos elementos pueden coincidir parcialmente en el sentido de que algunas consideraciones pueden ser pertinentes para ambos elementos de la defensa del apartado c) del artículo XIV. El modo en que un grupo especial organice el examen de estos elementos al analizar una defensa en una determinada diferencia se verá influido por las medidas y las leyes y reglamentos en litigio, así como por la forma en que las partes presenten sus argumentos respectivos.

6.3.3.2.1 Alegaciones generales o transversales formuladas por Panamá

6.206. A continuación examinamos los argumentos que esgrime Panamá en apelación con respecto al primer elemento del análisis del apartado c) del artículo XIV explicado *supra*. Panamá aduce en primer lugar que el Grupo Especial centró indebidamente su análisis en si las Medidas 1, 2, 3 y 4 logran la observancia de los *objetivos* de las leyes y reglamentos pertinentes, y no en si esas medidas logran la observancia de *disposiciones específicas* de tales leyes y reglamentos.⁴⁹⁹ La Argentina discrepa de Panamá y sostiene que, después de examinar el contenido normativo de cada una de las leyes y reglamentos pertinentes, el Grupo Especial se centró debidamente en obligaciones específicas contenidas en esas leyes y reglamentos en su análisis de si las medidas están diseñadas para lograr la observancia de esas leyes y reglamentos.⁵⁰⁰

6.207. Al analizar si las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes, el Grupo Especial empezó examinando cada uno de los cuatro instrumentos identificados por la Argentina, a saber, la Ley de Impuesto a las Ganancias, la Ley de Procedimiento Tributario, la Ley Penal Tributaria y la Constitución de la Argentina, con inclusión de

⁴⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 72.

⁴⁹⁵ A este respecto, los objetivos de la ley o reglamento pertinente, o los intereses o valores comunes protegidos por dichos instrumentos, pueden ayudar a aclarar el contenido de normas, obligaciones o requisitos específicos de dicha ley o reglamento.

⁴⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 74.

⁴⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 72.

⁴⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 161.

⁴⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.81 y 5.82.

⁵⁰⁰ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 74, 75 y 81.

disposiciones específicas de cada uno de estos instrumentos.⁵⁰¹ Después de realizar el examen, el Grupo Especial opinó que estos instrumentos forman el eje central del marco regulatorio que regula la recaudación de impuestos en la Argentina.⁵⁰² El Grupo Especial consideró que las obligaciones que imponen estas leyes y reglamentos están interrelacionadas. Prestando especial atención a la Ley de Impuesto a las Ganancias y la Ley de Procedimiento Tributario, el Grupo Especial declaró que las partes pertinentes de estas leyes desarrollan los principios tributarios establecidos en la Constitución de la Argentina, entre ellos el principio de igualdad fiscal del artículo 16 de la Constitución.⁵⁰³ Así pues, el Grupo Especial consideró que estas leyes obligan a las autoridades argentinas a recaudar el impuesto a las ganancias de las personas físicas y jurídicas residentes en la Argentina en función de su capacidad contributiva, asegurándose de que los contribuyentes con igual capacidad contributiva paguen la misma contribución tributaria.⁵⁰⁴

6.208. Panamá plantea en apelación argumentos con respecto al análisis realizado por el Grupo Especial de la cuestión de si las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia de la Ley de Impuesto a las Ganancias, la Ley de Procedimiento Tributario, la Ley Penal Tributaria y la Constitución de la Argentina. Es evidente que un demandado que trata de justificar una medida incompatible puede optar, como hizo la Argentina en la presente diferencia, por identificar varias leyes y reglamentos pertinentes a los efectos de su defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV.⁵⁰⁵ Cuando un grupo especial se enfrenta a una defensa así, puede ser perfectamente adecuado que se pronuncie sobre más de una ley o reglamento.

6.209. Consideramos no obstante que un demandado logrará que prospere su defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV cuando pueda demostrar que la medida incompatible está diseñada y es necesaria para lograr la observancia de al menos una ley o reglamento compatible con el AGCS. A nuestro juicio, de esto se desprende que, en las circunstancias de la presente apelación, si mantenemos las constataciones del Grupo Especial de que las medidas están diseñadas y son necesarias para lograr la observancia de los artículos 1 y 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, es posible que no sea necesario examinar además las constataciones del Grupo Especial de que las mismas medidas también están diseñadas y son necesarias para lograr la observancia de otras leyes y reglamentos.⁵⁰⁶ Por tanto, examinaremos en primer lugar los argumentos de Panamá relativos a la Ley de Impuesto a las Ganancias. En la medida en que constatemos que Panamá no ha establecido un error con respecto a las constataciones del Grupo Especial de que las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas y son necesarias para lograr la observancia de la Ley de Impuesto a las Ganancias, no tendremos que examinar los restantes argumentos de Panamá relativos a las constataciones del Grupo Especial sobre la Ley de Procedimiento Tributario, la Ley Penal Tributaria y la Constitución de la Argentina.

6.210. Observamos que, con respecto a la Ley de Impuesto a las Ganancias, es cierto, como subraya Panamá⁵⁰⁷, que el Grupo Especial observó que las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia del objetivo general de esa Ley. No obstante, el Grupo Especial no limitó su análisis a esta observación. De hecho, en la siguiente frase de su razonamiento, el Grupo Especial explicó que "[a]simismo, [el] diseño [de las Medidas 1, 2, 3 y 4] está orientado a lograr la observancia de ciertas disposiciones claves de la [Ley de Impuesto a las Ganancias]".⁵⁰⁸ El Grupo Especial procedió seguidamente a examinar el contenido de disposiciones específicas de la Ley de

⁵⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.632 (Ley de Impuesto a las Ganancias), párrafo 7.633 (Ley de Procedimiento Tributario), párrafo 7.634 (Ley Penal Tributaria) y párrafo 7.635 (Constitución de la Argentina).

⁵⁰² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.636.

⁵⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.635 y 7.636.

⁵⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.636.

⁵⁰⁵ Al hacerlo, el demandado puede optar por justificar su medida incompatible demostrando que esa medida está diseñada y es necesaria para lograr la observancia de al menos una ley o reglamento compatible con el AGCS, o puede optar por demostrar que la medida está diseñada y es necesaria para lograr la observancia de una o más obligaciones resultantes de varias leyes y reglamentos que actúan conjuntamente como parte de un marco amplio.

⁵⁰⁶ Subrayamos que Panamá no ha impugnado en apelación la constatación del Grupo Especial de que las disposiciones de los diferentes instrumentos jurídicos identificados por la Argentina actúan conjuntamente como parte de un marco regulatorio común para recaudar impuestos en la Argentina. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.714.)

⁵⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.82 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.637).

⁵⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.637.

Impuesto a las Ganancias que la Argentina había identificado.⁵⁰⁹ En particular, observó que el artículo 1 de la Ley de Impuesto a las Ganancias define quién está sujeto a dicho impuesto.⁵¹⁰ El Grupo Especial observó también que el artículo 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias "consagra el principio de la fuente o territorialidad como criterio de la atribución de la materia imponible, según el cual se considera ganancia de fuente argentina toda aquella que provenga de actividades realizadas dentro del territorio argentino, sea por proveedores de servicios argentinos o extranjeros".⁵¹¹ Posteriormente el Grupo Especial examinó la cuestión de si las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia de los artículos 1 y 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias. El Grupo Especial constató que las Medidas 1, 2, 3 y 4 "desincentivan prácticas fiscales nocivas y permiten a las autoridades asegurarse de que los residentes en Argentina tributen 'sobre la totalidad de sus ganancias obtenidas en el país o en el exterior', tal como prevé el Artículo 1 de la [Ley de Impuesto a las Ganancias]".⁵¹² Además, el Grupo Especial constató que estas Medidas "están diseñadas también para lograr la observancia del Artículo 5 de la [Ley de Impuesto a las Ganancias], según el cual se considera ganancia de fuente argentina (y, por tanto, sujeta a tributación en Argentina) toda aquella que provenga de actividades realizadas dentro del territorio argentino, sea por proveedores de servicios argentinos o extranjeros".⁵¹³ Por tanto, a diferencia de lo que sostiene Panamá, el Grupo Especial no basó su análisis únicamente en si las Medidas 1, 2, 3 y 4 logran la observancia del objetivo de la Ley de Impuesto a las Ganancias; por el contrario, el Grupo Especial examinó también si estas medidas logran la observancia de la obligación específica establecida en los artículos 1 y 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, es decir, establecer debidamente la base imponible a los efectos del impuesto a las ganancias.

6.211. Pasamos ahora a examinar el segundo conjunto de argumentos de Panamá con respecto al primer elemento del análisis del apartado c) del artículo XIV que se explica *supra*. Panamá aduce que el Grupo Especial no examinó debidamente si las Medidas 1, 2, 3, 4 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes. A este respecto, Panamá sostiene en primer lugar que la demostración de que una medida concreta logra la observancia de leyes y reglamentos exige la identificación de un riesgo subyacente de inobservancia de las leyes y reglamentos que la medida se propone abordar.⁵¹⁴ A juicio de Panamá, el Grupo Especial constató que las Medidas 1, 2, 3 y 4 están destinadas a desincentivar las transacciones simuladas entre partes vinculadas.⁵¹⁵ Panamá sostiene no obstante que el Grupo Especial no evaluó si estas transacciones entre partes vinculadas son incompatibles -o representan un riesgo de inobservancia- de las disposiciones pertinentes de la Ley de Impuesto a las Ganancias, la Ley de Procedimiento Tributario, la Ley Penal Tributaria o la Constitución de la Argentina. Sostiene que, al no existir tal constatación, el Grupo Especial carecía de fundamento jurídico para concluir que las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia de las disposiciones de las leyes y reglamentos argentinos identificados.⁵¹⁶

6.212. La Argentina aduce que el Grupo Especial no dio por supuesto que las transacciones entre partes vinculadas sean *per se* incompatibles con las leyes tributarias de la Argentina, o que de otro modo planteen preocupaciones de observancia. Sostiene que, en realidad, la legalidad de esas transacciones carecía de importancia para la constatación del Grupo Especial en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS.⁵¹⁷ A juicio de la Argentina, las constataciones del Grupo Especial de que las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes tributarias de la Argentina se basaron en pruebas que indicaban que las transacciones entre los contribuyentes argentinos y los proveedores de servicios de países no cooperadores representan

⁵⁰⁹ El Grupo Especial examinó los artículos 1, 2, 5, 17, 80, 91, 127, 129 y 130 de la Ley de Impuesto a las Ganancias. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.632.)

⁵¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.632 y nota 804 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial), artículo 1).

⁵¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.632 y nota 806 a dicho párrafo (donde se cita la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial), artículo 5).

⁵¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.637. (sin cursivas en el original)

⁵¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.637. (sin cursivas en el original)

⁵¹⁴ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.22-5.24 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, Corea - *Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 655; y China - *Partes de automóviles*, párrafo 7.315).

⁵¹⁵ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.94-5.96 (donde se hace referencia al análisis de la contribución realizado por el Grupo Especial que figura en su informe, párrafos 7.691, 7.693, 7.697 y 7.700).

⁵¹⁶ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.97.

⁵¹⁷ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 83.

un riesgo especial de inobservancia de las leyes tributarias de la Argentina. La Argentina subraya que esto se debe a que, en tales circunstancias, las autoridades argentinas no pueden determinar si una transacción refleja una finalidad comercial legítima o es simplemente un medio para reducir las obligaciones tributarias en la Argentina.⁵¹⁸

6.213. Entendemos que el argumento de Panamá se basa en la suposición de que el Grupo Especial constató que la preocupación de la Argentina, en relación con las Medidas 1, 2, 3 y 4, se limita a las transacciones simuladas entre partes vinculadas. Sin embargo, a nuestro juicio el Grupo Especial no constató que los tipos de prácticas que las Medidas 1, 2, 3 y 4 pretenden desincentivar son solo las transacciones simuladas entre partes vinculadas. Por el contrario, el Grupo Especial identificó más ampliamente las prácticas que son objeto de la preocupación de la Argentina como "las transacciones que encubren prácticas fiscales nocivas".⁵¹⁹ Por lo tanto, la suposición en que Panamá basa su argumento no está respaldada por el informe del Grupo Especial.

6.214. Además, entendemos que el argumento de Panamá se refiere al hecho de que, a su juicio, las Medidas 1, 2, 3 y 4 se aplican tanto a las transacciones que tienen fines legítimos (es decir, las transacciones entre partes no vinculadas o las transacciones entre partes vinculadas en condiciones de plena competencia) como a las transacciones con fines fraudulentos (es decir, transacciones simuladas entre partes vinculadas para evadir impuestos). En esencia, Panamá aduce que las Medidas 1, 2, 3 y 4 van más allá de lo necesario para lograr la observancia de esas leyes y reglamentos respecto de las transacciones fraudulentas porque las medidas también abarcan transacciones legítimas. Observamos que el Grupo Especial, cuando evaluó el grado de restricción del comercio de las Medidas 1, 2, 3 y 4, examinó, y no consideró pertinente, el argumento de Panamá de que las Medidas 1, 2, 3 y 4 abarcan también situaciones distintas de las transacciones simuladas entre partes vinculadas.⁵²⁰ El Grupo Especial observó que estas medidas tienen que estar diseñadas para abarcar todas las transacciones porque se aplican *ex ante* y su finalidad es detectar las transacciones fraudulentas. A juicio del Grupo Especial, "[s]i las autoridades argentinas pudiesen distinguir *ex ante* las operaciones que tienen un propósito legítimo de las que encubren maniobras fraudulentas, no se necesitarían las medidas en cuestión".⁵²¹ Estamos de acuerdo con el razonamiento del Grupo Especial. A nuestro juicio, el argumento de Panamá solamente sería cierto con la ayuda de una visión retrospectiva porque no es posible saber con antelación, sin hacer un examen, qué transacción tiene un propósito legítimo o fraudulento.

6.215. Además del argumento anterior de que las Medidas 1, 2, 3 y 4 son excesivamente amplias al abordar la evasión fiscal, Panamá aduce también que el Grupo Especial no tuvo debidamente en cuenta el amplio alcance de la Medida 2, porque no consideró que: i) determinadas transacciones excluidas del alcance de la Medida 1 están abarcadas por la Medida 2; y ii) además del impuesto a las ganancias, la Medida 2 también tiene consecuencias para la recaudación del impuesto sobre las ventas y los impuestos interiores.⁵²²

6.216. A nuestro juicio, los motivos en que se basa Panamá no establecen un error respecto de la evaluación realizada por el Grupo Especial del diseño de la Medida 2. Panamá no ha explicado por qué el hecho de que la Medida 2 pueda tener un alcance más amplio que la Medida 1, o el hecho de que la Medida 2 también pueda tener consecuencias para la recaudación de otros tipos de impuestos, impedirían, por sí mismos, una constatación de que la Medida 2 está diseñada para lograr la observancia de los artículos 1 y 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Nosotros tampoco consideramos que esto sea necesariamente así.

6.217. Observamos además que los distintos argumentos de Panamá según los cuales el alcance de algunas de las medidas en litigio es excesivamente amplio en lo que concierne a hacer frente a la evasión fiscal nos parece que son más pertinentes para el análisis de si las medidas en cuestión son "necesarias" para lograr la observancia de la Ley de Impuesto a las Ganancias, en particular

⁵¹⁸ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 84.

⁵¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.732. Véanse también los párrafos 7.637 y 7.715.

⁵²⁰ Señalamos que Panamá esgrime el mismo argumento en apelación. (Véase la comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.100, 5.104.c, 5.109 y 5.112.c.)

⁵²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.726.

⁵²² Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.106.a y 5.106.b.

para la identificación de medidas alternativas que estén razonablemente al alcance, que para la cuestión de si logran la observancia de leyes y reglamentos argentinos pertinentes.

6.3.3.2.2 Restantes errores alegados por Panamá

6.218. Panamá alega también que el Grupo Especial cometió múltiples errores distintos al evaluar el diseño de cada una de las Medidas 1, 2, 3, 4 y 8.⁵²³ Observamos que Panamá presenta pocos argumentos en apoyo de estas alegaciones. Sus argumentos parecen pretender que reevaluemos estas medidas y que atribuyamos más importancia a elementos aislados de ellas de la que les atribuyó el Grupo Especial. Señalamos también que estas alegaciones guardan relación con constataciones formuladas por el Grupo Especial, en el contexto de la defensa invocada por la Argentina al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS, que han resultado superfluas en vista de que hemos revocado la constatación del Grupo Especial sobre la "similitud". Examinar esas alegaciones tampoco ayudaría a aclarar los requisitos que impone el apartado c) del artículo XIV. Por estas razones, hemos decidido no pronunciarnos sobre estas alegaciones en apelación.

6.3.3.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes

6.219. Panamá alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes de conformidad con el apartado c) del artículo XIV del AGCS. En su apelación Panamá impugna solamente los siguientes aspectos del análisis de la "necesidad" realizado por el Grupo Especial: i) la evaluación por el Grupo Especial de la contribución de estas medidas al fin perseguido; ii) la evaluación por el Grupo Especial del grado de restricción del comercio de estas medidas; y iii) el proceso de sopesar y confrontar los factores pertinentes que llevó a cabo el Grupo Especial en su análisis de la "necesidad".⁵²⁴ Panamá nos solicita que revoquemos las constataciones del Grupo Especial de que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes.⁵²⁵

6.220. La Argentina nos solicita que desestimemos este motivo de la apelación de Panamá. Subraya que esta alegación de Panamá se refiere a la evaluación de las pruebas realizada por el Grupo Especial, pero Panamá no ha invocado el artículo 11 del ESD.⁵²⁶ En cualquier caso, la Argentina aduce que Panamá no ha establecido que el Grupo Especial cometiera un error de derecho al constatar que cada una de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 contribuye a lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes.⁵²⁷ Sostiene además que la impugnación por Panamá de la evaluación realizada por el Grupo Especial del grado de restricción del comercio de estas medidas caracteriza erróneamente el análisis del Grupo Especial, y que este no incurrió en error al constatar que estas medidas tienen un efecto restrictivo limitado en el comercio internacional de servicios.⁵²⁸ La Argentina sostiene también que la alegación de Panamá concerniente a la operación de sopesar y confrontar que hizo el Grupo Especial de los factores pertinentes depende íntegramente de los demás supuestos errores que alega Panamá y, como ellos, debe ser desestimada.⁵²⁹

6.221. Antes de ocuparnos de las cuestiones planteadas por Panamá señalamos que, al analizar si las seis medidas son "necesarias" para lograr la observancia, el Grupo Especial examinó en primer lugar la importancia de los objetivos perseguidos.⁵³⁰ A continuación examinó la contribución realizada por las seis medidas al fin perseguido.⁵³¹ Seguidamente analizó el grado de restricción

⁵²³ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.104, 5.106, 5.109, 5.110, 5.112, 5.164 y 5.165.

⁵²⁴ Panamá no impugna la constatación del Grupo Especial sobre la importancia de los objetivos perseguidos, ni la evaluación realizada por el Grupo Especial de las medidas alternativas propuestas por Panamá.

⁵²⁵ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.3, 5.147.b, 5.159.b, 5.173.b y 7.1.c. Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.740.

⁵²⁶ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 96-103.

⁵²⁷ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 104-133.

⁵²⁸ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 134-143.

⁵²⁹ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 144 y 145.

⁵³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.662-7.682.

⁵³¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.690-7.717.

del comercio de las seis medidas.⁵³² El Grupo Especial examinó a continuación la cuestión de si Panamá había identificado medidas alternativas que estuvieran razonablemente disponibles.⁵³³ Por último, el Grupo Especial llevó a cabo un solo proceso de sopesar y confrontar estos factores para las seis medidas de manera conjunta.⁵³⁴ La forma en que el Grupo Especial estructuró su análisis de la "necesidad" con respecto a estas seis medidas no ha sido objeto de apelación. Aunque no hay una única forma correcta de estructurar un análisis polifacético de múltiples medidas, nos plantea algunas preocupaciones el enfoque que adoptó el Grupo Especial. Las partes iniciales del razonamiento están de algún modo desagregadas y compartimentadas en el sentido de que, para cada medida determinada, el examen realizado por el Grupo Especial de los factores de "necesidad" pertinentes figura en partes de su razonamiento separadas. La separación de las diferentes partes del análisis del Grupo Especial, junto con su proceso conjunto de sopesar y confrontar los factores, hace en cierto modo difícil averiguar si, respecto de cada medida, el Grupo Especial llevó a cabo el análisis holístico de todos los elementos pertinentes exigido y sopesó y confrontó debidamente los elementos pertinentes y los comparó con las medidas alternativas propuestas.

6.3.3.3.1 Alegaciones generales o transversales formuladas por Panamá

6.222. Panamá alega que el Grupo Especial cometió múltiples errores al evaluar si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes.⁵³⁵ Examinaremos en primer lugar varias alegaciones generales o transversales presentadas por Panamá y seguidamente analizaremos los restantes argumentos de Panamá. Al final de nuestro análisis examinaremos la impugnación por Panamá del proceso de sopesar y confrontar los factores de "necesidad" pertinentes que hizo el Grupo Especial con respecto a estas medidas.

6.223. Un primer tema general planteado en muchos de los argumentos de Panamá nos parece que impugna la evaluación realizada por el Grupo Especial de los hechos y pruebas obrantes en el expediente. En particular, Panamá sostiene que no hay base probatoria para lo siguiente: i) que la Medida 1 desincentiva la salida no declarada de capitales y el falso pago de intereses que resultan luego deducibles del pago del impuesto a las ganancias por parte del contribuyente argentino⁵³⁶; ii) que, al hacer más gravoso el ingreso de fondos no declarados, la Medida 2 mitiga la erosión de la base imponible⁵³⁷; iii) que la Medida 3 desalienta *ex ante* prácticas fiscales nocivas y protege la base imponible de la Argentina⁵³⁸; y iv) que la Medida 4 puede ser un desincentivo para que las empresas argentinas contraten servicios con proveedores de países no cooperadores.⁵³⁹ Panamá sostiene también que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la única prueba que se refería al efecto real de restricción del comercio de la Medida 1⁵⁴⁰ y, en vista de que la Argentina no aportó pruebas suficientes, que el Grupo Especial no fundamentó sus constataciones de que las Medidas 7 y 8 tienen un efecto restrictivo limitado en el comercio internacional.⁵⁴¹

6.224. El Órgano de Apelación ha sostenido en diferencias anteriores que, aunque el apelante puede formular sus alegaciones de error como considere oportuno, "de esa decisión se derivan consecuencias importantes, entre las que figura la norma de examen que se aplicará al resolver"

⁵³² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.718-7.727.

⁵³³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.729-7.736.

⁵³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.737-7.740.

⁵³⁵ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.75 y 5.147.b (Medidas 1 a 4), párrafos 5.148 y 5.159.b (Medida 7), y párrafos 5.160 y 5.173.b (Medida 8).

⁵³⁶ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.116.e y f (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.691).

⁵³⁷ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.130 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.694 y 7.695).

⁵³⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.137.d (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.697).

⁵³⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.145.a (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.318).

⁵⁴⁰ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 5.124 (donde se hace referencia a la declaración jurada autenticada preparada por un experto jurídico en cuestiones bancarias, de 14 de marzo de 2014 (Prueba documental PAN-7 presentada al Grupo Especial)).

⁵⁴¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.156 y 5.157 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.722) y párrafo 5.169.

sobre esas alegaciones.⁵⁴² A este respecto, el Órgano de Apelación se ha abstenido de examinar alegaciones que consistían solamente en una impugnación de la objetividad de la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas cuando no se había presentado una alegación al amparo del artículo 11 del ESD.⁵⁴³ El Órgano de Apelación también ha sostenido que las alegaciones que se refieren a la evaluación realizada por un grupo especial de los hechos y las pruebas que tuvo ante sí, y no a la caracterización de la compatibilidad o incompatibilidad de una medida con los requisitos establecidos en una determinada disposición, deben plantearse al amparo del artículo 11 del ESD.⁵⁴⁴

6.225. Como observa la Argentina, los argumentos de Panamá que se mencionan más arriba no están incluidos en el ámbito de nuestro examen en la presente apelación, en particular al no existir ninguna alegación de Panamá de que el Grupo Especial incumpliera los deberes que le impone el artículo 11 del ESD.⁵⁴⁵ En consecuencia, no seguimos examinándolos.

6.226. Un segundo tema general en los argumentos presentados por Panamá se refiere a la evaluación realizada por el Grupo Especial de la contribución que hacen las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7. A juicio de Panamá, el Grupo Especial basó indebidamente la evaluación de la contribución de las medidas 1, 2, 3, 4 y 7 en si estas medidas contribuyen a lograr los *objetivos* de las leyes y reglamentos pertinentes, y no en si contribuyen a lograr la observancia de *disposiciones específicas* de tales leyes y reglamentos.⁵⁴⁶

6.227. Al examinar el argumento de Panamá, tenemos presente que, en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación explicó que un factor que se debe tener en cuenta al sopesar y confrontar los factores pertinentes cuando se evalúa si una medida es "necesaria" a tenor del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 es "el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido, el logro de la observancia de la ley o reglamento en cuestión".⁵⁴⁷ Como hemos explicado *supra*⁵⁴⁸, cuanto mayor sea la precisión con que el demandado pueda identificar normas, obligaciones o requisitos específicos contenidos en las leyes y reglamentos compatibles con el AGCS, más probable será que pueda aclarar cómo y por qué la medida incompatible logra la observancia de esas leyes y reglamentos. De modo similar, la evaluación por un grupo especial de la contribución de una medida a lograr la observancia de la ley o reglamento en cuestión debe centrarse en normas, obligaciones o requisitos específicos establecidos en dicha ley o reglamento. Esto no quiere decir que el objetivo de las "leyes y los reglamentos" en cuestión, o el interés o valor común protegido por ellos, carezcan de pertinencia para el análisis de la contribución de una medida. De hecho, en muchos casos las obligaciones específicas y las distintas disposiciones de una ley o reglamento reflejarán el objetivo u objetivos del instrumento en que figuran y estarán estrechamente vinculadas a ellos.

6.228. En el análisis de la "necesidad" el Grupo Especial procedió a examinar la contribución de cada medida a los objetivos perseguidos por las leyes y reglamentos pertinentes de la Argentina de conformidad con el apartado c) del artículo XIV del AGCS.⁵⁴⁹ El Grupo Especial afirmó que, con

⁵⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 956 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 872; *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 177; y *Japón - Manzanas*, párrafo 136).

⁵⁴³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 956; y *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 274.

⁵⁴⁴ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafos 5.173-5.175; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.243.

⁵⁴⁵ Véase la comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 101 y 135.

⁵⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.86, 5.116.a, 5.129, 5.137.a, 5.144 y 5.155.

⁵⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 163.

⁵⁴⁸ Véanse los párrafos 6.203 y 6.204 *supra*.

⁵⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.661 y 7.662. El análisis del Grupo Especial parece que en ocasiones mezcla el objetivo de las medidas, por una parte, con los objetivos de las leyes y reglamentos pertinentes, por otra. Aunque el Grupo Especial dijo que evaluaría los objetivos perseguidos por las leyes y reglamentos pertinentes de la Argentina, después pareció referirse al objetivo de las medidas incompatibles. Señalamos no obstante que la Argentina invocó, en su defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV del AGCS, los artículos 1 y 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y el artículo 188 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero. Además, observamos que las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 son disposiciones específicas de estos mismos instrumentos jurídicos. Por lo tanto, aunque el Grupo Especial podría

respecto a las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7, el objetivo perseguido es salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos frente a los riesgos planteados por prácticas fiscales nocivas de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal. El Grupo Especial dijo a continuación que examinaría el diseño, la estructura y el funcionamiento de cada medida, centrándose en particular en si existe una relación de fines a medios entre el objetivo que se persigue y la medida en cuestión.⁵⁵⁰

6.229. Observamos que el Grupo Especial hizo varias declaraciones de carácter general en el sentido de que examinaría la contribución que hacen las medidas al objetivo de salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos de la Argentina.⁵⁵¹ Tenemos algunas reservas en cuanto a la identificación que hizo el Grupo Especial de cómo se proponía evaluar la contribución realizada por cada una de las medidas. En la medida en que las declaraciones del Grupo Especial puedan dar a entender que no consideraría la contribución de estas medidas al fin perseguido pertinente -es decir, a lograr la observancia de normas, obligaciones o requisitos específicos contenidos en las leyes y reglamentos pertinentes- a nuestro juicio el enfoque analítico del Grupo Especial sería erróneo. Teniendo presente esta reflexión, pasamos a evaluar si el Grupo Especial, al aplicar el apartado c) del artículo XIV del AGCS a las medidas en cuestión, se centró erróneamente en si estas medidas contribuyen a lograr los objetivos de las leyes y reglamentos pertinentes, en lugar de llevar a cabo un examen de la cuestión de si estas medidas contribuyen a lograr la observancia de normas, obligaciones o requisitos específicos contenidos en las leyes y reglamentos pertinentes y, de ser así, si esto constituyó un error que justifique una revocación.

6.230. La Argentina se basó en los artículos 1 y 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias en la defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV. El Grupo Especial constató que el artículo 1 de la Ley de Impuesto a las Ganancias define los sujetos de dicho impuesto. Esta disposición establece la obligación de los contribuyentes argentinos de pagar impuestos por todas las ganancias obtenidas en la Argentina o en el extranjero. El Grupo Especial también constató que el artículo 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias atribuye a la materia imponible toda ganancia que provenga de actividades realizadas dentro de la Argentina, ya sea por proveedores de servicios argentinos o extranjeros.⁵⁵²

6.231. Con respecto a la Medida 1, el Grupo Especial constató que, al gravar las ganancias obtenidas de determinados servicios financieros suministrados por proveedores de servicios de países no cooperadores con un impuesto más elevado que el que grava los servicios similares prestados por proveedores de servicios de países cooperadores, esta medida contribuye a preservar la base imponible porque desincentiva la salida no declarada de capitales y el falso pago de intereses.⁵⁵³ En cuanto a la Medida 2, el Grupo Especial constató que la presunción refutable de esta medida desalienta la evasión de impuestos por parte de los contribuyentes argentinos, contribuye a combatir la erosión de la base imponible de la Argentina y permite a las autoridades argentinas ajustar la base imponible de un contribuyente y restablecer la igualdad fiscal entre todos los contribuyentes argentinos.⁵⁵⁴ Con respecto a la Medida 3, el Grupo Especial constató que contribuye a desalentar *ex ante* prácticas fiscales nocivas y a preservar la base imponible en la Argentina a partir de una correcta identificación del valor de las transacciones y de los gastos que resultan legítimamente deducibles del impuesto.⁵⁵⁵ En cuanto a la Medida 4, el Grupo Especial consideró que permite a la autoridad argentina asegurarse de que han existido pagos efectivos correspondientes a los gastos que los contribuyentes argentinos deducen de su base imponible.⁵⁵⁶ Consideramos que, al examinar la contribución de las medidas a salvaguardar la base imponible de los contribuyentes argentinos, el Grupo Especial ciertamente examinó la contribución de estas medidas a lograr la observancia de la obligación de establecer debidamente la base imponible sujeta al impuesto a las ganancias, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

haber sido más claro, entendemos que se ha referido indistintamente al objetivo de estas medidas y a los de las leyes y reglamentos pertinentes.

⁵⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.664, 7.688 y 7.689.

⁵⁵¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.664 y 7.689. Véase también el epígrafe que precede al párrafo 7.683.

⁵⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.632 (donde se hace referencia a la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial)).

⁵⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.691, 7.692 y 7.707.

⁵⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.694, 7.695 y 7.708.

⁵⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.697 y 7.709.

⁵⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.698, 7.700 y 7.710.

6.232. Con respecto a la Medida 7, en su defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV la Argentina se basó en el artículo 188 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero y en el artículo 118.3 de la Ley de Sociedades Comerciales.⁵⁵⁷ Estas disposiciones precisan la documentación que las sociedades constituidas en el extranjero deben presentar para registrar una sucursal en el Registro Público de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires.⁵⁵⁸ Observamos que el Grupo Especial constató que, "al evaluar el cumplimiento de los requisitos del Artículo 188, la [Inspección General de Justicia] también busca determinar que la sociedad desarrolla efectiva actividad empresarial económicamente significativa".⁵⁵⁹ Al evaluar la contribución de la Medida 7, entendemos que el Grupo Especial se centró en los requisitos del artículo 118.3 de la Ley de Sociedades Comerciales y en el artículo 188 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero cuando mencionó la necesidad de verificar que las sucursales de sociedades extranjeras tengan "un fin comercial legítimo, con actividades reales, y que no hayan sido creadas ... únicamente con el objeto de simular operaciones con contribuyentes argentinos".⁵⁶⁰

6.233. Así pues, a pesar de nuestras reservas en cuanto al enfoque analítico que adoptó el Grupo Especial respecto a su análisis de la contribución, conforme al cual aparentemente se propuso examinar la contribución de cada medida al logro de los objetivos de política general de las leyes y reglamentos pertinentes, consideramos que en realidad incluyó un análisis adecuado de la contribución realizada por las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 a lograr la observancia de normas, obligaciones o requisitos específicos. Por esta razón, no estamos de acuerdo con el argumento de Panamá de que el Grupo Especial incurrió en error al basar su análisis de la contribución de las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 simplemente en si estas medidas contribuyen a lograr los objetivos de las leyes y reglamentos pertinentes.

6.234. Además, queremos hacer una advertencia en relación con la forma en que el Grupo Especial expresó sus constataciones con respecto a la contribución de cada medida. En concreto, el Grupo Especial constató, respecto a cada medida, que "contribuye al" objetivo perseguido. Sin embargo, en un análisis de la "necesidad", el deber de un grupo especial consiste en evaluar, de manera cualitativa o cuantitativa, el grado de contribución de la medida al objetivo perseguido, y no simplemente en determinar si la medida hace o no alguna contribución. Esto se debe a que "[c]uanto mayor sea la contribución, más fácil será considerar que la medida es 'necesaria'".⁵⁶¹ Lo mismo cabe decir con respecto al grado de restricción del comercio de una medida, esto es, el grupo especial debe tratar de evaluar el grado de restricción del comercio de una medida y no simplemente determinar si la medida entraña o no alguna restricción del comercio. Sin hacer esos análisis, el grupo especial no podría llevar a cabo un proceso de sopesar y confrontar todos los factores pertinentes.

6.235. Panamá plantea una tercera alegación transversal en relación con la evaluación efectuada por el Grupo Especial de la contribución realizada por las Medidas 1 y 3⁵⁶², y con la evaluación realizada por el Grupo Especial del grado de restricción del comercio de las Medidas 1, 2, 3 y 4.⁵⁶³ Panamá sostiene que el Grupo Especial no tuvo en cuenta que estas medidas afectan no solo a transacciones simuladas entre partes vinculadas, sino también a transacciones legítimas que, según Panamá, no ocupan un lugar central en las preocupaciones de la Argentina.⁵⁶⁴ Hemos examinado y rechazado este argumento *supra*⁵⁶⁵, en el contexto de la alegación de Panamá concerniente a la evaluación realizada por el Grupo Especial del diseño de las Medidas 1, 2, 3 y 4. Por las mismas razones, lo rechazamos en esta ocasión.⁵⁶⁶

⁵⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.597, 7.612, 7.614, 7.615 y 7.646.

⁵⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.50.

⁵⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.347.

⁵⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.711. Véanse también los párrafos 7.702 y 7.703.

⁵⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 163.

⁵⁶² Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.116.f y 5.137.c.

⁵⁶³ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.119, 5.123, 5.132, 5.140 y 5.145.b y c.

⁵⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.123, 5.132, 5.140 y 5.145.b y c.

⁵⁶⁵ Véanse los párrafos 6.213 y 6.214 *supra*.

⁵⁶⁶ Como se ha explicado anteriormente, entendemos que la alegación de Panamá está basada en una suposición no respaldada por el informe del Grupo Especial. En consecuencia, nuestro rechazo de la alegación

6.236. El cuarto argumento general que plantea Panamá se refiere a la declaración que hizo el Grupo Especial de que ninguna de las medidas entraña una prohibición del comercio de servicios.⁵⁶⁷ Panamá sostiene que el Grupo Especial no explicó por qué la inexistencia de una prohibición supone automáticamente que las Medidas 1, 2 y 3 no tienen un efecto de restricción del comercio. Aduce que medidas que no incluyen una prohibición total pueden no obstante tener un efecto de restricción del comercio significativo y que se debería considerar que toda medida que impone una condición limitadora al comercio internacional tiene un efecto de restricción del comercio.⁵⁶⁸

6.237. La Argentina responde que el Grupo Especial no constató que, cuando no existe una prohibición total del comercio de servicios, no se puede considerar que una medida restringe el comercio.⁵⁶⁹

6.238. Como ha explicado el Órgano de Apelación, una prohibición de importación es, por su diseño, la forma más restrictiva del comercio que puede adoptar una medida.⁵⁷⁰ Sin embargo, como Panamá afirma correctamente, medidas distintas de una prohibición de importación también pueden tener efectos de restricción en el comercio internacional y esos efectos pueden ser importantes. No obstante, no consideramos que el informe del Grupo Especial defienda la tesis de que la inexistencia de una prohibición implica automáticamente que una medida no tiene efectos de restricción del comercio. Como se ha resumido más arriba, el Grupo Especial comenzó su análisis indicando que ninguna de las medidas en cuestión entraña una prohibición del comercio de servicios en los sectores y modos de suministro afectados.⁵⁷¹ El Grupo Especial examinó a continuación la estructura, el funcionamiento y los efectos de cada medida. Basándose en esta evaluación, el Grupo Especial llegó a constataciones separadas sobre el grado de restricción del comercio de cada medida.⁵⁷² En particular, el Grupo Especial constató que la Medida 1 podría desincentivar el comercio con países no cooperadores al establecer una fiscalidad más elevada.⁵⁷³ En el caso de las Medidas 2 y 3, el Grupo Especial consideró que no tienen "un grado de restricción del comercio muy elevado".⁵⁷⁴ Por último, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que las Medidas 1, 2 y 3 tienen "un efecto restrictivo limitado sobre el comercio internacional de servicios".⁵⁷⁵ Por consiguiente, en contra de lo que argumenta Panamá, el Grupo Especial adoptó una posición más matizada en cuanto al grado de restricción del comercio de cada medida y no consideró que la inexistencia de una prohibición implique automáticamente que una medida no tiene efectos de restricción del comercio.

6.3.3.3.2 Restantes errores alegados por Panamá

6.239. Nos ocupamos ahora de los múltiples errores separados que Panamá alega que cometió el Grupo Especial al evaluar la contribución y el grado de restricción del comercio de las Medidas 1, 3, 7 y 8.⁵⁷⁶ Como hicimos con respecto a los argumentos de Panamá relativos a la evaluación realizada por el Grupo Especial del diseño de las medidas, observamos que Panamá presenta escasos argumentos para respaldar esa alegación. Por las mismas razones que se exponen *supra*⁵⁷⁷, hemos decidido no seguir examinando estas alegaciones en apelación.

6.3.3.3.3 El proceso de sopesar y confrontar los factores pertinentes en el análisis de la necesidad

6.240. Por último, pasamos a examinar la impugnación por parte de Panamá del proceso de sopesar y confrontar los factores pertinentes que hizo el Grupo Especial en su análisis de la

de Panamá no está basado en el criterio jurídico que ha de aplicarse en el marco del apartado c) del artículo XIV del AGCS.

⁵⁶⁷ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.718 y 7.725.

⁵⁶⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.121, 5.122, 5.134 y 5.141.

⁵⁶⁹ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 141.

⁵⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 150.

⁵⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.718.

⁵⁷² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.719-7.725 y 7.727.

⁵⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.719 y 7.724.

⁵⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.720 y 7.721.

⁵⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.727.

⁵⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.116.c, 5.116.e, 5.137.b, 5.157 y 5.167.b.

⁵⁷⁷ Véase el párrafo 6.218 *supra*.

"necesidad".⁵⁷⁸ Observamos que Panamá no presenta ningún argumento independiente sobre los supuestos errores que cometió el Grupo Especial al sopesar y confrontar los distintos elementos que se deben tener en cuenta al evaluar la "necesidad". En cambio, la alegación que formula Panamá respecto a cada medida depende por completo de sus argumentos de que el Grupo Especial incurrió en error en la evaluación de la contribución y el grado de restricción del comercio de cada medida. Por tanto, al haber rechazado las alegaciones de Panamá en relación con la evaluación realizada por el Grupo Especial de la contribución y el grado de restricción del comercio de cada medida, no es necesario que sigamos examinando la afirmación de Panamá de que el Grupo Especial también incurrió en error al sopesar y confrontar los factores pertinentes.

6.3.4 Conclusión general sobre el apartado c) del artículo XIV del AGCS

6.241. Teniendo en cuenta todo lo anterior, constatamos que Panamá no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del apartado c) del artículo XIV del AGCS a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 al no centrar su análisis en los aspectos pertinentes de las medidas que dieron lugar a las constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS. Además, constatamos que Panamá no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del apartado c) del artículo XIV a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 al constatar, en el párrafo 7.655 de su informe, que estas medidas están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes de conformidad con el apartado c) del artículo XIV. Por último, constatamos que Panamá no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del apartado c) del artículo XIV a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 al constatar, en el párrafo 7.740 de su informe, que estas medidas son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes de conformidad con el apartado c) del artículo XIV del AGCS.

6.4 Párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS

6.4.1 Introducción

6.242. Panamá nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS "ampara todo tipo de medidas que afecten al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a)" del Anexo.⁵⁷⁹

6.243. Recordamos que, ante el Grupo Especial, la Argentina invocó el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros con respecto a dos medidas. La Argentina adujo que, en el caso de que el Grupo Especial constataste que la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) y la Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales) son incompatibles con las obligaciones que corresponden a la Argentina en virtud del AGCS, ambas medidas estarían justificadas en virtud del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros.⁵⁸⁰ Habiendo constatado que las Medidas 5 y 6 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS, el Grupo Especial pasó a examinar la defensa invocada por la Argentina al amparo del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros y finalmente llegó a la conclusión de que las Medidas 5 y 6 no están justificadas en virtud del párrafo 2 a).⁵⁸¹

6.244. Resumimos brevemente las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 a). El Grupo Especial observó que, como requisito preliminar, las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a) deben ser aquellas "que afecten al suministro de servicios financieros" de conformidad con el párrafo 1 a) del Anexo sobre Servicios Financieros.⁵⁸² El Grupo Especial señaló que Panamá había propuesto un requisito adicional de carácter preliminar, a saber, "que el demandado acredite que la medida [en litigio] constituye una 'reglamentación nacional'".⁵⁸³ El Grupo Especial rechazó el argumento de Panamá a este respecto

⁵⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 5.126, 5.135, 5.142, 5.146, 5.158 y 5.172.

⁵⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.33.a (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.847).

⁵⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.781.

⁵⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.949.

⁵⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.825.

⁵⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.826 (donde se cita la segunda comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafo 2.651).

y, al hacerlo, llegó a la interpretación con la que Panamá no está de acuerdo en apelación. Concretamente, el Grupo Especial declaró que "el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros ampara todo tipo de medidas que afecten al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a) [de ese] Anexo y no solo aquellas medidas que puedan caracterizarse como 'reglamentaciones nacionales' en el sentido del Artículo VI del AGCS".⁵⁸⁴

6.245. Habiendo constatado que las Medidas 5 y 6 están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a)⁵⁸⁵, el Grupo Especial pasó a examinar si las medidas se adoptaron "por motivos cautelares" en el sentido del párrafo 2 a). El Grupo Especial dividió sus análisis en dos etapas. Como primera etapa, el Grupo Especial constató que los motivos identificados por la Argentina para adoptar las medidas eran "motivos cautelares".⁵⁸⁶ Como segunda etapa, el Grupo Especial se centró en la palabra "por" y constató que un Miembro que invoca el párrafo 2 a) debe demostrar que existe "una relación racional de causa-efecto" entre la medida que el Miembro trata de justificar al amparo del párrafo 2 a) y el motivo cautelar esgrimido para adoptarla.⁵⁸⁷ El Grupo Especial constató que las Medidas 5 y 6 no tienen esa relación racional con los motivos cautelares identificados por la Argentina y, en consecuencia, que esas medidas no se adoptaron "por" motivos cautelares en el sentido del párrafo 2 a).⁵⁸⁸ Después de formular estas constataciones el Grupo Especial no pasó a examinar, en el marco de la segunda frase del párrafo 2 a), si las medidas no se estaban utilizando como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por la Argentina en el marco del AGCS.⁵⁸⁹ Sobre esa base, el Grupo Especial concluyó que las Medidas 5 y 6 "no están amparadas por el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros".⁵⁹⁰ Estas constataciones y esta conclusión del Grupo Especial no son objeto de apelación.

6.246. Esta es la primera diferencia en que un Miembro de la OMC ha invocado el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Como señaló el Grupo Especial, el párrafo 2 a) contiene tres requisitos que se deben cumplir para que una medida esté justificada en virtud de esta disposición. En primer lugar está la cuestión previa, o preliminar, de qué tipo de medidas pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a). En segundo lugar, una medida tiene que haberse adoptado "por motivos cautelares". Por último, conforme a la segunda frase del párrafo 2 a), la medida "no se utilizará[] como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del Acuerdo". Solamente cuando una medida esté comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a) será necesario evaluar si se adoptó "por motivos cautelares" y si cumple el requisito establecido en la segunda frase del párrafo 2 a).⁵⁹¹ Observamos que la apelación de Panamá se limita a la cuestión previa identificada *supra*. Al examinar la apelación de Panamá, empezamos por una visión general de las alegaciones y argumentos de los participantes en apelación. A este respecto, nos referiremos al párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros como la "Excepción Cautelar" o la "Exención Cautelar", en función de la terminología elegida por los participantes y el Grupo Especial.⁵⁹² Seguidamente expondremos nuestra interpretación del ámbito de aplicación del párrafo 2 a) y nuestro examen de las alegaciones y argumentos presentados por Panamá en apelación.

6.4.2 Alegaciones y argumentos formulados en apelación

6.247. Panamá nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros "ampara todo tipo de medidas que afecten al

⁵⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.847.

⁵⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.858.

⁵⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.904 y 7.937. Véase también el párrafo 7.946.

⁵⁸⁷ El Grupo Especial razonó que "[u]n aspecto central de esa relación racional de causa-efecto es la adecuación de la medida al motivo cautelar, es decir, si la medida, por su diseño, estructura y arquitectura, contribuye a causar el efecto buscado". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.891. Véase también el párrafo 7.889.)

⁵⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.919, 7.920 y 7.944. Véanse también los párrafos 7.947-7.949.

⁵⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.945.

⁵⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.949.

⁵⁹¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.818-7.825.

⁵⁹² Los participantes se refieren al párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros como la "Excepción Cautelar" o la "Exención Cautelar". En su informe el Grupo Especial utilizó la expresión "Excepción Cautelar". Cuando hacemos referencia a las comunicaciones de los participantes y a las constataciones del Grupo Especial, utilizamos la terminología que ellos emplearon, sin que nosotros mismos adoptemos ni una ni otra terminología.

suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a) del ... Anexo".⁵⁹³ Alega que el Grupo Especial no dio sentido a la expresión "reglamentación nacional" del título de la Excepción Cautelar y, al hacerlo, no interpretó correctamente la Excepción Cautelar.⁵⁹⁴ A juicio de Panamá, la referencia a "reglamentación nacional" en el título de la Excepción Cautelar es "clave" porque delimita el ámbito de aplicación de la disposición o, dicho de otra manera, define el tipo de medidas que pueden ser amparadas por la disposición.⁵⁹⁵ Panamá considera que las restricciones de acceso a los mercados se tratan en el artículo XVI del AGCS, mientras que las reglamentaciones nacionales se abordan "predominantemente" en el artículo VI del AGCS⁵⁹⁶, y únicamente el último tipo de medidas podrían estar justificadas al amparo de la Excepción Cautelar.⁵⁹⁷

6.248. Panamá alega que el Grupo Especial incurrió en error en la identificación de la cuestión de interpretación que tenía ante sí. En concreto, en lugar de analizar el sentido del título del párrafo 2 a), el Grupo Especial consideró erróneamente que tenía que decidir si la Excepción Cautelar abarca solamente las medidas que constituyen una "reglamentación nacional" en el sentido del artículo VI del AGCS.⁵⁹⁸ Panamá sostiene además que, al analizar la cláusula introductoria del párrafo 2 a) -"No obstante las demás disposiciones del Acuerdo"- el Grupo Especial confundió el *tipo de medidas* abarcadas por la Excepción Cautelar con las *disposiciones del AGCS* que se pueden infringir por motivos cautelares.⁵⁹⁹ Añade que el Grupo Especial interpretó erróneamente la posición de Panamá con respecto al artículo VI al declarar que, con arreglo a la interpretación de Panamá, la Excepción Cautelar solamente ampararía infracciones de esa disposición. Panamá reitera que, con arreglo a su interpretación, la Excepción Cautelar ampararía incompatibilidades con cualquier disposición del AGCS siempre que la medida cautelar adoptada sea una "reglamentación nacional".⁶⁰⁰

6.249. En respuesta, la Argentina observa que Panamá no parece adoptar la posición de que las Medidas 5 y 6 *no* son medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios del tipo que podrían ser consideradas una reglamentación nacional a tenor del artículo VI del AGCS. Por lo tanto, la Argentina mantiene que la alegación de error formulada por Panamá no parece tener ninguna consecuencia para la solución de la presente diferencia.⁶⁰¹ Considera además que la tesis de Panamá de que el título de la Exención Cautelar define exhaustivamente el tipo de medidas comprendidas en su ámbito de aplicación es insostenible. A juicio de la Argentina, el texto del párrafo 2 a) indica que los redactores del AGCS no establecieron limitación alguna al tipo de medidas abarcadas por la excepción salvo el motivo cautelar que lleva a su adopción.⁶⁰²

6.250. La Argentina mantiene además que el intento de Panamá de definir las "reglamentaciones nacionales", en contraposición a las medidas de acceso a los mercados previstas en el artículo XVI del AGCS, está en contradicción con el texto de la disposición y llevaría a resultados "absurdos".⁶⁰³ Según la Argentina, la interpretación de Panamá excluiría del ámbito de aplicación de la excepción, por ejemplo, limitaciones de acceso a los mercados que pueden tener claramente una finalidad cautelar, como las medidas comprendidas en el párrafo 2 e) del artículo XVI del AGCS.⁶⁰⁴ La Argentina considera que la interpretación de Panamá alteraría indebidamente el equilibrio de derechos y obligaciones minuciosamente negociado al reducir el ámbito de aplicación de la Exención Cautelar.⁶⁰⁵

⁵⁹³ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.33.a (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.847).

⁵⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.16.

⁵⁹⁵ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.17.

⁵⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.27.

⁵⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 6.27 y 6.28.

⁵⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.21.

⁵⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.22.

⁶⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafos 6.25 y 6.26.

⁶⁰¹ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 152.

⁶⁰² Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 153.

⁶⁰³ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafos 154 y 155.

⁶⁰⁴ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 155. El párrafo 2 e) del artículo XVI se aplica a las "medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio".

⁶⁰⁵ Comunicación del apelado presentada por la Argentina, párrafo 155.

6.4.3 El ámbito de aplicación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros

6.251. Como se ha señalado anteriormente, la apelación de Panamá se circunscribe a la cuestión previa de qué tipo de medidas pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros. La apelación de Panamá no afecta a la interpretación de los demás requisitos del párrafo 2 a) y, por lo tanto, no los examinamos en nuestro análisis.

6.252. El párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros dispone lo siguiente:

2. *Reglamentación nacional*

- a) No obstante las demás disposiciones del Acuerdo, no se impedirá que un Miembro adopte medidas por motivos cautelares, entre ellos la protección de inversores, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria, o para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Cuando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo, no se utilizarán como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del Acuerdo.

6.253. Observamos que la palabra "medidas" figura en las dos frases de esta disposición. Según sus términos, en ninguna de las frases se identifica un tipo concreto de medida que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a). Además, observamos que el párrafo 1 a) del Anexo sobre Servicios Financieros establece el ámbito de aplicación de todas las disposiciones del Anexo y, por consiguiente, ayuda al establecer el alcance de las medidas abarcadas por el párrafo 2 a). El párrafo 1 a) estipula que el Anexo "se aplica a las medidas que afecten al suministro de servicios financieros". La utilización de la frase "las medidas que afecten al suministro de servicios financieros" en el párrafo 1 a) avala la opinión de que el párrafo 2 a) no impone restricciones específicas al tipo de medidas comprendidas en su ámbito de aplicación.

6.254. La cláusula introductoria "[n]o obstante las demás disposiciones del Acuerdo" de la primera frase del párrafo 2 a) también es pertinente para nuestra interpretación del alcance de las medidas abarcadas por esta disposición. El sentido corriente del término "*notwithstanding*" ("no obstante"), sobre la base de la definición pertinente del diccionario, es "*in spite of, without regard to or prevention by*" ("a pesar de, independientemente de o sin que lo impida").⁶⁰⁶ Esto significa que, conforme al párrafo 2 a), no se impedirá que un Miembro adopte medidas por motivos cautelares a pesar de las obligaciones que haya contraído en virtud de "las demás disposiciones del Acuerdo", siempre que esas medidas cumplan todos los requisitos del párrafo 2 a).⁶⁰⁷ La segunda frase del párrafo 2 a) confirma esta interpretación del sentido de la cláusula introductoria del párrafo 2 a). De manera específica, la segunda frase enuncia que "[c]uando esas medidas no sean conformes a *las disposiciones del Acuerdo*, no se utilizarán como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del Acuerdo".⁶⁰⁸ La referencia a "las disposiciones del Acuerdo" da a entender que esta frase se refiere también a incompatibilidades con *las demás disposiciones* del AGCS.

⁶⁰⁶ *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 1952.

⁶⁰⁷ Señalamos que el Órgano de Apelación interpretó del mismo modo una frase similar en la diferencia *CE - Preferencias arancelarias*, constatando que la frase "[n]o obstante las disposiciones del artículo I del Acuerdo General" "permite que los Miembros otorguen un 'trato diferenciado y más favorable' a los países en desarrollo 'a pesar de' la obligación [de la nación más favorecida] del párrafo 1 del artículo I" del GATT de 1994. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 90.) El Órgano de Apelación indicó también que el párrafo 1 de la Cláusula de Habilitación "[d]e este forma ... exime a los Miembros de la necesidad de cumplir la obligación contenida en el párrafo 1 del artículo I con el fin de otorgar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, con la condición de que ese trato esté de acuerdo con las condiciones estipuladas en la Cláusula de Habilitación". (*Ibid.*)

⁶⁰⁸ Sin cursivas en el original.

6.255. El hecho de que el párrafo 2 a) ampare el incumplimiento de obligaciones contraídas en el marco de "las demás disposiciones del Acuerdo" significa que se podría invocar para justificar incompatibilidades con todas las obligaciones contraídas por un Miembro en el marco del AGCS.⁶⁰⁹ Estas obligaciones comprenden, por ejemplo, la obligación de trato de la nación más favorecida de un Miembro establecida en el artículo II, los compromisos de acceso a los mercados conforme al artículo XVI, o la obligación de trato nacional establecida en el artículo XVII. Esto indica que, por ejemplo, las medidas que sean de los tipos enumerados en el párrafo 2 del artículo XVI, y que impongan restricciones de acceso a los mercados por motivos cautelares, podrían estar comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a). El tipo de medida adoptada por un Miembro (como por ejemplo las restricciones de acceso a los mercados) y la disposición del AGCS que esa medida contraviene (como por ejemplo el artículo XVI) son conceptos distintos pero relacionados. Por esta razón, no estamos de acuerdo con Panamá en que la autorización que concede la cláusula introductoria del párrafo 2 a) para apartarse de las obligaciones establecidas en "las demás disposiciones" del AGCS "no tiene ninguna consecuencia sobre el *tipo de medidas* que pueden ser incompatibles con cualquier disposición del AGCS y estar amparadas también por la Excepción Cautelar".⁶¹⁰

6.256. A este respecto, señalamos también el argumento de Panamá de que "[l]as restricciones de acceso a los mercados se tratan en el artículo XVI del AGCS, mientras que las reglamentaciones nacionales se abordan *predominantemente* en el artículo VI del AGCS", y que "las medidas estarán incluidas en la categoría de limitación de 'acceso a los mercados' o de 'reglamentación nacional'".⁶¹¹ Según Panamá, "las medidas justificables por motivos cautelares deben adoptar la forma de 'reglamentaciones nacionales' ... en contraposición, por ejemplo, a obstáculos al 'acceso a los mercados'".⁶¹² A nuestro juicio, sin embargo, al excluir las restricciones de acceso a los mercados del ámbito de aplicación del párrafo 2 a), la interpretación de Panamá significa realmente que *no se puede* invocar el párrafo 2 a) para justificar incompatibilidades con el artículo XVI. Esa exclusión es contraria a la cláusula introductoria del párrafo 2 a), que dice "[n]o obstante *las demás disposiciones*" del AGCS.⁶¹³

6.257. Con respecto al título del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros, "Reglamentación nacional", señalamos que el título forma parte del texto del párrafo 2. A nuestro juicio, el sentido y la función que se deben atribuir al título deberían ser coherentes con una interpretación adecuada del propio párrafo 2 a). A este respecto observamos que el Órgano de Apelación, en asuntos anteriores, se ha remitido al título de una disposición para reforzar su interpretación del texto de esa disposición.⁶¹⁴ Ni el Anexo sobre Servicios Financieros ni el AGCS propiamente dicho contienen una definición de la expresión "reglamentación nacional".

6.258. No obstante, el contexto que ofrece el artículo VI del AGCS, que también se titula "Reglamentación nacional", puede aclarar algo el sentido y la función del título del párrafo 2 a). Las disposiciones del artículo VI se refieren a una diversidad de medidas, que van desde las "medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios" en el párrafo 1 del artículo VI, las "decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios" en el párrafo 2 del artículo VI, y la "autorización para el suministro de un servicio" en el párrafo 3 del artículo VI,

⁶⁰⁹ En la diferencia *Estados Unidos - Gasolina*, al interpretar la frase "ninguna disposición del presente Acuerdo" del artículo XX del GATT de 1994, el Órgano de Apelación consideró que las excepciones enumeradas en el artículo XX "[a]sí pues ... guardan relación con *todas las obligaciones* resultantes del *Acuerdo General*: naturalmente, con la obligación de trato nacional y la obligación del trato de nación más favorecida, pero también con otras". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 28 (sin cursivas en el original).)

⁶¹⁰ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.23. (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original)

⁶¹¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.27. (sin cursivas en el original)

⁶¹² Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.26.

⁶¹³ Sin cursivas en el original.

⁶¹⁴ Por ejemplo, en la diferencia *Estados Unidos - Acero al carbono*, después de examinar el texto del párrafo 9 del artículo 11 y del párrafo 3 del artículo 21 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el contexto contenido en los 11 párrafos del artículo 11 de ese Acuerdo, el Órgano de Apelación indicó que en los diversos párrafos del artículo 11 "se establecen normas que se refieren principalmente al procedimiento y la prueba" y que "[t]odos ellos se relacionan con la iniciación y la realización por las autoridades de *investigaciones* en materia de derechos compensatorios". El Órgano de Apelación señaló que esta interpretación es coherente con "el título general del artículo 11: '*Iniciación y procedimiento de la investigación*'". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 67 (las cursivas figuran en el original).)

hasta las prescripciones en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas en los párrafos 4 y 5 a) del artículo VI, y los "procedimientos adecuados para verificar la competencia de los profesionales de otros Miembros" en el párrafo 6 del artículo VI. A nuestro juicio, el amplio alcance de las medidas que pueden ser abarcadas por el artículo VI indica que su título, "Reglamentación nacional", también se debe interpretar en un sentido amplio y no debe tener la función de restringir el tipo de medidas comprendidas en esa disposición. De modo similar, el título del párrafo 2 a), como el del artículo VI, a nuestro juicio no tiene esa función.

6.259. Además, como anexo del AGCS, el Anexo sobre Servicios Financieros forma "parte integrante del [AGCS]" de conformidad con su artículo XXIX y, por consiguiente, las definiciones previstas en el artículo XXVIII del AGCS también ofrecen un contexto útil para interpretar el Anexo. En particular, según el apartado a) del artículo XXVIII, a los efectos del AGCS, la palabra "medida" significa "*cualquier* medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o *en cualquier otra forma*".⁶¹⁵ El uso de la palabra "cualquier" en la expresión "*cualquier* medida" y "*cualquier* otra forma" indica que el apartado a) del artículo XXVIII no contiene ninguna exclusión *a priori* del tipo o forma que puede adoptar una medida en el marco del AGCS, incluido el Anexo sobre Servicios Financieros. Por lo tanto, el texto del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros, leído a la luz del alcance y definición del término "medida" tanto en el párrafo 1 a) del Anexo como en el apartado a) del artículo XXVIII del AGCS, no indica restricción alguna en cuanto al tipo o la forma de una "medida" comprendida en el párrafo 2 a) del Anexo.

6.260. En cuanto al objeto y fin del AGCS, observamos que en los considerandos tercero y cuarto del preámbulo del AGCS se hace referencia a los "objetivos de las políticas nacionales" de los Miembros. En el tercer considerando se hace referencia al deseo del "pronto logro de niveles cada vez más elevados de liberalización del comercio de servicios a través de rondas sucesivas de negociaciones multilaterales encaminadas a ... lograr un equilibrio general de derechos y obligaciones, respetando debidamente al mismo tiempo los objetivos de las políticas nacionales". En el cuarto considerando se reconoce "el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional". Los "objetivos de las políticas nacionales" a que se hace referencia en el preámbulo se pueden perseguir a través de diversos medios, entre ellos medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros, siempre que las medidas "afecten al suministro de servicios financieros", se adopten "por motivos cautelares" y no se "utili[ce]n como medio de eludir" los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del AGCS. Una interpretación que limitara los tipos de medidas que podrían estar abarcadas por el párrafo 2 a) no estaría en consonancia con el equilibrio de derechos y obligaciones que se reconoce expresamente en el preámbulo del AGCS.

6.261. Como indica nuestro análisis anterior⁶¹⁶, el sentido y función que se debe atribuir al título debe ser coherente con una interpretación correcta del propio párrafo 2 a). Una interpretación del párrafo 2 a) sobre la base de su texto, leído a la luz de su contexto y del objeto y fin del AGCS, indica que el párrafo 2 a) no impone restricciones específicas en cuanto al tipo de "medidas que afecten al suministro de servicios financieros" que están comprendidas en su ámbito de aplicación, siempre que también cumplan los demás requisitos del párrafo 2 a). Por consiguiente, no estamos de acuerdo con el argumento de Panamá de que el título del párrafo 2 a) "delimita el ámbito de aplicación de esta disposición" o "define el tipo de medidas que pueden estar amparadas por la Excepción Cautelar".⁶¹⁷

6.262. Sobre esta base, consideramos que la interpretación del Grupo Especial, según la cual el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros "ampara todo tipo de medidas que afecten al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a)" del Anexo⁶¹⁸, concuerda con nuestra interpretación del párrafo 2 a). No obstante, observamos que Panamá alega determinados errores con respecto a aspectos separados del análisis realizado por el Grupo Especial para llegar a esta interpretación. En la sección siguiente examinamos estos supuestos errores.

⁶¹⁵ Sin cursivas en el original.

⁶¹⁶ Véase *supra*, párrafo 6.257.

⁶¹⁷ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.17.

⁶¹⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.33.a (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.847).

6.4.4 Errores concretos que alega Panamá en la interpretación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros realizada por el Grupo Especial

6.263. Panamá alega en apelación que el Grupo Especial no identificó correctamente la cuestión de interpretación que tenía ante sí.⁶¹⁹ Concretamente, Panamá sostiene que el Grupo Especial parece haber considerado erróneamente que tenía que decidir si el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros abarca únicamente las medidas que constituyen una "reglamentación nacional" en el sentido del artículo VI del AGCS.⁶²⁰ A fin de determinar si el Grupo Especial incurrió en error al identificar la cuestión interpretativa que tenía ante sí en esta diferencia, creemos que es útil comenzar recordando los argumentos que Panamá presentó al Grupo Especial.

6.264. Panamá adujo ante el Grupo Especial que, para invocar el párrafo 2 a), "un Miembro demandado debe probar que la medida en cuestión califica como 'reglamentación nacional'".⁶²¹ A tal efecto, Panamá consideraba que se debe probar que la medida es "una norma técnica, de aptitud o de licencia del proveedor, como aquellas 'relacionadas con, por ejemplo, la calidad del servicio suministrado o la capacidad del proveedor para suministrar el servicio'".⁶²² Para respaldar este argumento, Panamá se remitió al título del párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros, "Reglamentación nacional", y sostuvo que este título informa la interpretación del párrafo 2 a) "circunscribiéndol[o] al tipo de medidas previstas en el Artículo VI del AGCS, también titulado 'Reglamentación nacional'".⁶²³ Sobre la base de estos argumentos, el Grupo Especial consideró que los argumentos de Panamá le planteaban dos cuestiones distintas:

[P]or un lado, si la referencia a "reglamentación nacional" en el título del párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros tiene el mismo significado que la referencia similar en el título del Artículo VI del AGCS; y por el otro, si el concepto de "reglamentación nacional" a que se refiere el Artículo VI del AGCS, y según Panamá, también el párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros, abarca solamente medidas relativas a títulos de aptitud, normas técnicas y licencias.⁶²⁴

6.265. El Grupo Especial empezó por la segunda cuestión que se indica más arriba. Constató que "[u]na lectura atenta del Artículo VI del AGCS nos permite constatar que las medidas relativas a títulos de aptitud, normas técnicas y licencias solo aparecen mencionadas en los párrafos 4 y 5 del Artículo VI"⁶²⁵, y que el artículo VI hace referencia a otras "reglamentaciones nacionales" en los demás apartados de ese artículo. El Grupo Especial consideró por tanto que "el universo de la 'reglamentación nacional' es, para el propio Artículo VI del AGCS, más amplio que el referente a las normas técnicas, las licencias y los títulos de aptitud".⁶²⁶ La opinión del Grupo Especial concuerda con el análisis que hemos hecho *supra* de que el artículo VI del AGCS se refiere a un amplio ámbito de medidas, que comprende "medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios" en el párrafo 1 del artículo VI, así como una diversidad de medidas descritas en los demás apartados del artículo VI.⁶²⁷ De hecho, a pesar de lo que adujo ante el Grupo Especial⁶²⁸, Panamá afirma en apelación que no discrepa de la constatación del Grupo Especial de que el universo de las reglamentaciones nacionales es más amplio que los procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y los procedimientos en materia de licencias enumerados en los párrafos 4 y 5 del artículo VI del AGCS.⁶²⁹

⁶¹⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.21. Véanse también los párrafos 6.16 y 6.31.

⁶²⁰ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.21.

⁶²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.828 (donde se cita la segunda comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafo 2.651).

⁶²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.828 (donde se cita la segunda comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafo 2.651).

⁶²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.828 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafos 2.640, 2.642 y 2.643).

⁶²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.836.

⁶²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.837.

⁶²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.838. (las cursivas figuran en el original)

⁶²⁷ Véase *supra*, párrafo 6.258.

⁶²⁸ Véase *supra*, párrafo 6.264.

⁶²⁹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.19 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.838).

6.266. El Grupo Especial pasó a analizar la primera cuestión indicada en el párrafo 6.264 *supra*, a saber, "si la referencia a 'reglamentación nacional' en el título del párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros tiene el mismo significado que la referencia similar en el título del Artículo VI del AGCS".⁶³⁰ El Grupo Especial reformuló esta cuestión como "si el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros ampara únicamente medidas que deban considerarse 'reglamentación nacional' en el sentido del Artículo VI del AGCS".⁶³¹ Remitiéndose a esta declaración del Grupo Especial, Panamá sostiene que el Grupo Especial "parece haber considerado erróneamente que tenía que decidir si la Excepción Cautelar ampara únicamente las 'reglamentaciones nacionales' en el sentido del artículo VI del AGCS".⁶³²

6.267. Como indica nuestro examen de los argumentos que Panamá presentó al Grupo Especial, este identificó la cuestión anterior en respuesta al argumento de Panamá de que el título del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros, "Reglamentación nacional", informa el ámbito de aplicación del párrafo 2 a) "*circunscribiéndol[o] al tipo de medidas previstas en el Artículo VI del AGCS, también titulado 'Reglamentación nacional'*".⁶³³ Aunque el Grupo Especial reformuló la cuestión que tenía ante sí, sus dos formulaciones de la cuestión, que se citan en el párrafo 6.266 *supra*, se refieren al mismo aspecto sustantivo planteado por Panamá, es decir, si el ámbito de aplicación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros se limita al tipo de medidas previstas en el artículo VI del AGCS, dado que ambas disposiciones se titulan "Reglamentación nacional". Así pues, contrariamente al argumento de Panamá, el Grupo Especial no identificó erróneamente la cuestión que tenía ante sí, sino que adaptó su análisis a los argumentos que Panamá había planteado sobre el ámbito de aplicación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

6.268. Después de identificar la cuestión teniendo en cuenta los argumentos que se le habían presentado, el Grupo Especial pasó a analizar el texto del párrafo 2 a). El Grupo Especial consideró que, si tuviera que interpretar que el párrafo 2 a) se refiere únicamente a medidas que constituyan una reglamentación nacional a tenor del artículo VI del AGCS, como Panamá había aducido, podría hacer inútiles algunas partes del párrafo 2 a). Concretamente, la referencia explícita a "[n]o obstante las demás disposiciones del Acuerdo" en la cláusula introductoria del párrafo 2 a) quedaría reducida simplemente a "[n]o obstante el artículo VI del Acuerdo".⁶³⁴ En el mismo sentido, el Grupo Especial expresó la preocupación de que la interpretación de Panamá "reduciría drásticamente el alcance de la Excepción Cautelar, ya que daría una válvula de escape solamente para aquellas 'reglamentaciones nacionales' que no sean conformes con el Artículo VI del AGCS, pero no para aquellas medidas que puedan estar abarcadas por otras disposiciones del AGCS (tales como las relativas al acceso a los mercados, el trato nacional o el trato NMF)".⁶³⁵

6.269. Panamá sostiene que el Grupo Especial confundió el *alcance de las infracciones* que el párrafo 2 a) podría justificar, que es el objeto de la cláusula introductoria del párrafo 2 a), con los *tipos de medidas* que podrían estar comprendidas en el párrafo 2 a).⁶³⁶ Además, señalando la preocupación que expresó el Grupo Especial de que la interpretación de Panamá "reduciría drásticamente" el alcance del párrafo 2 a)⁶³⁷, Panamá sostiene que el Grupo Especial entendió erróneamente su posición con respecto al artículo VI del AGCS. Según Panamá, no adujo que el párrafo 2 a) ampare únicamente *infracciones del artículo VI*; por el contrario, su argumento "fue siempre que la Excepción Cautelar podría amparar incompatibilidades con cualquier disposición del AGCS, siempre que la medida cautelar adoptada fuera una 'reglamentación nacional'", a diferencia, por ejemplo, de una restricción de acceso a los mercados.⁶³⁸

⁶³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.836.

⁶³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.839.

⁶³² Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.21. (las cursivas figuran en el original)

⁶³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.828 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafos 2.640, 2.642 y 2.643). (sin cursivas en el original)

⁶³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.841.

⁶³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.848.

⁶³⁶ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.22.

⁶³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.848.

⁶³⁸ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.26 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafo 2.649).

6.270. Recordamos el argumento que Panamá esgrimió ante el Grupo Especial de que el título del párrafo 2 a) informa la interpretación de esta disposición al circunscribirla al tipo de medidas previstas en el artículo VI del AGCS, también titulado "Reglamentación nacional".⁶³⁹ Así pues, parece que Panamá no sostuvo ante el Grupo Especial que las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a) deban ser *una infracción del artículo VI del AGCS*. Por el contrario, la posición que mantuvo ante el Grupo Especial era que esas medidas deben ser medidas del tipo que constituye una "reglamentación nacional" en el sentido del artículo VI, independientemente de qué disposición del AGCS infrinjan.

6.271. No obstante, recordamos nuestro análisis anterior de que el tipo de medida adoptada por un Miembro (por ejemplo las restricciones de acceso a los mercados) y la disposición infringida por esa medida (por ejemplo el artículo XVI) son conceptos distintos pero *relacionados*.⁶⁴⁰ Recordamos además el argumento de Panamá de que el párrafo 2 a) ampara únicamente medidas que reúnan los requisitos para ser consideradas una "reglamentación nacional", en contraposición, por ejemplo, a una restricción de acceso a los mercados.⁶⁴¹ No obstante, como se indica *supra*⁶⁴², al excluir las restricciones de acceso a los mercados del ámbito de aplicación del párrafo 2 a), la interpretación de Panamá significa realmente que no se puede invocar el párrafo 2 a) para justificar incompatibilidades con el artículo XVI, en contra de lo dispuesto en la cláusula introductoria del párrafo 2 a). Por lo tanto, aunque, como alega Panamá, es posible que el Grupo Especial no haya entendido la posición de Panamá con respecto al artículo VI, no incurrió en error al rechazar finalmente la interpretación de Panamá del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

6.4.5 Conclusión

6.272. Hemos constatado que una interpretación del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros sobre la base de su texto, leído a la luz de su contexto y del objeto y fin del AGCS, avala la opinión de que el párrafo 2 a) no impone restricciones específicas acerca del tipo de "medidas que afecten al suministro de servicios financieros" que están comprendidas en su ámbito de aplicación, siempre que esas medidas cumplan todos los requisitos del párrafo 2 a). También hemos examinado los argumentos de Panamá relativos a los supuestos errores en la interpretación realizada por el Grupo Especial del párrafo 2 a) y hemos discrepado de ellos. A la luz de lo anterior, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.847 de su informe, que "el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros ampara todo tipo de medidas que afecten al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a)" del Anexo.

7 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

7.1. Por las razones que se exponen en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a. con respecto al párrafo 1 del artículo II del AGCS:
 - i. constata que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la expresión "servicios similares y ... proveedores de servicios similares", y por tanto revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.186 de su informe, de que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores;
 - ii. constata que el Grupo Especial incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.235 de su informe, que una evaluación del "trato no menos favorable" en la presente diferencia "debe tener en cuenta aspectos regulatorios relativos a los servicios y los proveedores de servicios que puedan afectar a las condiciones de competencia; en particular, la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros"; y

⁶³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.828 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de Panamá al Grupo Especial, párrafos 2.640, 2.642 y 2.643).

⁶⁴⁰ Véase *supra*, párrafo 6.255.

⁶⁴¹ Comunicación del apelante presentada por Panamá, párrafo 6.26. Véanse también *supra*, párrafos 6.256 y 6.269.

⁶⁴² Véase *supra*, párrafo 6.256.

- iii. revoca la conclusión del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.367 y 8.2.b de su informe, de que las Medidas 1 a 8 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo II del AGCS;
- b. con respecto al artículo XVII del AGCS:
 - i. constata que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la expresión "servicios similares o proveedores de servicios similares", y por consiguiente revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.489 de su informe, de que los servicios y proveedores de servicios argentinos son similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores;
 - ii. constata que el Grupo Especial incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.494 de su informe, que una evaluación del "trato no menos favorable" en el marco del artículo XVII del AGCS en la presente diferencia "debe tener en cuenta aspectos regulatorios relativos a los servicios y los proveedores de servicios que puedan afectar a las condiciones de competencia ... [e]n particular ... la posibilidad de Argentina de acceder a la información fiscal de los proveedores de servicios pertinentes"; y
 - iii. revoca la conclusión del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.525 y 8.2.c de su informe, de que las Medidas 2, 3 y 4 no son incompatibles con el artículo XVII del AGCS;
- c. con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del apartado c) del artículo XIV del AGCS a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8:
 - i. constata que Panamá no ha demostrado que el Grupo Especial no centrara su análisis en los aspectos pertinentes de las medidas que dieron lugar a las constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo II del AGCS;
 - ii. constata que Panamá no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar, en el párrafo 7.655 de su informe, que estas medidas están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes; y
 - iii. constata que Panamá no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar, en el párrafo 7.740 de su informe, que estas medidas son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos argentinos pertinentes; y
- d. con respecto al párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros, constata que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.847 de su informe, que el párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros "ampara todo tipo de medidas que afecten al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a)" del Anexo.

7.2. Habida cuenta de que hemos revocado la conclusión del Grupo Especial según la cual las Medidas 1 a 8 son incompatibles con el AGCS y no nos hemos pronunciado en el presente informe sobre la compatibilidad de estas medidas con las obligaciones que corresponden a la Argentina en virtud de los acuerdos abarcados, no hacemos ninguna recomendación de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

Firmado en el original en Ginebra el 16 de marzo de 2016 por:

Seung Wha Chang
Presidente de la Sección

Ujal Singh Bhatia
Miembro

Yuejiao Zhang
Miembro

APÉNDICE

La distinción entre países cooperadores y no cooperadores se establece en el Decreto N° 589/2013. La parte pertinente del artículo 1 del Decreto N° 589/2013 figura a continuación¹:

Artículo 1° – ...

Se consideran países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados o regímenes tributarios especiales cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, aquellos que suscriban con el Gobierno de la REPUBLICA ARGENTINA un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio, siempre que se cumplimente el efectivo intercambio de información.

Dicha condición quedará sin efecto en los casos en que el acuerdo o convenio suscripto se denuncie, deje de tener aplicación por cualquier [causa] de nulidad o terminación que rigen los acuerdos internacionales, o cuando se verifique la falta de intercambio efectivo de información.

La consideración como país cooperador a los fines de la transparencia fiscal podrá ser reconocida también, en la medida en que el gobierno respectivo haya iniciado con el Gobierno de la REPUBLICA ARGENTINA las negociaciones necesarias a los fines de suscribir un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio.

Los acuerdos y convenios aludidos en el presente artículo deberán cumplir en lo posible con los estándares internacionales de transparencia adoptados por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal, de forma tal que por aplicación de las normas internas de los respectivos países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados o regímenes tributarios especiales con los cuales ellos se suscriban, no pueda alegarse secreto bancario, bursátil o de otro tipo, ante pedidos concretos de información que les realice la REPUBLICA ARGENTINA.

La ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PUBLICAS, establecerá los supuestos que se considerarán para determinar si existe o no intercambio efectivo de información y las condiciones necesarias para el inicio de las negociaciones tendientes a la suscripción de los acuerdos y convenios aludidos.

La **Medida 1** se aplica en virtud del artículo 93 c) de la Ley de Impuesto a las Ganancias, cuya parte pertinente figura a continuación²:

Cuando se paguen a beneficiarios del exterior sumas por los conceptos que a continuación se indican, se presumirá ganancia neta, sin admitirse prueba en contrario:

...

c) En el caso de intereses o retribuciones pagados por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero:

1. El cuarenta y tres por ciento (43%) cuando el tomador del crédito, préstamo o de los fondos sea una entidad regida por la Ley 21.526 o se trate de operaciones de financiación de importaciones de bienes muebles amortizables -excepto automóviles- otorgadas por los proveedores.

¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.5 (donde se cita el Decreto N° 589/2013 (Pruebas documentales ARG-35 y PAN-3 presentadas al Grupo Especial)).

² Informe del Grupo Especial, párrafo 2.13 (donde se cita la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial)). (no se reproduce la nota de pie de página)

También será de aplicación la presunción establecida en este apartado cuando el tomador sea alguno de los restantes sujetos comprendidos en el artículo 49 de la presente ley, una persona física o una sucesión indivisa, en estos casos siempre que el acreedor sea una entidad bancaria o financiera radicada en jurisdicciones no consideradas de nula o baja tributación³ de acuerdo con las normas de la presente ley y su reglamentación o se trate de jurisdicciones que hayan suscripto con la República Argentina convenios de intercambio de información y además que por aplicación de sus normas internas no pueda alegarse secreto bancario, bursátil o de otro tipo, ante el pedido de información del respectivo fisco. Las entidades financieras comprendidas en este párrafo son las que están bajo supervisión del respectivo banco central u organismo equivalente.

Idéntico tratamiento se aplicará cuando los intereses o retribuciones correspondan a bonos de deuda presentados en países con los cuales exista convenio de reciprocidad para protección de inversiones, siempre que su registración en la República Argentina conforme a las disposiciones de la Ley 23.576 y sus modificaciones, se realice dentro de los dos (2) años posteriores a su emisión.

2. El cien por ciento (100%) cuando el tomador del crédito, préstamo o fondos sea un sujeto comprendido en el artículo 49 de la presente ley, excluidas las entidades regidas por la Ley 21.526 y sus modificaciones, una persona física o una sucesión indivisa y el acreedor no reúna la condición y el requisito indicados en el segundo párrafo del apartado anterior.

La **Medida 2** se aplica en virtud de la disposición sin número agregada a continuación del artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario, que figura a continuación⁴:

Cuando se tratare de ingresos de fondos provenientes de países de baja o nula tributación -a que alude el artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado en 1997 y sus modificaciones)- cualquiera sea su naturaleza, concepto o tipo de operación de que se trate, se considerará que tales fondos constituyen incrementos patrimoniales no justificados para el tomador o receptor local.

Los incrementos patrimoniales no justificados a que se refiere el párrafo anterior con más un DIEZ POR CIENTO (10%) en concepto de renta dispuesta o consumida en gastos no deducibles, representan ganancias netas del ejercicio en que se produzcan, a los efectos de la determinación del impuesto a las ganancias y en su caso, base para estimar las operaciones gravadas omitidas del respectivo ejercicio comercial en los impuestos al valor agregado e internos.

No obstante lo dispuesto en los párrafos precedentes, la Administración Federal de Ingresos Públicos considerará como justificados aquellos ingresos de fondos a cuyo respecto el interesado pruebe fehacientemente que se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados.

La **Medida 3** se aplica en virtud del párrafo 5 del artículo 8 y el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, que figuran a continuación⁵:

Artículo 8

[N]o se considerarán ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, las operaciones comprendidas en el presente artículo que se realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación, supuesto en el que deberán aplicarse las normas del citado artículo 15.

³ Por "países de baja o nula tributación" se deben entender países no cooperadores. (Véase la nota 57 que figura en la página 17 del presente informe.)

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.17 (donde se cita la Ley de Procedimiento Tributario (Pruebas documentales ARG-45 y PAN-9 presentadas al Grupo Especial)). (no se reproduce la nota de pie de página)

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.19 (donde se cita la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial)). (no se reproduce la nota de pie de página)

Artículo 15

Las transacciones que establecimientos estables domiciliados o ubicados en el país o sociedades comprendidas en los incisos a) y b) y los fideicomisos previstos en el inciso agregado a continuación del inciso d) del primer párrafo artículo 49, respectivamente, realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en [países no cooperadores], que, de manera taxativa, indique la reglamentación, no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.

La **Medida 4** se aplica en virtud del último párrafo artículo 10 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, que figura a continuación⁶:

Tratándose de erogaciones efectuadas por empresas locales que resulten ganancias de fuente argentina para personas o entes del extranjero con los que dichas empresas se encuentren vinculadas o para personas o entes ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en jurisdicciones de baja o nula tributación, la imputación al balance impositivo sólo podrá efectuarse cuando se paguen o configure alguno de los casos previstos en el sexto párrafo de este artículo o, en su defecto, si alguna de las circunstancias mencionadas se configura dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación.

La **Medida 5** se aplica en virtud de los puntos 18 y 20 f) del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011, modificados por los artículos 1 y 2 de la Resolución SSN N° 38.284/2014, que figuran a continuación⁷:

ARTÍCULO 1: Sustituir el punto 18 del ANEXO I de la Resolución SSN N° 35.615, por el siguiente:

"Las sucursales de empresas extranjeras deberán acreditar que su casa matriz:

a) Se encuentra constituida e inscripta en países, dominios, jurisdicciones, territorios o estados asociados, considerados "cooperadores a los fines de la transparencia fiscal", conforme lo previsto en el Decreto 589/2013 y reglamentación complementaria.

Cuando la casa matriz de la sucursal de la empresa extranjera no se encuentre constituida e inscripta en los términos del párrafo anterior, deberá acreditar que se encuentra sujeta al control y fiscalización de un organismo que cumpla similares funciones a las de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, y con el cual se haya firmado memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información.

b) Se encuentra constituida e inscripta en países, dominios, jurisdicciones, territorios o estados asociados, cooperativos en el marco de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, según los criterios emanados de los documentos públicos emitidos por el GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI).

Cuando la casa matriz de la sucursal de la empresa extranjera no se encuentre constituida e inscripta en los términos del párrafo anterior, se evaluará la solicitud de autorización aplicando una mayor diligencia debida, proporcional a los riesgos, pudiendo aplicarse las contramedidas indicadas en la Recomendación 19 del GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) y su Nota Interpretativa."

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.21 (donde se cita la Ley de Impuesto a las Ganancias (Pruebas documentales ARG-42 y PAN-4 presentadas al Grupo Especial)). (no se reproduce la nota de pie de página)

⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.30 (donde se citan los artículos 1 y 2 de la Resolución SSN N° 38.284/2014 (Prueba documental ARG-47 presentada al Grupo Especial), que, respectivamente, reemplazan el texto de los puntos 18 y 20 f) del Anexo I de la Resolución SSN N° 35.615/2011). Véase también la Resolución SSN N° 35.615/2011 (Prueba documental ARG-27 presentada al Grupo Especial).

ARTICULO 2º — Sustituir el inciso f) del punto 20, del ANEXO I de la Resolución SSN N° 35.615, por el siguiente

"f) Acreditar que se encuentran constituidas e inscriptas en:

I. Países, dominios, jurisdicciones, territorios o estados asociados, considerados "cooperadores a los fines de la transparencia fiscal", conforme lo previsto en el Decreto 589/2013 y reglamentación complementaria.

Cuando no se encuentren constituidas e inscriptas en los términos del párrafo anterior, deberán acreditar que se encuentran sujetas al control y fiscalización de un organismo que cumpla similares funciones a las de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, y con el cual se haya firmado memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información.

II. Se encuentren constituidas e inscriptas en países, dominios, jurisdicciones, territorios o estados asociados, cooperativos en el marco de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, según los criterios emanados de los documentos públicos emitidos por el GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI).

Cuando no se encuentren constituidas e inscriptas en los términos del párrafo anterior, se evaluará la solicitud de autorización aplicando una mayor diligencia debida, proporcional a los riesgos, pudiendo aplicarse las contramedidas indicadas en la Recomendación 19 del GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) y su Nota Interpretativa."

La **Medida 6** se aplica en virtud del artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores, que figura a continuación⁸:

La totalidad de los sujetos indicados en el artículo 1º del presente, sólo podrán dar curso a operaciones en el ámbito de la oferta pública de valores negociables, contratos a término, futuros u opciones de cualquier naturaleza y otros instrumentos y productos financieros, cuando sean efectuadas u ordenadas por sujetos constituidos, domiciliados o que residan en dominios, jurisdicciones, territorios o Estados asociados que figuren incluidos dentro del listado de países cooperadores previsto en el artículo 2º inciso b) del Decreto N° 589/2013.

Cuando dichos sujetos no se encuentren incluidos dentro del listado mencionado en el párrafo anterior y revistan en su jurisdicción de origen la calidad de intermediarios registrados en una entidad bajo control y fiscalización de un organismo que cumpla similares funciones a las de la Comisión, sólo se deberá dar curso a ese tipo de operaciones siempre que acrediten que el Organismo de su jurisdicción de origen, ha firmado memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES.

La **Medida 7** se aplica en virtud del artículo 192 de la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero, que figura a continuación⁹:

La Inspección General de Justicia apreciará con criterio restrictivo el cumplimiento de los requisitos del artículo 188, inciso 3, subincisos b) y c) por parte de sociedades que, no siendo "off shore" ni proviniendo de jurisdicciones de ese carácter, estén constituidas, registradas o incorporadas en jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación y/o categorizadas como no colaboradoras en la lucha contra el "lavado de dinero" y el crimen transnacional.

Para ello:

1. Requerirá la acreditación de que la sociedad desarrolla de manera efectiva actividad empresarial económicamente significativa en el lugar de su constitución, registro o incorporación y/o en terceros países, para lo cual podrá exigir que la sociedad acompañe:

a) La documentación pertinente de sus últimos estados contables aprobados;

b) Una descripción en instrumento firmado por autoridad competente del país de origen o funcionario de la sociedad –cuya calidad y facultades suficientes deberán acreditarse–, de las principales operaciones realizadas durante el ejercicio económico a que correspondan los estados

⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.35 (donde se citan las Normas de la Comisión Nacional de Valores (Pruebas documentales ARG-50 y PAN-58 presentadas al Grupo Especial)). (no se reproduce la nota de pie de página)

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.37 (donde se cita la Resolución sobre las Sociedades Constituidas en el Extranjero (Pruebas documentales ARG-33 y PAN-62 presentadas al Grupo Especial)). (no se reproduce la nota de pie de página)

contables o durante el año inmediato anterior si la periodicidad de aquellos fuere inferior, indicado sus fechas, partes, objeto y volumen económico involucrado;

c) Los títulos de propiedad de los activos fijos no corrientes o los contratos que confieran derechos de explotación de bienes que tengan ese carácter, si se considera insuficiente el documento indicado sub b);

d) Todo otro documento que considere necesario a los fines indicados.

2. Podrá solicitar a los fines de la individualización de los socios, la presentación de elementos adicionales a los contemplados en [el] inciso 3 del 188, conducentes a acreditar antecedentes de los socios, comprendidos los que correspondan a condiciones patrimoniales y fiscales de los mismos.

Si las jurisdicciones a que se refiere este artículo son a la vez jurisdicciones "off shore", se aplica el artículo 193.

La **Medida 8** se aplica en virtud de la Comunicación "A" N° 4940, Numeral I, del Banco Central Argentino, que figura a continuación¹⁰:

Disponer el requisito de contar con la conformidad previa del Banco Central para el acceso al mercado de cambios para la compra de divisas por las operaciones de repatriaciones de inversiones directas e inversiones de portafolio de no residentes comprendidas en los puntos 1.13 y 1.14 de la Comunicación "A" 4662 modificados por la Comunicación "A" 4692, respectivamente, cuando el beneficiario del exterior sea una persona física o jurídica que resida o que esté constituida o domiciliada en dominios, jurisdicciones, territorios o Estados asociados que figuren incluidos dentro del listado del Decreto N° 1.344/98 Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628 y modificatorios.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.39 (donde se cita la Comunicación "A" N° 4940 (Pruebas documentales ARG-31 y PAN-71 presentadas al Grupo Especial)).