



ARGENTINA – MEDIDAS RELATIVAS AL COMERCIO DE MERCANCÍAS Y SERVICIOS

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN	15
1.1 Reclamación de Panamá	15
1.2 Establecimiento y composición del Grupo Especial	15
1.3 Actuaciones del Grupo Especial	15
2 ELEMENTOS DE HECHO	16
2.1 Introducción	16
2.2 El Decreto No. 589/2013	16
2.3 Las medidas en litigio	18
2.3.1 Introducción	18
2.3.2 Medida 1: Retención por intereses o retribuciones pagados	19
2.3.3 Medida 2: Presunción de incremento patrimonial no justificado	20
2.3.4 Medida 3: Valoración de transacciones basada en precios de transferencia	21
2.3.5 Medida 4: Regla de lo percibido para la imputación de gastos	22
2.3.6 Medida 5: Requisitos relativos a los servicios de reaseguro	22
2.3.7 Medida 6: Requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales	26
2.3.8 Medida 7: Requisitos para el registro de sucursales	26
2.3.9 Medida 8: Requisito de autorización cambiaria	28
2.4 Contexto fáctico	28
2.4.1 Introducción	28
2.4.2 Legislación argentina relevante aplicable a los países cooperadores	28
2.4.2.1 Presunción de incremento patrimonial no justificado	28
2.4.2.2 Valoración de transacciones	29
2.4.2.3 Regla de imputación de gastos	30
2.4.2.4 Requisitos para el registro de sucursales	30
2.4.2.5 Requisito de autorización cambiaria	31
2.4.3 El Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales	32
2.4.4 El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)	34
3 SOLICITUD DE CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES	34
4 ARGUMENTOS DE LAS PARTES	37
5 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS	37
6 REEXAMEN INTERMEDIO	37
6.1 Consideraciones Generales	37
6.2 La cuestión de si la Medida 5 abarca los servicios de retrocesión	38
6.3 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo II:1 del AGCS	38
6.4 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo XVII del AGCS	39
6.5 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS	39
6.6 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(d) del AGCS	39

6.7 Defensa de Argentina al amparo del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros (la Excepción Cautelar)	39
6.8 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994	40
6.9 Solicitud de modificaciones editoriales y tipográficas por parte de Argentina.....	40
7 CONSTATAACIONES.....	41
7.1 Cuestiones preliminares.....	41
7.1.1 La cuestión de si Panamá ha presentado una diferencia nueva en su primera comunicación escrita	41
7.1.2 Aspectos de la Medida 5 incluidos en nuestro mandato	43
7.1.2.1 Introducción.....	43
7.1.2.2 Desarrollo y modificaciones de la Medida 5	43
7.1.2.3 La disposición jurídica pertinente.....	45
7.1.3 La cuestión de si la Medida 5 abarca los servicios de retrocesión.....	47
7.2 Orden del análisis	50
7.3 Constataciones bajo el AGCS.....	54
7.3.1 La cuestión de si el AGCS es aplicable a las medidas en litigio	54
7.3.1.1 Principales argumentos de las partes	54
7.3.1.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial.....	56
7.3.2 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo II:1 del AGCS	66
7.3.2.1 Principales argumentos de las partes	66
7.3.2.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial.....	71
7.3.3 Alegaciones de Panamá al amparo de los Artículos XVI:1 y XVI:2 del AGCS.....	113
7.3.3.1 Principales argumentos de las partes	113
7.3.3.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial.....	117
7.3.4 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo XVII del AGCS	127
7.3.4.1 Principales argumentos de las partes	127
7.3.4.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial.....	130
7.3.5 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS	147
7.3.5.1 Principales argumentos de las partes	147
7.3.5.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial.....	156
7.3.6 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(d) del AGCS	200
7.3.6.1 Principales argumentos de las partes	200
7.3.6.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial.....	203
7.3.7 Defensa de Argentina bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros ("Excepción Cautelar").....	203
7.3.7.1 Principales argumentos de las partes	203
7.3.7.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial.....	211
7.4 Constataciones bajo el GATT de 1994	241
7.4.1 Introducción	241
7.4.2 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994.....	241
7.4.2.1 Principales argumentos de las partes	241

7.4.2.2	Evaluación realizada por el Grupo Especial	245
7.4.3	Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo III:4 del GATT de 1994	258
7.4.3.1	Principales argumentos de las partes	258
7.4.3.2	Evaluación realizada por el Grupo Especial	260
7.4.4	Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo XI:1 del GATT de 1994.....	261
7.4.4.1	Principales argumentos de las partes	261
7.4.4.2	Evaluación realizada por el Grupo Especial	263
7.4.5	Defensa de Argentina al amparo del Artículo XX(d) del GATT de 1994.....	265
7.4.5.1	Principales argumentos de las partes	265
7.4.5.2	Evaluación realizada por el Grupo Especial	265
8	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	266
APÉNDICE 1.- LISTA DE COMPROMISOS ESPECÍFICOS DE ARGENTINA		
	(GATS/SC/4) DE 15 DE ABRIL DE 1994	269

LISTA DE ANEXOS ANEXO A

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo A	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial	A-1

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

PANAMÁ

Índice		Página
Anexo B-1	Primera parte del resumen ejecutivo de los argumentos de Panamá	B-2
Anexo B-2	Segunda parte del resumen ejecutivo de los argumentos de Panamá	B-17

ARGENTINA

Índice		Página
Anexo B-3	Primera parte del resumen ejecutivo de los argumentos de Argentina	B-32
Anexo B-4	Segunda parte del resumen ejecutivo de los argumentos de Argentina	B-46

ANEXO C

ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen ejecutivo de los argumentos del Reino de Arabia Saudita	C-2
Anexo C-2	Resumen ejecutivo de los argumentos de Brasil	C-4
Anexo C-3	Resumen ejecutivo de los argumentos de los Estados Unidos	C-7
Anexo C-4	Resumen ejecutivo de los argumentos de la Unión Europea	C-13

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Argentina – Medidas relativas a la importación</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Argentina – Medidas que afectan a la importación de mercancías</i> , WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R, adoptados el 26 de enero de 2015
<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>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 – Textiles y prendas de vestir</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Argentina – Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos</i> , WT/DS56/AB/R y Corr.1, adoptado el 22 de abril de 1998
<i>Australia – Salmón</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón</i> , WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
<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 – Aeronaves</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
<i>Canadá – Automóviles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000
<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 – Amianto</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto</i> , WT/DS135/R y Add.1, adoptado el 5 de abril de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS135/AB/R
<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

Título abreviado	Título completo y referencia
<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 (Estados Unidos)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de los Estados Unidos</i> , WT/DS27/R/USA, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE – Banano III (Guatemala y Honduras)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de Guatemala y Honduras</i> , WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE – Banano III (México)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de México</i> , WT/DS27/R/MEX, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE – Embarcaciones comerciales</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas – Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales</i> , WT/DS301/R, adoptado el 20 de junio de 2005
<i>CE – Preferencias arancelarias</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo</i> , WT/DS246/R, adoptado el 20 de abril de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS246/AB/R
<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>Chile – Sistema de bandas de precios</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas</i> , WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>China – Materias primas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas</i> , WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptados el 22 de febrero de 2012
<i>China – Materias primas</i>	Informes del Grupo Especial, <i>China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas</i> , WT/DS394/R, Add.1 y Corr.1 / WT/DS395/R, Add.1 y Corr.1 / WT/DS398/R, Add.1 y Corr.1, adoptados el 22 de febrero de 2012, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R
<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
<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>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

Título abreviado	Título completo y referencia
<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 – Algodón americano (upland)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/R y Add.1 a Add.3, adoptado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS267/AB/R
<i>Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998</i> , WT/DS176/AB/R, adoptado el 1º de febrero de 2002
<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</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón</i> , WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
<i>Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 del ESD – Malasia)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón – Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001
<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 1º 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 – Cigarrillos de clavo de olor</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor</i> , WT/DS406/R, adoptado el 24 de abril de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS406/AB/R
<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 (Artículo 21.5 del ESD – 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 – 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 – 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

Título abreviado	Título completo y referencia
<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>Estados Unidos – Ley de 1916</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916</i> , WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000
<i>Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000</i> , WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003
<i>Estados Unidos – Madera blanda IV</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004
<i>Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas</i> , WT/DS320/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
<i>Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping sobre determinados productos procedentes de China</i> , WT/DS449/AB/R y Corr.1, adoptado el 22 de julio de 2014
<i>Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (Artículo 21.5 del ESD – CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") – Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS294/AB/RW y Corr.1, adoptado el 11 de junio de 2009
<i>Guatemala – Cemento I</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Guatemala – Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México</i> , WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998
<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>India – Restricciones cuantitativas</i>	Informe del Grupo Especial, <i>India – Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales</i> , WT/DS90/R, adoptado el 22 de septiembre de 1999, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS90/AB/R
<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>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 – Telecomunicaciones</i>	Informe del Grupo Especial, <i>México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones</i> , WT/DS204/R, adoptado el 1º de junio de 2004
<i>República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos</i> , WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005
<i>República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos</i>	Informe del Grupo Especial, <i>República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos</i> , WT/DS302/R, adoptado el 19 de mayo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS302/AB/R
<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

**PRUEBAS DOCUMENTALES MENCIONADAS EN
EL PRESENTE INFORME**

Prueba documental	Título abreviado	Título completo
ARG-5	OCDE, Competencia Fiscal Nociva – Un Tema Global Emergente (1998)	OCDE, Competencia Fiscal Nociva – Un Tema Global Emergente (<i>OECD, Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue</i>), 1998
ARG-6	OCDE, Hacia una cooperación mundial en materia tributaria (2000)	OCDE, Hacia una cooperación mundial en materia tributaria. Informe para la reunión del Consejo de Ministros del 2000 y Recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales: Avances en la identificación y eliminación de prácticas fiscales perniciosas (<i>OECD 2000 Report, Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices</i>)
ARG-7	OCDE, Informe 2001	Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2001 (<i>OECD 2001 Report, The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report</i>)
ARG-8	Nota del Ministro de Economía y Finanzas de Panamá al Secretario General de la OCDE (2002)	Nota del Ministro de Economía y Finanzas de Panamá al Secretario General de la OCDE, 15 de abril de 2002
ARG-9	OCDE, Informe 2004	Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2004 (<i>OECD 2004 Report, The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report</i>)
ARG-10	Foro Global, Un proceso para lograr un campo de juego nivelado global (2004)	OCDE, Un proceso para lograr un campo de juego nivelado global, Foro Global, Berlín, 3-4 junio 2004 (<i>OECD, A Process for Achieving a Global Level Playing Field, Global Forum on Taxation</i>), Berlín, 3-4 junio 2004
ARG-14	G-20, Declaración de la Cumbre sobre los Mercados Financieros y la Economía Mundial (2008)	G-20, Declaración de la Cumbre sobre los Mercados Financieros y la Economía Mundial (G-20, <i>Declaration Summit on Financial Markets and the World Economy</i>), 15 noviembre 2008
ARG-15	G-20, Declaración de los dirigentes (2009)	G-20, Declaración de los dirigentes, Cumbre de Pittsburgh (G-20, <i>Leader's Statement, The Pittsburgh Summit</i>), 24-27 septiembre 2009
ARG-17	OCDE, Foro Global, Avanzando hacia estándares globales de transparencia e intercambio de información con fines fiscales (2009)	OCDE, Foro Global, Avanzando hacia estándares globales de transparencia e intercambio de información con fines fiscales (<i>OECD Global Forum, Moving Forward on the Global Standards of Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes</i>), México, 1-2 septiembre 2009
ARG-19	G-20, Declaración Final de la Cumbre de Cannes: Construyendo nuestro futuro en común (2011)	G-20, Declaración Final de la Cumbre de Cannes: Construyendo nuestro futuro en común: Acción colectiva renovada en beneficio de todos (G-20, <i>Cannes Summit Final Declaration: Building our Common Future: Renewed Collective Action for the Benefit of All</i>), 2011
ARG-20	G-20, Declaración de los dirigentes (2012)	G-20, Declaración de los dirigentes (G-20, <i>Leaders Declaration</i>), Los Cabos, México, 2012
ARG-21	Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (2013)	OCDE, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (<i>OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting</i>), 2013

Prueba documental	Título abreviado	Título completo
ARG-22	OCDE, Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (2013)	OCDE, Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (<i>OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting</i> (BEPS), 2013)
ARG-24	OCDE, <i>Detrás del velo corporativo – Utilización de entidades corporativas para propósitos ilegales</i> (2001)	OCDE, Detrás del velo corporativo – utilización Utilización de entidades corporativas para propósitos ilegales (<i>OECD, Behind the Corporate Veil – Using Corporate Entities for Illicit Purposes</i>), 2001
ARG-25	GAFI, Recomendaciones del GAFI (2012)	GAFI – Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación, Las Recomendaciones del GAFI, Febrero 2012
ARG-26	GAFISUD, Recomendaciones del GAFI (2012)	GAFISUD – Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación, Las Recomendaciones del GAFI, Febrero 2012
ARG-32	Ley sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo	Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo de 5 de mayo de 2000
ARG-36	Foro Global, Transparencia fiscal 2013	Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, Transparencia Fiscal – 2013 – Informe sobre Progreso (<i>Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Tax Transparency 2013: Report on Progress</i>), 2013
ARG-40	Foro Global, Términos de Referencia (2010)	Foro Global, Términos de Referencia para supervisar y examinar el avance hacia la transferencia y el intercambio de información con fines fiscales (<i>OECD, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Terms of Reference to Monitor and Review Progress Towards Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes</i>), 2010
ARG-41	OCDE, Cooperación en Materia Tributaria 2009: Hacia un Campo de Juego Nivelado	OCDE, Cooperación en Materia Tributaria 2009: Hacia un Campo de Juego Nivelado (<i>OECD, Tax Cooperation 2009 – Towards a level playing field, 2009 Assessment by the Global Forum on Transparency and Exchange of Information</i>)
ARG-44	AFIP, Sociedades Off-shore – Maniobras fraudulentas y planificación fiscal nociva	Administración Federal de Ingresos Públicos, Sociedades Off-shore – Maniobras fraudulentas y planificación fiscal nociva, 2013
ARG-47	Resolución SSN No. 38.284/2014	Resolución No. 38.284 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 21 de marzo de 2014
ARG-64	Resolución IGJ No. 1/2014	Resolución General de la Inspección General de Justicia No. 1/2014, de 8 de abril de 2014
ARG-71	Comunicación "C" No. 65366	Comunicación "C" No. 65366 del Banco Central de la República Argentina, de 26 de febrero de 2014
ARG-75	Comunicación "A" No. 5237	Comunicación "A" No. 5237 del Banco Central de la República Argentina, de 28 de octubre de 2011
ARG-85	G-20, Declaración sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios (2004)	G-20, Declaración sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios (<i>G-20 Statement on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes</i>), 21 noviembre 2004
ARG-87	G-20, Declaración de la Cumbre de San Petersburgo (2013)	G-20, Declaración de la Cumbre de San Petersburgo, (<i>G-20 Declaration, Saint Petersburg Summit</i>), 5-6 septiembre 2013
ARG-88	ASSAL, Criterios generales de solvencia – Operaciones de reaseguro	Asociación de Superintendentes de Seguros de América Latina (ASSAL), Criterios generales de solvencia – Operaciones de reaseguro, agosto de 1999
ARG-90	G-20, Declaración de la Cumbre de Toronto (2010)	G-20, Declaración de la Cumbre de Toronto (<i>G-20 Toronto Summit Declaration</i>), 26-27 junio 2010

Prueba documental	Título abreviado	Título completo
ARG-94	ITIO, Nivelando el campo de juego (2005)	International Trade and Investment Organization (ITIO), Nivelando el campo de juego, OCDE, Foro Global (<i>Leveling the playing field, OECD Global Tax Forum</i>), Melbourne, 15-16 noviembre 2005
ARG-114	Comunicado, Reunión de los Ministros de Finanzas y los Gobernadores de los Bancos Centrales (2009)	Comunicado, Reunión de los Ministros de Finanzas y los Gobernadores de los Bancos Centrales (<i>Communiqué, Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors</i>), Reino Unido, 2009
ARG-128	Reunión de los Ministros de Finanzas y Gobernadores de los Bancos Centrales del G-20 (2014)	Reunión de los Ministros de Finanzas y Gobernadores de los Bancos Centrales del G-20 (<i>Meeting of G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors</i>), Cairns, 20-21 septiembre 2014
ARG-135	Resolución SSN No. 38.708/2014	Resolución No. 38.708 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y su Anexo: Reglamento General de la Actividad Aseguradora (RGAA), de 6 de noviembre de 2014
ARG-140	IAIS, Riesgo Sistémico y el Sector de Seguros (2009)	Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, Riesgo Sistémico y el Sector de Seguros (<i>International Association of Insurance Supervisors, Systemic Risk and the Insurance Sector</i>), 25 octubre 2009
PAN-1	RIG	Decreto No. 1344 que establece el Reglamento de la Ley del Impuesto a las Ganancias, de 19 de noviembre de 1998
PAN-19	Lista de Compromisos Específicos de Argentina	Lista de compromisos específicos de Argentina, GATS/SC/4, de 15 de abril de 1994
PAN-35	Fundación Mapfre, Introducción al reaseguro	Fundación MAPFRE, Introducción al reaseguro, http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1062314
PAN-47	Nota de la Secretaría de la OMC sobre pruebas de necesidades económicas (2001)	Nota de la Secretaría de la OMC sobre "Las pruebas de necesidades económicas", S/CSS/W/118, de 30 de noviembre de 2001
PAN-83	Principios Constitucionales en Materia Tributaria	Principios de Derecho Constitucional Argentino en Materia Tributaria
PAN-3 / ARG-35	Decreto No. 589/2013	Decreto No. 589 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de mayo de 2013
PAN-3 / ARG-37	Resolución AFIP No. 3.576/2013	Resolución General No. 3.576 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de diciembre de 2013
PAN-4 / ARG-42	Ley del Impuesto a las Ganancias	Ley No. 20.628 del Impuesto a las Ganancias, de 29 de diciembre de 1973
PAN-9 / ARG-45	Ley de Procedimiento Tributario	Ley No. 11.683 de Procedimiento Tributario, de 13 de julio de 1998
PAN-34 / ARG-43	Ley de Sociedades Comerciales	Ley No. 19.550 de Sociedades Comerciales, de 3 de abril de 1972
PAN-36 / ARG-27	Resolución SSN No. 35.615/2011	Resolución No. 35.615 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 11 de febrero de 2011
PAN-40 / ARG-48	Resolución SSN No. 35.794/2011	Resolución No. 35.794 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 19 de mayo de 2011
PAN-45 / ARG-39	Directrices de 2001	Directrices para la consignación en Listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, S/L/92

Prueba documental	Título abreviado	Título completo
PAN-46 / ARG-79	Directrices de 1993	Consignación en Listas de los compromisos iniciales en la esfera del comercio de servicios: Nota explicativa, MTN.GNS/W/164, de 3 de septiembre de 1993
PAN-48 / ARG-49	Ley del Mercado de Capitales	Ley No. 26.831 de Mercado de Capitales, de 27 de diciembre de 2012
PAN-58 / ARG-50	Normas CNV 2013	Normas de la Comisión Nacional de Valores, Nuevo Texto 2013 (Título XI), aprobado por la Resolución General No. 622
PAN-62 / ARG-33	Resolución IGJ No. 7/2005	Resolución General No. 7 de la Inspección General de Justicia, de 25 de agosto de 2005 (Libro III, Título III)
PAN-67 / ARG-69	Comunicación "A" No. 4662	Comunicación "A" No. 4662 del Banco Central de la República Argentina, de 11 de mayo de 2007
PAN-68 / ARG-70	Comunicación "A" No. 4692	Comunicación "A" No. 4692 del Banco Central de la República Argentina, de 31 de julio de 2007
PAN-71 / ARG-31	Comunicación "A" No. 4940	Comunicación "A" No. 4940 del Banco Central de la República Argentina, de 12 de mayo de 2009

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviatura	Descripción
AEOI	<i>Automatic exchange of financial account information</i> (Intercambio automático de información financiera)
AFIP	Administración Federal de Ingresos Públicos
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ALD/LFT	Lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo
ASSAL	Asociación de Superintendentes de Seguros de América Latina
BCRA	Banco Central de la República Argentina
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (Erosión de la base imponible y traslado de beneficios)
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNV	Comisión Nacional de Valores
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DDC	Diligencia debida con respecto al cliente
EOIR	<i>Exchange of information on request</i> (Intercambio de información a petición)
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
FMI	Fondo Monetario Internacional
Foro Global	Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales
FSRB	<i>FATF-style regional body</i> (Organismo regional análogo al GAFI)
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
G-20	Grupo de los 20
IAIS	<i>International Association of Insurance Supervisors</i> (Asociación Internacional de Supervisores de Seguros)
IGJ	Inspección General de Justicia
IOSCO	<i>Organization of Securities Commissions</i> (Organización Internacional de Comisiones de Valores)
LIG	Ley del Impuesto a las Ganancias
LPT	Ley de Procedimiento Tributario
LSC	Ley de Sociedades Comerciales
MULC	Mercado Único Libre de Cambios
N.T. 2013	Nuevo Texto de las Normas de la CNV 2013
NMF	Nación más favorecida
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
País cooperador	País cooperador a los fines de la transparencia fiscal
País no cooperador	País no cooperador a los fines de la transparencia fiscal
PRP	<i>Peer review process</i> (Proceso de revisión por los pares)
RAE	Real Academia Española
RIG	Reglamento de la Ley del Impuesto a las Ganancias
SSN	Superintendencia de Seguros de la Nación

1 INTRODUCCIÓN

1.1 Reclamación de Panamá

1.1. El 12 de diciembre de 2012, Panamá solicitó la celebración de consultas con Argentina de conformidad con el Artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), el Artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994) y el Artículo XXII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) con respecto a las medidas y alegaciones que se exponen más adelante.¹

1.2. Las consultas se celebraron el 5 de febrero de 2013 en Ginebra pero no permitieron resolver la diferencia.²

1.2 Establecimiento y composición del Grupo Especial

1.3. El 13 de mayo de 2013, Panamá solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el Artículo 6 del ESD, con el mandato uniforme.³ En su reunión de 25 de junio de 2013, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableció un grupo especial en respuesta a la solicitud presentada por Panamá en el documento WT/DS453/4, en virtud del Artículo 6 del ESD.⁴

1.4. El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por Panamá en el documento WT/DS453/4 y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.⁵

1.5. El 30 de octubre de 2013, Panamá solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial, de conformidad con el Artículo 8.7 del ESD. El 11 de noviembre de 2013, el Director General procedió en consecuencia a establecer la composición del Grupo Especial, que es la siguiente:

Presidente:	Sr. Pierre Pettigrew
Miembros:	Sr. Gonzalo de las Casas Sr. Rodrigo Valenzuela

1.6. Australia, Brasil, China, Ecuador, los Estados Unidos, Guatemala, Honduras, India, Omán, el Reino de Arabia Saudita, Singapur y la Unión Europea notificaron su interés en participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.⁶

1.3 Actuaciones del Grupo Especial

1.7. El 12 de diciembre de 2013, tras celebrar consultas con las partes, el Grupo Especial adoptó su Procedimiento de trabajo⁷ y su calendario, que fueron posteriormente revisados el 24 de marzo y el 23 de mayo de 2014, respectivamente.

1.8. El Grupo Especial celebró la primera reunión sustantiva con las partes el 23 y 24 de septiembre de 2014. La sesión destinada a los terceros tuvo lugar el 24 de septiembre de 2014. El Grupo Especial celebró la segunda reunión sustantiva con las partes el 27 y 28 de enero de 2015. El 27 de marzo de 2015, el Grupo Especial dio traslado de la parte

¹ Solicitud de celebración de consultas presentada por Panamá (WT/DS453/1).

² Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá (WT/DS453/4).

³ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá.

⁴ Véase el Acta de la Reunión del Órgano de Solución de Diferencias celebrada en el Centro William Rappard el 25 de junio de 2013 (WT/DSB/M/333).

⁵ Constitución del Grupo Especial establecido a petición de Panamá (WT/DS453/5), párr. 2.

⁶ Constitución del Grupo Especial establecido a petición de Panamá, párr. 5.

⁷ Véase el Procedimiento de trabajo del Grupo Especial en el Anexo A.

expositiva de su informe a las partes. El Grupo Especial dio traslado de su informe provisional a las partes el 22 de mayo de 2015. El Grupo Especial dio traslado de su informe definitivo a las partes el 30 de junio de 2015.

2 ELEMENTOS DE HECHO

2.1 Introducción

2.1. La presente diferencia concierne a ocho medidas de corte financiero, tributario, cambiario y registral impuestas por Argentina principalmente⁸ a los servicios y los proveedores de servicios de países que Argentina califica de "países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal"⁹ (en adelante, países no cooperadores).¹⁰ La clasificación de un país como "país cooperador a los fines de la transparencia fiscal" (en adelante, país cooperador) está contemplada en el Decreto No. 589/2013.¹¹

2.2. En esta sección de su informe, el Grupo Especial comenzará por describir en primer lugar el Decreto No. 589/2013, que constituye el común denominador de las ocho medidas impugnadas por Panamá. A continuación, se describirán las ocho medidas en litigio, así como su contexto fáctico más amplio, que comprende la legislación argentina relevante aplicable a los países cooperadores, los estándares de transparencia fiscal del Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales (en adelante, el Foro Global) y las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

2.3. En la medida en que las partes discrepen sobre alguna cuestión fáctica que necesite ser resuelta, el Grupo Especial la abordará en sus constataciones.

2.2 El Decreto No. 589/2013

2.4. El Decreto No. 589/2013 es el elemento vertebrador de las ocho medidas impugnadas por Panamá puesto que todas se refieren a los servicios y proveedores de servicios¹² de países que no resulten catalogados como cooperadores en los términos de dicho Decreto.¹³

2.5. El Decreto No. 589/2013, que no constituye una de las medidas en litigio, establece los requisitos para que Argentina otorgue la condición de país cooperador a un país, dominio, jurisdicción, territorio, estado asociado o régimen tributario especial.¹⁴ El Artículo 1º de este Decreto estipula en su parte relevante lo siguiente:

Artículo 1º — ...

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.

⁸ Panamá ha alegado que dos de las ocho medidas en litigio (las Medidas 2 y 3 descritas más adelante) afectan también al comercio de mercancías.

⁹ El Grupo Especial observa que Panamá, en su argumentación, se refiere a "países beneficiados" y "países excluidos" para referirse a lo que Argentina denomina "países cooperadores" y "países no cooperadores", respectivamente. El Grupo Especial, no obstante, ha decidido usar la terminología empleada en el Decreto No. 589/2013.

¹⁰ Ciertos requisitos de la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) se aplican a todos los países extranjeros, sean éstos cooperadores o no cooperadores.

¹¹ Decreto No. 589 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de 27 de mayo de 2013 (Decreto No. 589/2013), pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

¹² Véase la nota de pie de página 8 *supra*.

¹³ Véase la nota de pie de página 10 *supra*.

¹⁴ El Decreto No. 589/2013 reemplaza las referencias a "países de baja o nula tributación" presentes en la Ley del Impuesto a las Ganancias y en el Reglamento a dicha Ley por "países no considerados 'cooperadores a los fines de la transparencia fiscal'". Véase el artículo 1º del Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

Dicha condición quedará sin efecto en los casos en que el acuerdo o convenio suscrito 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 ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA 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.

2.6. El Artículo 2º del Decreto No. 589/2013 faculta a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) para "elaborar el listado de los países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, publicarlo en su sitio 'web' (<http://www.afip.gob.ar>) y mantener actualizada dicha publicación, en función de lo dispuesto en el presente decreto".¹⁵ Según Argentina, esta lista se actualizaría anualmente al inicio del año fiscal.¹⁶

2.7. Al momento de trasladar este informe a las partes, la lista de países que Argentina considera cooperadores sigue siendo la publicada en la página web de la AFIP el 1 de enero de 2014 en virtud de la Resolución General de la AFIP No. 3.576/2013¹⁷ y contiene los siguientes países: Albania, Alemania, Andorra, Angola, Anguila, Arabia Saudita, Armenia, Aruba, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bélgica, Belice, Bermudas, Bolivia, Brasil, Caimán, Canadá, República Checa, Chile, China, Ciudad del Vaticano, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Cuba, Curazao, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Emiratos Árabes, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Feroe, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Groenlandia, Guatemala, Guernesey, Haití, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Isla de Man, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jersey, Kazajistán, Kenia, Kuwait, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macao, Macedonia, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Montserrat, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Dominicana, Rumania, Rusia, San Marino, Sint Maarten, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Túnez, Islas Turcas y Caicos, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela, Vietnam e Islas Vírgenes Británicas.

2.8. De acuerdo con el Artículo 1º de la Resolución AFIP No. 3.576/2013, estos países cooperadores se clasifican en tres categorías: a) Cooperadores que suscribieron Convenio de Doble

¹⁵ Artículo 2º(b) del Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

¹⁶ Respuesta de Argentina a las preguntas del Grupo Especial No. 9(b), párr. 14 y No. 10(b)(ii) y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 41. Durante la segunda reunión sustantiva, Argentina declaró que "[e]n atención a la posición actual de Panamá de no negociar un acuerdo con Argentina, la AFIP se encuentra reconsiderando el mantenimiento de dicho país [Panamá] en la calidad de país cooperador a los fines de la transparencia fiscal. Esta reconsideración se inscribe en la adecuación dinámica de altas y bajas en la listas de países cooperantes en la actualización de este año, conforme a los criterios que establece la legislación". Véase la declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrs. 42 y 43.

¹⁷ Resolución General No. 3.576 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (Resolución AFIP No. 3.576/2013), de 27 de diciembre de 2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-37.

Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información, con evaluación positiva de efectivo cumplimiento de intercambio de información; b) Cooperadores con los cuales habiéndose suscrito Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información, no haya sido posible evaluar el efectivo intercambio, y c) 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.¹⁸

2.3 Las medidas en litigio

2.3.1 Introducción

2.9. Panamá impugna las siguientes ocho medidas en la presente diferencia:¹⁹

Medida No.	Denominación
1	Trato tributario en el cobro del impuesto a las ganancias sobre determinadas transacciones que involucran a los países no cooperadores (en adelante, retención por intereses o retribuciones pagados)
2	Trato tributario impuesto sobre los ingresos de fondos de los países no cooperadores (en adelante, presunción de incremento patrimonial no justificado)
3	Valoración de transacciones con sujetos de los países no cooperadores (en adelante, valoración de transacciones basada en precios de transferencia)
4	Criterios para la aplicación de deducciones (en adelante, regla de lo percibido ²⁰ para la imputación de gastos)
5	Medidas que afectan al comercio de servicios de reaseguro y retrocesión ²¹ (en adelante, requisitos relativos a los servicios de reaseguro)
6	Medidas que afectan al comercio de instrumentos financieros (en adelante, requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales)
7	Requisitos para el registro de sociedades, sucursales y accionistas de determinados proveedores de servicios extranjeros (en adelante, requisitos para el registro de sucursales)
8	Medidas que afectan a la repatriación de inversiones (en adelante, requisito de autorización cambiaria)

2.10. Las ocho medidas impugnadas por Panamá que se describen a continuación reflejan la distinción entre países cooperadores y no cooperadores establecida por el Decreto No. 589/2013.²² Así, la retención por intereses o retribuciones pagados (Medida 1), la presunción de incremento patrimonial no justificado (Medida 2), la valoración de transacciones basada en precios de transferencia (Medida 3) y la regla de lo percibido para la imputación de gastos (Medida 4) contienen referencias expresas a las "jurisdicciones de baja o nula tributación", referencia que ha sido reemplazada por "jurisdicciones no consideradas 'cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal'" en virtud del Decreto No. 589/2013. En el caso de la Medida 2, cuya base jurídica es el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario (LPT), existe un vínculo expreso con la Ley del Impuesto a las Ganancias en el texto de la disposición.

2.11. Los requisitos relativos a los servicios de reaseguro (Medida 5) y al acceso al mercado argentino de capitales (Medida 6) contienen una referencia expresa al Decreto No. 589/2013. En cuanto a los requisitos para el registro de sucursales (Medida 7), el Artículo 192 de la Resolución

¹⁸ Resolución AFIP No. 3.576/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-37.

¹⁹ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá.

²⁰ Argentina se refiere también a esta regla como el "criterio de percibido". Véase la primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 1, párr. 109. Panamá, por su parte, se refiere a la medida de manera abreviada como la regla de "la imputación de gastos al momento del pago". Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.498, 2.524, 2.526-2.527, 2.533, 2.535, 2.540, 2.542, 2.544 y 2.571.

²¹ Las partes discrepan sobre la inclusión de los servicios de retrocesión dentro del ámbito de la Medida 5. El Grupo Especial considerará este asunto en sus constataciones.

²² Recordamos que ciertos requisitos de la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) se aplican a todos los países extranjeros, sean éstos cooperadores o no cooperadores. Véase la nota de pie de página 10 *supra*.

IGJ No. 7/2005 de la Inspección General de Justicia (IGJ) se refiere a "jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación". La redacción de este artículo fue actualizada por el Artículo 1 de la Resolución IGJ No. 1/2014, que introdujo la expresión "países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal".²³ Finalmente, el requisito de autorización cambiaria (Medida 8) contenido en la Comunicación "A" 4940 del Banco Central de la República Argentina (BCRA) se refiere a los "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". Esta expresión fue reemplazada a través de la Comunicación "C" 65366 del BCRA, que introduce la terminología propia del Decreto No. 589/2013.²⁴

2.12. Examinamos a continuación las ocho medidas en litigio.

2.3.2 Medida 1: Retención por intereses o retribuciones pagados

2.13. La Medida 1 consiste en una presunción legal de que los pagos realizados a acreedores²⁵ ubicados en países no cooperadores como contraprestación al otorgamiento de créditos o préstamos o a la colocación de fondos desde el extranjero representan una ganancia neta del 100% a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias. Argentina mantiene esta medida en virtud del Artículo 93(c) de la Ley del Impuesto a las Ganancias (LIG).²⁶ Esta disposición estipula, en su parte relevante, lo siguiente:

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.

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 tributación²⁷ 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

²³ Resolución General No. 1/2014 de la Inspección General de Justicia, de 8 de abril de 2014 (Resolución IGJ No. 1/2014), prueba documental ARG-64.

²⁴ Comunicación "C" No. 65366 del Banco Central de la República Argentina, de 26 de febrero de 2014 (Comunicación "C" No. 65366), prueba documental ARG-71.

²⁵ Panamá especifica que "[b]ajo esta categoría están los servicios brindados por bancos o entidades financieras de los países [no cooperadores] a consumidores en Argentina que no son entidades bancarias o financieras". Véase la primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.9. Véase también la primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.10.

²⁶ Ley No. 20.628 del Impuesto a las Ganancias, de 29 de diciembre de 1973 (Ley del Impuesto a las Ganancias), pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

²⁷ Las referencias a "países de baja o nula tributación" deben ser entendidas como referencias a países no cooperadores. Véase la nota de pie de página 14 *supra*.

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.

2.14. Por lo tanto, la norma presume, sin posibilidad de prueba en contrario, ganancia neta en el caso de intereses o retribuciones pagados por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero. Para determinar la base imponible a efectos de tributación del impuesto a las ganancias, la norma distingue el porcentaje a aplicar según si el acreedor²⁸ que ha prestado el servicio al consumidor argentino está ubicado en un país cooperador o en un país no cooperador: (i) si se encuentra ubicado en un país cooperador, se presume una ganancia neta del 43%; (ii) si, por el contrario, está ubicado en un país no cooperador, la ganancia neta presumida es del 100%. Sobre estas bases, Argentina aplica una alícuota del 35% en ambos casos.²⁹

2.15. Asimismo, 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 LIG, una persona física o una sucesión indivisa, pero no cuando se trata de una entidad financiera regida por la Ley 21.526.³⁰

2.16. La medida se aplica a los intereses o retribuciones pagados por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero.³¹ Argentina señala que "[l]as compensaciones, recuperos de gastos, comisiones y similares que los acreedores puedan percibir como consecuencia o en ocasión del otorgamiento de préstamos, créditos, o por la colocación de fondos en el país, quedan encuadrados en el mismo régimen aplicable a los intereses correspondientes".³²

2.3.3 Medida 2: Presunción de incremento patrimonial no justificado

2.17. La Medida 2 consiste en la presunción 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. Argentina mantiene esta medida en virtud del artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario (LPT).³³ Este artículo establece lo siguiente:

Cuando se tratare de ingresos de fondos provenientes de países de baja o nula tributación³⁴ —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

²⁸ Véase la nota de pie de página 25 *supra*.

²⁹ Artículo 91 de la LIG, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

³⁰ Observamos que a juicio de Panamá, si el tomador es un banco o entidad financiera argentina, no existe diferente trato concedido en virtud del artículo 93(c)(1), primera oración, de la LIG. Véase la primera comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 68 y las pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

³¹ En virtud del Artículo 91 de la LIG las personas físicas o jurídicas argentinas que efectúen el pago de las ganancias gravadas a favor del beneficiario del exterior actúan como agentes de retención del impuesto. La retención practicada al beneficiario del exterior reviste el carácter de pago único y definitivo y le libera totalmente de su obligación fiscal. Véanse las pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

³² Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo Explicativo No. 1.1, párr. 14.

³³ Ley No. 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, aprobado vía Decreto No. 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 PAN-9 / ARG-45. Panamá se refiere a la Ley de Procedimiento Tributario (Ley No. 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, aprobado a través del Decreto No. 821/1998 de 13 de julio de 1998) como la Ley No. 11.683 de Procedimiento Tributario, de 13 de julio de 1998. Véanse las pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

³⁴ Las referencias a "países de baja o nula tributación" deben ser entendidas como referencias a países no cooperadores. Véase la nota de pie de página 14 *supra*.

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.

2.18. Esta presunción de incremento patrimonial no justificado, por lo tanto, afecta a ingresos "cualquiera que sea su naturaleza, concepto o tipo de operación" y puede ser refutada si el contribuyente prueba "fehacientemente que los ingresos se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados".³⁵

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

2.19. La Medida 3 consiste en la aplicación de métodos de valoración de transacciones basados en precios de transferencia a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos. Esta medida establece que este método de valoración se aplica a transacciones efectuadas entre contribuyentes argentinos³⁶ y sujetos de países no cooperadores con independencia de que exista una vinculación entre ellos.³⁷ Argentina mantiene esta medida en virtud del párrafo 5 del Artículo 8 y el párrafo 2 del Artículo 15 de la LIG.³⁸ Las partes relevantes de estas dos disposiciones se reproducen a continuación:

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 tributación³⁹, supuesto en el que deberán aplicarse las normas del citado artículo 15.

³⁵ Artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

³⁶ En concreto, el segundo párrafo del Artículo 15 de la LIG se refiere a "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". Las sociedades comprendidas en los incisos a) y b) son las que reúnen los siguientes requisitos: "a) Tener real presencia en el territorio de residencia, contar allí con un establecimiento comercial donde sus negocios sean administrados y cumplir con los requisitos legales de constitución e inscripción y de presentación de estados contables. Los activos, riesgos y funciones asumidos por el intermediario internacional deben resultar acordes a los volúmenes de operaciones negociados; b) Su actividad principal no debe consistir en la obtención de rentas pasivas, ni la intermediación en la comercialización de bienes desde o hacia la República Argentina o con otros miembros del grupo económicamente vinculado". En cuanto a los fideicomisos mencionados en el segundo párrafo del Artículo 15, la norma se refiere a "fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V". Véanse las pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

³⁷ La medida abarca transacciones con "personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas" en países no cooperadores. Véase el segundo párrafo del Artículo 15 de la LIG.

³⁸ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

³⁹ Las referencias a "países de baja o nula tributación" deben ser entendidas como referencias a países no cooperadores. Véase la nota de pie de página 14 *supra*.

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 los países de baja o nula tributación⁴⁰ que, de manera taxativa, indique la reglamentación, no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.

2.20. Por ello, para determinar la ganancia neta sujeta al impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos, la valoración de transacciones efectuadas entre éstos y sujetos domiciliados, constituidos o ubicados en países no cooperadores deberá realizarse utilizando las normas y procedimientos de precios de transferencia entre partes vinculadas.

2.3.5 Medida 4: Regla de lo percibido para la imputación de gastos

2.21. La Medida 4 también se refiere a la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos. En este caso, la medida consiste en la aplicación de la regla de lo percibido cuando se imputan gastos por transacciones concluidas por contribuyentes argentinos con sujetos de países no cooperadores. Argentina mantiene esta medida al amparo del último párrafo del Artículo 18 de la LIG⁴¹, que estipula lo siguiente:

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 tributación⁴², 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.

2.22. Por lo tanto, las erogaciones efectuadas por entes argentinos que constituyan ganancias de fuente argentina para sujetos ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en países no cooperadores deberán imputarse al ejercicio fiscal en el que se produce el pago efectivo de la transacción (regla de lo percibido).

2.3.6 Medida 5: Requisitos relativos a los servicios de reaseguro

2.23. La Medida 5 consiste en la imposición por parte de Argentina de requisitos a proveedores de servicios extranjeros y proveedores de servicios de países no cooperadores para que éstos puedan acceder al mercado argentino de servicios de reaseguro.⁴³ Esta medida se mantiene a través de la Resolución SSN No. 35.615/2011⁴⁴, tal y como indica Panamá en su solicitud de establecimiento de un grupo especial.⁴⁵

2.24. La Resolución SSN No. 35.615/2011⁴⁶ ha sido desarrollada y modificada en varias ocasiones: (i) en mayo de 2011, vía el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011⁴⁷, que desarrolla el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011; (ii) en marzo de 2014 a

⁴⁰ Las referencias a "países de baja o nula tributación" deben ser entendidas como referencias a países no cooperadores. Véase la nota de pie de página 14 *supra*.

⁴¹ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁴² Las referencias a "países de baja o nula tributación" deben ser entendidas como referencias a países no cooperadores. Véase la nota de pie de página 14 *supra*.

⁴³ El Grupo Especial abordará la cuestión de si los servicios de retrocesión están cubiertos por la Medida 5 en sus constataciones.

⁴⁴ Resolución No. 35.615 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 11 de febrero de 2011 (Resolución SSN No. 35.615/2011), pruebas documentales PAN-36 / ARG-27.

⁴⁵ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, págs. 5 y 6.

⁴⁶ Resolución SSN No. 35.615/2011, pruebas documentales PAN-36 / ARG-27.

⁴⁷ Resolución No. 35.794 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 19 de mayo de 2011 (Resolución SSN No. 35.794/2011), pruebas documentales PAN-40 / ARG-48.

través de la Resolución SSN No. 38.284/2014⁴⁸, por la que se reemplazan los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011; y (iii) en noviembre de 2014, por medio de la Resolución SSN No. 38.708/2014, por la que, según Argentina, se procede a un reordenamiento normativo en materia de reaseguro.⁴⁹

2.25. Los puntos 18, 19 y 20(f) de la Resolución SSN No. 35.615/2011 tal y como los recogió Panamá en su primera comunicación escrita, y por ello, antes de la modificación efectuada en marzo de 2014 a través de la Resolución SSN No. 38.284/2014, se reproducen a continuación:

Punto 18 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011

No podrán ser autorizadas sucursales de empresas extranjeras radicadas en países que tributan una alícuota menor al veinte por ciento (20%) de Impuesto a las Ganancias o similar, o en aquellos cuya legislación interna imponga secreto a la composición societaria de personas jurídicas, como tampoco de jurisdicciones, territorios o Estados con escasa o nula tributación denominados "paraísos fiscales" y/o países o territorios no cooperativos en el marco de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo según los criterios definidos por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

Punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011

La Superintendencia de Seguros de la Nación, por resolución fundada particular relativa a operaciones de reaseguro determinadas y debidamente individualizadas por la aseguradora peticionante, podrá permitir a las entidades autorizadas para operar en seguros en el país, suscribir contratos de reaseguro con entidades reaseguradoras extranjeras que realicen sus operaciones desde su sede central, cuando por la magnitud y las características de los riesgos cedidos dichas operaciones de reaseguro no puedan ser cubiertas en el mercado reasegurador nacional. La solicitud deberá formularse con carácter previo a la suscripción del contrato y tendrá que ser acompañada de todos los elementos de juicio que justifiquen el criterio excepcional.

Punto 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011

No podrán ser autorizadas a inscribirse como entidades reaseguradoras extranjeras que acepten operaciones de reaseguro desde su país de origen a aquellas radicadas en países que tributan una alícuota menor al 20% de Impuesto a las Ganancias o similar o cuya legislación interna imponga secreto a la composición societaria de personas jurídicas o que pertenezcan a jurisdicciones territorios o estados con escasa o nula tributación denominados paraísos fiscales y/o países o territorios no cooperativos en el marco de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo según los criterios definidos por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

2.26. Por tanto, los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 en su redacción previa a la modificación de marzo de 2014 establecían prohibiciones al suministro de servicios de reaseguro por parte de (i) sucursales de sociedades de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo según los criterios del GAFI (punto 18); y (ii) entidades reaseguradoras que prestasen sus servicios desde su país de origen que sean de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo según los criterios del GAFI (punto 20(f)).

2.27. A su vez, el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 establece que la SSN podrá autorizar la suscripción de contratos de reaseguro con entidades reaseguradoras extranjeras que realicen sus operaciones desde su sede central cuando las operaciones de

⁴⁸ Resolución No. 38.284 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 21 de marzo de 2014 (Resolución SSN No. 38.284/2014), prueba documental ARG-47.

⁴⁹ Respuesta de Argentina a las preguntas del Grupo Especial No. 61, párr. 3; No. 64, párr. 2; y No. 66.a), párr. 1.

reaseguro no puedan ser cubiertas en el mercado reasegurador nacional, ya sea por la magnitud o las características de los riesgos cedidos.

2.28. El 19 de mayo de 2011, Argentina promulga la Resolución SSN No. 35.794/2011 por la que se desarrolla lo dispuesto en el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011. En particular, el Artículo 4 de esta Resolución estipula lo siguiente:

Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011

Que a efecto de lo dispuesto en el punto 19° del Anexo I de la Resolución N° 35.615, se establece que aquellos riesgos individuales superiores a los U\$S 50.000.000 (CINCUENTA MILLONES DE DOLARES ESTADOUNIDENSES) podrán ser reasegurados en las entidades reaseguradoras a que hace mención el punto 20° de la mencionada norma ("reaseguradoras admitidas"), por aquella porción que supere la citada suma.

2.29. Por consiguiente, el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 desarrolla el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 al establecer que el reaseguro con entidades reaseguradoras extranjeras que realicen sus operaciones desde su sede central podrá autorizarse siempre y cuando los riesgos individuales sean superiores a los U\$S 50.000.000 (cincuenta millones de dólares estadounidenses). En esos casos, el reaseguro se hará "por aquella porción que supere la citada suma".

2.30. El 25 de marzo de 2014, fecha en la que Panamá presentó su primera comunicación escrita, Argentina publica la Resolución SSN No. 38.284/2014 cuyos Artículos 1 y 2 ordenan la sustitución del texto de los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 respectivamente por el texto que se indica a continuación:

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 NACION, 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 ACCION 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 ACCION FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) y su Nota Interpretativa."

ARTICULO 2° — Sustituir el inciso f) del punto 20, del ANEXO I de la Resolución SSN No. 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 NACION, 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 ACCION 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 ACCION FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) y su Nota Interpretativa."

2.31. El punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 y el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 no se vieron afectados por esta modificación a través de la Resolución SSN No. 38.284/2014.

2.32. Así pues, los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 tras la modificación de marzo de 2014 establecen que los proveedores de servicios de reaseguro extranjeros podrán ser habilitados para aceptar operaciones de reaseguro desde su país de origen (punto 20(f)) o a través de sucursal en Argentina (punto 18) siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos: (i) Acreditar que se encuentran constituidos e inscriptos en países cooperadores (en el caso de las sucursales, dicha acreditación se refiere a su casa matriz), y (ii) acreditar que se encuentran constituidos e inscriptos en países 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 GAFI (en el caso de las sucursales, dicha acreditación se refiere a su casa matriz).

2.33. En el caso de que no se acredite la constitución e inscripción de los proveedores de servicios en un país cooperador, los puntos 18 y 20(f) establecen que se deberá acreditar que se encuentran sujetos al control y fiscalización de un organismo (i) que cumpla similares funciones a las de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y (ii) con el cual se haya firmado memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información. En el caso de que no se acredite que se encuentran constituidos e inscriptos en países cooperativos en el marco de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo según los criterios del GAFI, los puntos 18 y 20(f) establecen que 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 GAFI y su Nota Interpretativa.

2.34. El 6 de noviembre de 2014, Argentina promulga la Resolución SSN No. 38.708/2014 por la que se aprueba el Reglamento General de la Actividad Aseguradora.⁵⁰ Según Argentina, con la Resolución SSN No. 38.708/2014 se procede a un reordenamiento normativo en materia de reaseguro.⁵¹ Argentina explica que esta Resolución incluye en su "Anexo en el punto 2.1.1 ... todo

⁵⁰ Artículo 1 de la Resolución SSN No. 38.708/2014, prueba documental ARG-135.

⁵¹ Respuesta de Argentina a las preguntas del Grupo Especial No. 61, párr. 3; No. 64, párr. 2; y No. 66.a), párr. 1.

el cuerpo normativo que estaba anteriormente contemplado por las siguientes Resoluciones: N° 35.615, N° 35.726, N° 35.794, N° 36.266, N° 36.332, N° 36.859 y N° 38.284".⁵²

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

2.35. La Medida 6 consiste en la imposición de requisitos a intermediarios bursátiles⁵³ para poder dar curso a operaciones ordenadas por sujetos de países no cooperadores. Argentina mantiene esta medida 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 (CNV)⁵⁴, que estipula lo siguiente:

La totalidad de los sujetos indicados en el artículo 1° del presente⁵⁵, 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 2° 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.

2.36. En consecuencia, para que un intermediario bursátil en Argentina dé 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 efectuadas u ordenadas por sujetos constituidos, domiciliados o que residan en países no cooperadores, se deberán dar los requisitos siguientes: (i) 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 similares funciones a las de la CNV argentina, y (ii) dicho organismo debe haber firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la CNV argentina.

2.3.8 Medida 7: Requisitos para el registro de sucursales

2.37. La Medida 7 consiste en la imposición a las sucursales de sociedades de países no cooperadores de requisitos adicionales para la inscripción en el Registro Público de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina mantiene esta medida al amparo del Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005⁵⁶, cuya parte relevante se reproduce a continuación:

⁵² Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 66.a), nota de pie de página 25. Argentina aclara en respuesta a esa misma pregunta del Grupo Especial que "[s]i bien la referida Resolución SSN N° 38.708 no menciona expresamente a la Resolución SSN N° 38.284, debe entenderse que, en primer lugar, la misma se encuentra tácitamente derogada, al ser una resolución modificatoria parcial de la Resolución SSN N° 35.615, y por ende aquélla sigue la suerte de la Resolución principal, a la cual introducía modificaciones. En segundo lugar, el mismo texto de la Resolución N° 38.284 fue incorporado en el nuevo Reglamento".

⁵³ Por intermediarios bursátiles se entiende los sujetos indicados en el Artículo 1° de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (CNV) 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." Véanse las pruebas documentales PAN-58 / ARG-50.

⁵⁴ Normas de la Comisión Nacional de Valores, Nuevo Texto 2013 (Título XI), aprobado por la Resolución General No. 622 (Normas CNV 2013), pruebas documentales PAN-58 / ARG-50.

⁵⁵ Véase la nota de pie de página 53 *supra*.

⁵⁶ Resolución General No. 7 de la Inspección General de Justicia, de 25 de agosto de 2005 (Resolución IGJ No. 7/2005), pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

La Inspección General de Justicia apreciará con criterio restrictivo el cumplimiento de los requisitos del artículo 188, inciso 3, subincisos b) y c)⁵⁷ 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 tributación⁵⁸ 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 contables o durante el año inmediato anterior si la periodicidad de aquellos fuere inferior, indicando 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.

2.38. De tal manera, aparte de los requisitos exigidos a las sociedades de países cooperadores, las sucursales de las sociedades constituidas, registradas o incorporadas en países no

⁵⁷ Los subincisos (b) y (c) del inciso 3 del Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005 estipulan lo siguiente:

"Para la inscripción prevista por el artículo 118, tercer párrafo, de la Ley N°19.550, 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.(...)". Véase la Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁵⁸ Las referencias a "países de baja o nula tributación" deben ser entendidas como referencias a países no cooperadores. Véase la nota de pie de página 14 *supra*.

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", para lo cual la IGJ podrá exigir documentación adicional. Asimismo, la IGJ podrá solicitar documentación adicional para acreditar antecedentes de los socios de la sociedad.

2.3.9 Medida 8: Requisito de autorización cambiaria

2.39. La Medida 8 consiste en la imposición a proveedores de servicios de países no cooperadores del requisito de obtener la conformidad previa del Banco Central de la República Argentina (BCRA) para poder repatriar sus inversiones directas. Argentina mantiene esta medida en virtud de la Comunicación "A" 4940, Numeral I del BCRA⁵⁹, que dispone lo siguiente:

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.

2.40. De ahí que sea necesaria la conformidad previa del BCRA para realizar la repatriación de la inversión "cuando el beneficiario del exterior sea una persona física o jurídica que resida o que esté constituida o domiciliada en" un país no cooperador.

2.4 Contexto fáctico

2.4.1 Introducción

2.41. En esta sección exponemos ciertos temas que, si bien no constituyen parte de las medidas en litigio, han sido abordados por las partes en sus comunicaciones y pueden ser de relevancia a los efectos de las constataciones de este Grupo Especial.

2.4.2 Legislación argentina relevante aplicable a los países cooperadores

2.42. La presente sección tiene como objeto describir la legislación relevante aplicable a los países cooperadores con respecto a las cuestiones reguladas por las Medidas en litigio 2, 3, 4, 7 y 8 aplicables a países no cooperadores. En el caso de las Medidas 1, 5 y 6, el trato reservado a los países cooperadores está contenido en el texto de las medidas impugnadas por Panamá.⁶⁰

2.4.2.1 Presunción de incremento patrimonial no justificado

2.43. La norma argentina aplicable para la determinación de la materia imponible de contribuyentes argentinos está comprendida en el Artículo 11 de la LPT, que estipula que son los propios contribuyentes, a través de sus declaraciones juradas, los que determinan la materia sujeta al impuesto.⁶¹ Cuando no se hayan presentado declaraciones juradas o resulten impugnables las presentadas, la AFIP determinará de oficio la materia imponible. Dicha determinación de oficio puede realizarse en forma directa, por conocimiento cierto de la materia imponible, o mediante una estimación de la base imponible.⁶² En este último caso, es de aplicación

⁵⁹ Comunicación "A" No. 4940 del Banco Central de la República Argentina, de 12 de mayo de 2009 (Comunicación "A" No. 4940), pruebas documentales PAN-71 / ARG-31.

⁶⁰ Véanse los párrs. 2.13, 2.30 y 2.35 *supra*.

⁶¹ El Artículo 11 de la LPT establece que "[l]a determinación y percepción de los gravámenes que se recauden de acuerdo con la presente ley, se efectuará sobre la base de declaraciones juradas que deberán presentar los responsables del pago de los tributos en la forma y plazos que establecerá la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS". Véase la Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

⁶² En este sentido, el Artículo 16 de la LPT estipula lo siguiente:

Cuando no se hayan presentado declaraciones juradas o resulten impugnables las presentadas, la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS procederá a determinar de oficio la

el Artículo 18 de la LPT, que contiene las presunciones a aplicar por la AFIP para la estimación de oficio de la materia imponible, y que incluye en su apartado (f) la presunción relativa a los incrementos patrimoniales no justificados.⁶³

2.44. Recordamos que la Medida 2, contenida en el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT, presume que todo ingreso de fondos procedente de países no cooperadores constituye un incremento patrimonial no justificado – presunción que puede ser refutada si el contribuyente prueba "fehacientemente que los ingresos se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados" – tal y como se describe en la sección 2.3.3 *supra*.

2.4.2.2 Valoración de transacciones

2.45. El Artículo 14 de la LIG establece como regla que las transacciones entre un contribuyente argentino y un sujeto extranjero serán consideradas como celebradas entre partes independientes "cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes".⁶⁴ Cuando ése no sea el caso, dichas prestaciones y condiciones se regirán por lo dispuesto en el Artículo 15 de la LIG, que habilita a la AFIP a "determinar la ganancia neta sujeta al gravamen a través de promedios, índices o coeficientes que a tal fin establezca con base en resultados obtenidos por empresas independientes dedicadas a actividades de iguales o similares características."

2.46. En lo que respecta a las ganancias provenientes de la exportación de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en Argentina, el segundo párrafo del Artículo 8 de la LIG establece que "la ganancia neta se establecerá deduciendo del precio de venta el costo de tales bienes, los gastos de transporte y seguros hasta el lugar de destino, la comisión y gastos de venta y los gastos incurridos en la República Argentina, en cuanto sean necesarios para obtener la ganancia gravada". En estos casos, el Artículo 8 prevé que las normas y procedimientos comprendidos en el Artículo 15 de la LIG se aplicarán cuando las transacciones se realicen con personas o entidades vinculadas y sus precios y condiciones no se ajusten a las prácticas del mercado entre partes independientes.⁶⁵

materia imponible o el quebranto impositivo, en su caso, y a liquidar el gravamen correspondiente, sea en forma directa, por conocimiento cierto de dicha materia, sea mediante estimación, si los elementos conocidos sólo permiten presumir la existencia y magnitud de aquélla.

Véase la Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

⁶³ Artículo 18(f) de la LPT: "Los incrementos patrimoniales no justificados, representan:

1) En el impuesto a las ganancias:

Ganancias netas determinadas por un monto equivalente a los incrementos patrimoniales no justificados, más un DIEZ POR CIENTO (10%) en concepto de renta dispuesta o consumida en gastos no deducibles.

2) En el impuesto al valor agregado:

Montos de ventas omitidas determinadas por la suma de los conceptos resultantes del punto precedente.

El pago del impuesto en estas condiciones no generará ningún crédito fiscal.

3) El método establecido en el punto 2 se aplicará a los rubros de impuestos internos que correspondan."

Véase la Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

⁶⁴ El tercer párrafo del Artículo 14 de la LIG establece 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 – Véanse las pruebas documentales PAN-4 / ARG-42. Véanse también la primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.210 y la primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 1.3, párr. 90.

⁶⁵ Párrafo 4 del Artículo 8 de la LIG, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

2.47. Recordamos que la Medida 3 contenida en el párrafo 5 del Artículo 8 y el párrafo 2 del Artículo 15 de la LIG, impone la aplicación de métodos de valoración de transacciones con sujetos de países no cooperadores basados en precios de transferencia a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos, tal y como se describe en la sección 2.3.4 *supra*.

2.4.2.3 Regla de imputación de gastos

2.48. El Artículo 18 de la LIG estipula que los gastos, al igual que las ganancias, se imputarán al año fiscal en el que se devengaron.⁶⁶ Por lo tanto, el criterio de lo *devengado* es considerado la regla general de imputación de ingresos y gastos "para rentas de tercera categoría"⁶⁷.⁶⁸

2.49. Recordamos que la Medida 4 contenida en el último párrafo del Artículo 18 de la LIG, prevé la aplicación de la regla de lo percibido cuando se imputan gastos por transacciones concluidas por contribuyentes argentinos con sujetos de países no cooperadores, tal y como se describe en la sección 2.3.5 *supra*.

2.4.2.4 Requisitos para el registro de sucursales

2.50. El Artículo 118 de la Ley No. 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC), aplicable a las sociedades constituidas en el extranjero, estipula los requisitos que debe cumplir una sociedad extranjera "[p]ara el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente".⁶⁹ Uno de estos requisitos consiste en la inscripción de las sociedades que se constituyan en Argentina. Para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esta inscripción debe realizarse en el Registro Público de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, que se rige por la Resolución IGJ No. 7/2005.⁷⁰ El Artículo 188 de esta Resolución de la IGJ, refiriéndose al requisito de inscripción previsto en el

⁶⁶ Artículo 18 de la LIG: "... 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." Véanse las pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁶⁷ Las rentas de tercera categoría son a las que se refiere el Artículo 18 de la LIG cuando habla de "las ganancias indicadas en el artículo 49" de la LIG. Se consideran ganancias de la tercera categoría las enumeradas en el Artículo 49 de la LIG, a saber:

- a) Las obtenidas por los responsables incluidos en el art. 69 – .
 - b) Todas las que deriven de cualquier otra clase de sociedades constituidas en el país o de empresas unipersonales ubicadas en éste.
 - c) Las derivadas de la actividad de comisionista, rematador, consignatario y demás auxiliares de comercio no incluidos expresamente en la cuarta categoría.
 - d) Las derivadas de loteos con fines de urbanización, los provenientes de la edificación y enajenación de inmuebles bajo el régimen de la ley 13512 – .
- Las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Tít. V. (Incorporado por ley 25063, art. 4 –).

e) Las demás ganancias no incluidas en otras categorías.

También se considerarán ganancias de esta categoría las compensaciones en dinero y en especie, los viáticos, etc., que se perciban por el ejercicio de las actividades incluidas en este artículo, en cuanto excedan de las sumas que la Dirección General Impositiva juzgue razonables en concepto de reembolso de gastos efectuados.

Cuando la actividad profesional u oficio a que se refiere el art. 79 – se complementa con una explotación comercial o viceversa (sanatorios, etc.), el resultado total que se obtenga del conjunto de esas actividades se considerará como ganancia de la tercera categoría.

Véanse las pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁶⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.300; primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 1.4, párr. 110. Véase también la primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 1.4, párr. 119 (donde se hace referencia a la obra de César Halladjian "El tratamiento en el impuesto a las ganancias desde la óptica del prestatario: condiciones APRA la deducción del gasto", Práctica y Actualidad Tributaria, Errepar, XIII, Diciembre 2006).

⁶⁹ El Artículo 118 de la Ley No. 19.550 establece tres requisitos: 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país; 2) Fijar un domicilio en Argentina, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en Argentina; 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar 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. Véase la Ley de Sociedades Comerciales, pruebas documentales PAN-34 / ARG-43.

⁷⁰ Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

Artículo 118 de la LSC, establece la documentación que las sociedades constituidas en el extranjero deben presentar para realizar dicha inscripción:

Certificado que acredite la vigencia de la sociedad y que la misma no se encuentra sometida a liquidación ni a ningún procedimiento legal que importe restricciones sobre sus bienes y/o actividades;⁷¹

Documentación proveniente del extranjero que contenga (a) el contrato o acto constitutivo de la sociedad y sus reformas; (b) la resolución del órgano social que decidió crear el asiento, sucursal o representación permanente en Argentina; (c) la fecha de cierre de su ejercicio económico; (d) la sede social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; (e) el capital asignado –si lo hubiere; y (f) la designación del representante –que debe ser persona física-;⁷²

Documentación proveniente del extranjero suscripta por funcionario de la misma que acredite (a) que la sociedad no tiene en su lugar de constitución, registro o incorporación, vedado o restringido el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas; (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; y (c) la individualización de quienes sean los socios al tiempo de la decisión de solicitar la inscripción;⁷³

Constancia original de la publicación prescripta por el artículo 118, párrafo tercero, inciso 2), de la Ley N° 19.550, cuando se trate de sociedad por acciones, de responsabilidad limitada o de tipo desconocido por las leyes de la República Argentina que contenga (a) con respecto de la sucursal, asiento o representación, su sede social, capital asignado si lo hubiere y fecha de cierre de su ejercicio económico; (b) con respecto del representante, sus datos personales, domicilio especial constituido, plazo de la representación si lo hubiere, restricciones al mandato, en su caso y carácter de la actuación en caso de designarse más de un representante; y (c) con respecto de la sociedad del exterior, los datos previstos en el artículo 10, incisos a) y b), de la Ley N° 19.550 en relación con su acto constitutivo y reformas, si las hubo, en vigencia al tiempo de solicitarse la inscripción;⁷⁴

Escrito con firma del representante designado, con certificación notarial o ratificada personalmente previo a la inscripción, en el cual el mismo debe (a) denunciar sus datos personales; (b) fijar la sede social; y (c) constituir domicilio especial dentro del radio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁷⁵

2.51. Recordamos que la Medida 7 contenida en el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005⁷⁶, impone a las sucursales de sociedades de países no cooperadores requisitos adicionales para la inscripción en el Registro Público, tal y como se describe en la sección 2.3.8 *supra*.

2.4.2.5 Requisito de autorización cambiaria

2.52. El punto 1.13 de la Comunicación "A" 4662⁷⁷, modificado por la Comunicación "A" 4692, establece que no es necesaria la conformidad previa del BCRA "para la compra de divisas para su transferencia al exterior, cuando las operaciones sean realizadas por o correspondan a cobros en el país de ... repatriaciones de inversiones directas en el sector privado no financiero, en empresas

⁷¹ Artículo 188.1 de la Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁷² Artículo 188.2 de la Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁷³ Artículo 188.3 de la Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁷⁴ Artículo 188.4 de la Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁷⁵ Artículo 188.5 de la Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁷⁶ Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁷⁷ Comunicación "A" No. 4662, pruebas documentales PAN-67 / ARG-69.

que no sean controlantes de entidades financieras locales, y/o en propiedades inmuebles", siempre y cuando la inversión haya permanecido en Argentina un mínimo de 365 días consecutivos.⁷⁸

2.53. El punto 4 de la Comunicación "A" 4662 establece que, antes de dar curso a las operaciones exceptuadas de conformidad previa por parte del BCRA, las entidades autorizadas a operar en cambios deberán cumplir ciertos requisitos.⁷⁹ A este respecto, la Comunicación "A" 5237 incorpora como requisito para acceder al mercado local de cambios para la repatriación de inversiones directas "la demostración del ingreso de fondos por el mercado local de cambios por toda nueva inversión que se origine en nuevos aportes y compras de participaciones en empresas locales e inmuebles, que sean desembolsados en divisas a partir del 28 de octubre de 2011 por parte del inversor del exterior". Esta Comunicación del BCRA añade en su punto 4 que "[l]as operaciones de repatriaciones de inversiones directas que estando sujetas a los requisitos establecidos, no puedan demostrar su cumplimiento a la fecha de acceso al mercado local de cambios, deberán contar con la previa conformidad del Banco Central".⁸⁰

2.54. Recordamos que la Medida 8, contenida en la Comunicación "A" 4940, Numeral I del BCRA, impone a los proveedores de servicios de países no cooperadores el requisito de obtener la conformidad previa del BCRA para poder repatriar sus inversiones directas, tal y como se describe en la sección 2.3.9 *supra*.

2.4.3 El Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales

2.55. El Foro Global es un ente intergubernamental que surge –bajo otra denominación– en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2001 y que en 2009, tras ser reestructurado, adopta el nombre actual. El Foro Global está abierto a toda jurisdicción, sea o no miembro de la OCDE, que se comprometa a aplicar los estándares de transparencia fiscal e intercambio de información del Foro Global y que acuerde participar en el proceso de revisión por los pares (PRP). Estas revisiones actualmente constituyen la actividad principal del Foro Global.⁸¹

2.56. Según el Informe sobre Progreso del Foro Global de 2014, el Foro Global cuenta con 123 miembros conformados por 122 jurisdicciones y la Unión Europea.⁸² De los 123 miembros, 97 son Miembros de la OMC. La OMC no tiene la condición de observador en el Foro Global.⁸³

⁷⁸ El punto 1.13 de la Comunicación "A" 4662, modificado por la Comunicación "A" 4692, detalla los conceptos que pueden originar la repatriación, a saber: venta de la inversión directa, liquidación definitiva de la inversión directa, reducción de capital decidida por la empresa local, y devolución de aportes irrevocables efectuada por la empresa local. Véanse las pruebas documentales PAN-68 / ARG-70.

⁷⁹ Estos requisitos establecidos en el punto 4 de la Comunicación "A" 4662" son los siguientes: (a) Verificar el concepto declarado por el que se accede al mercado de cambios; (b) Contar con la documentación que permita avalar que el deudor residente hubiera tenido acceso al mercado de cambios por el concepto y monto abonado al no residente en el país (en casos de cobros en el país de importaciones, servicios, rentas y otras transferencias corrientes con el exterior y de deudas comerciales y financieras con el exterior); (c) Contar con la declaración jurada del cliente o su representación en el país, de no haber realizado previamente otra transferencia por la misma operación; (d) Verificar que desde la fecha de cobro de los fondos en el país por el concepto declarado, hasta la fecha de acceso al mercado local de cambios, los fondos recibidos no hayan sido aplicados a otras inversiones en el país; (e) Contar con una certificación de la previa liquidación en el mercado de cambios de tales cobros en los casos en que, como consecuencia de la venta de la inversión o del cobro del crédito, se hubieran recibido en forma parcial o total cobros en moneda extranjera; (f) Contar (la autoridad autorizada a operar en cambios) con todos los elementos necesarios para certificar la razonabilidad y genuinidad de la operación y la documentación exigida en la norma cambiaria; y (g) Verificar el cumplimiento de las restantes normas cambiarias que sean de aplicación. Véanse las pruebas documentales PAN-67 / ARG-69.

⁸⁰ Comunicación "A" No. 5237, prueba documental ARG-75.

⁸¹ Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2014 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2014 – Informe sobre Progreso), pág. 24.

⁸² Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2014 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2014 – Informe sobre Progreso), pág. 17.

⁸³ Los observadores incluyen el Foro de Autoridades Tributarias de África, el Banco Asiático de Desarrollo, la Comunidad del Caribe (CARICOM), el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Banco Europeo de Inversión, la Secretaría de la Commonwealth, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Corporación Financiera Internacional, el Fondo Monetario Internacional, las Naciones Unidas, el Banco Mundial y la Organización Mundial de Aduanas. Véase Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de

2.57. El mandato del Foro Global consiste en promover la rápida aplicación de los estándares de transparencia fiscal entre sus miembros. En particular, el Foro Global se encarga de velar por la aplicación del estándar internacional de "Intercambio de Información a Petición" (*exchange of information on request*, o EOIR por sus siglas en inglés).⁸⁴ Según el estándar EOIR, debe existir intercambio –a petición– de información que sea previsiblemente relevante para aplicar y ejecutar las disposiciones de acuerdos en materia fiscal y para la administración o cumplimiento de las normas tributarias domésticas de la parte solicitante.⁸⁵ En octubre de 2014, 89 jurisdicciones miembros del Foro Global se comprometieron a implementar entre 2017 y 2018 un nuevo estándar internacional que viene a complementar el estándar EOIR:⁸⁶ se trata del estándar global sobre intercambio automático (y recíproco) de información financiera (*global standard on automatic exchange of financial account information*, o AEOI por sus siglas en inglés).⁸⁷

2.58. El PRP es voluntario y evalúa la capacidad de cada jurisdicción miembro del Foro Global para cumplir con el estándar internacional EOIR.⁸⁸ Este proceso se compone de 2 fases: (i) Fase 1, que consiste en la revisión del marco jurídico de la jurisdicción en cuestión a la luz del estándar EOIR; y (ii) Fase 2, que se centra en la revisión de la aplicación práctica del estándar EOIR por la jurisdicción en cuestión. Argentina completó ambas fases del PRP en junio de 2012, y actualmente goza de la calificación "conforme en gran medida" (*largely compliant*) con el estándar internacional EOIR.⁸⁹ Panamá entra en la categoría de jurisdicciones que no pueden avanzar a la Fase 2 del PRP (*Jurisdictions unable to move to Phase 2*), dado que no modificó su marco regulatorio a la luz de las recomendaciones surgidas de la Fase 1, llevada a cabo en 2010.

2.59. El Foro Global carece de la facultad de imponer sanciones a las jurisdicciones que no apliquen los estándares de transparencia fiscal. Tampoco ha emitido hasta el momento recomendaciones a sus miembros sobre la posible adopción de medidas defensivas específicas para contrarrestar la no aplicación de su estándar de transparencia fiscal.⁹⁰ Cabe señalar, no obstante, que tanto la OCDE como el G-20 han reconocido la importancia de las medidas defensivas relativas a la transparencia fiscal como un medio de proteger los ingresos públicos y crear un campo de juego nivelado.⁹¹

Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2014 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2014 – Informe sobre Progreso), págs. 48 y 77.

⁸⁴ Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2014 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2014 – Informe sobre Progreso), pág. 24.

⁸⁵ Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2014 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2014 – Informe sobre Progreso), pág. 25.

⁸⁶ Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2014 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2014 – Informe sobre Progreso), pág. 81.

⁸⁷ Según el estándar AEOI (o de intercambio automático de información), el intercambio se produciría de manera regular (por ejemplo, cada año) y abarcaría un tipo de información previamente definida. Argentina aparece como una de las jurisdicciones que comenzará este intercambio de información en la primera etapa, en 2017. Panamá aparece como una de las jurisdicciones que aún no ha indicado si comenzará con este intercambio en 2017 o 2018 o que aún no se ha comprometido a tal intercambio automático. Véase Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2014 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2014 – Informe sobre Progreso), pág. 38.

⁸⁸ Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2013 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2013 – Informe sobre Progreso), prueba documental ARG-36, pág. 17.

⁸⁹ En la Fase 2, cada uno de los elementos que componen el estándar EOIR recibe una de las siguientes calificaciones: conforme (*compliant*), conforme en gran medida (*largely compliant*), parcialmente conforme (*partially compliant*), o no conforme (*non-compliant*). Véase Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, *Tax Transparency – 2013 – Report on Progress* (Transparencia Fiscal – 2013 – Informe sobre Progreso), prueba documental ARG-36, págs. 17 y 20.

⁹⁰ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 46(a), párr. 2.

⁹¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 46(a), párr. 4 (donde se cita el Informe del 2000 de la OCDE titulado *Hacia una cooperación mundial en materia tributaria*, prueba documental ARG-6 proporcionada en inglés, traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx). Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 46(a), párrs. 5, 6 y 9 (donde se hace referencia a OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2001*, prueba documental ARG-7 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx); y al Comunicado, Reunión de los Ministros de Finanzas y los Gobernadores de los Bancos Centrales, 2009, prueba documental ARG-114; a OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2004*, prueba documental ARG-9 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en

2.4.4 El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

2.60. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un ente intergubernamental establecido en 1998 por sus jurisdicciones miembros y que tiene como mandato el establecimiento de estándares y la promoción de la aplicación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, entre otras amenazas para la integridad del sistema financiero.⁹² Actualmente cuenta como miembros con 34 jurisdicciones así como con el Consejo de Cooperación del Golfo y la Comisión Europea. Mientras que Argentina es miembro del GAFI, Panamá no lo es.⁹³

2.61. Las Recomendaciones del GAFI son reconocidas como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.⁹⁴ La versión de dichas recomendaciones en vigor al momento de redactar este informe es de 2012. Las medidas establecidas en las recomendaciones del GAFI deben ser aplicadas por todos los miembros del GAFI y de los organismos regionales análogos al GAFI, entre los que se incluye el Grupo de Acción Financiera Internacional de Latinoamérica (GAFILAT), anteriormente conocido como GAFISUD, del que Argentina y Panamá son miembros.⁹⁵

2.62. La aplicación de las recomendaciones del GAFI es evaluada rigurosamente por medio de los procesos de Evaluación Mutua y por parte del FMI y el Banco Mundial sobre la base de la metodología de evaluación común del GAFI.⁹⁶

3 SOLICITUD DE CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES

3.1. Panamá solicita que el Grupo Especial constate que:

- a. La Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados) es incompatible con las obligaciones que corresponden a Argentina en virtud del Artículo II:1 del AGCS porque altera las condiciones de competencia entre servicios y proveedores de servicios similares, concediendo un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.⁹⁷
- b. La Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado) es incompatible con las obligaciones que corresponden a Argentina en virtud del:
 - i. Artículo II:1 del AGCS, porque impone desincentivos para contratar servicios que impliquen una transferencia de fondos desde los países no cooperadores, modificando así las condiciones de competencia e imponiendo un trato menos favorable a los servicios y los proveedores de servicios de países no cooperadores que aquél concedido a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores;
 - ii. Artículo XVII del AGCS, porque desincentiva la contratación de servicios que impliquen una transferencia de fondos desde los países no cooperadores, alterando así las condiciones de competencia entre servicios y proveedores de servicios similares nacionales y de países no cooperadores;

http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx) y la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 71 (donde se cita OCDE, *Un proceso para lograr un campo de juego nivelado global*, Foro Global, Berlín, 3-4 junio 2004, prueba documental ARG-10, párr. 28).

⁹² GAFI, Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación – Las Recomendaciones del GAFI (Recomendaciones del GAFI), febrero de 2012, prueba documental ARG-25, pág. 7.

⁹³ <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/>

⁹⁴ GAFI, Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, pág. 7.

⁹⁵ GAFISUD – Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación, Las Recomendaciones del GAFI, Febrero 2012, prueba documental ARG-26. Véase también <http://www.gafilat.org/content/observadores/>

⁹⁶ GAFI, Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, pág. 8.

⁹⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.1.a; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.a. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, pág. 2.

-
- iii. Artículo I:1 del GATT de 1994 porque la ventaja, favor, privilegio o inmunidad que se concede a los pagos recibidos desde países cooperadores con motivo de exportaciones a dichos países no se concede a las exportaciones de productos similares a países no cooperadores (que impliquen la realización de pagos desde los países no cooperadores).⁹⁸
 - c. La Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) es incompatible con las obligaciones que corresponden a Argentina en virtud del:
 - i. Artículo II:1 del AGCS, porque genera desincentivos que implican un trato menos favorable para los servicios y los proveedores de servicios de países no cooperadores;
 - ii. Artículo XVII del AGCS, porque, con respecto a los compromisos plenos adoptados por Argentina en materia de trato nacional, se genera un desincentivo para adquirir o contratar a proveedores de países no cooperadores, colocándolos en una situación menos favorable que proveedores similares nacionales;
 - iii. Artículo I:1 del GATT de 1994 porque las importaciones / exportaciones de productos de / hacia países cooperadores pueden ser valoradas como transacciones ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado, a diferencia de las importaciones y exportaciones de / hacia países no cooperadores, que son sometidas al régimen de valoración de precios de transferencia;
 - iv. Artículo III:4 del GATT de 1994 porque la medida coloca a los productos importados de los países no cooperadores en una situación menos favorable que aquélla en la que se encuentran los productos similares nacionales, y;
 - v. Alternativamente, el Artículo XI:1 del GATT de 1994, porque la medida establece condiciones limitantes a la importación / exportación de productos de / hacia los países no cooperadores.⁹⁹
 - d. La Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos) es incompatible con las obligaciones que corresponden a Argentina en virtud del:
 - i. Artículo II:1 del AGCS, porque limita la posibilidad de deducir los pagos por servicios prestados por proveedores de servicios de países no cooperadores, concediéndoles así un trato menos favorable que el otorgado a los proveedores de servicios similares de países cooperadores, y;
 - ii. Artículo XVII del AGCS, porque, con respecto a los compromisos plenos adoptados por Argentina en materia de trato nacional, la limitación a la hora de deducir los pagos por servicios prestados por proveedores de servicios de países no cooperadores les otorga un trato menos favorable que el concedido a los servicios y proveedores de servicios similares nacionales.¹⁰⁰

⁹⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.1.b; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.b. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, pág. 3.

⁹⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.1.c; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.c. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, págs. 4 y 5. Cabe señalar, no obstante, que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá se indica el Artículo II:2 del AGCS, en lugar del Artículo II:1 del AGCS, debido a un error tipográfico.

¹⁰⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.1.d; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.d. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, pág. 5.

- e. La Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro y retrocesión)¹⁰¹ es incompatible con las obligaciones que corresponden a Argentina en virtud del:
- i. Artículo II:1 del AGCS, porque el acceso al mercado argentino de reaseguros por parte de proveedores de países no cooperadores está supeditado al cumplimiento de condiciones, lo cual conlleva incertidumbre que altera las condiciones de competencia entre los proveedores de servicios de reaseguro de países no cooperadores y los de países cooperadores¹⁰²;
 - ii. Artículo XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS porque Argentina limita el número de proveedores de servicios extranjeros y les otorga un trato menos favorable que el especificado en su Lista de compromisos.¹⁰³
- f. La Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales) es incompatible con las obligaciones que corresponden a Argentina en virtud del Artículo II:1 del AGCS porque otorga a los proveedores de servicios de países no cooperadores que buscan acceso al mercado argentino de capitales para poder suministrar sus servicios un trato menos favorable que el concedido a proveedores de servicios similares de países cooperadores.¹⁰⁴
- g. La Medida 7 (requisitos para el registro de sucursales) es incompatible con las obligaciones que corresponden a Argentina en virtud del Artículo II:1 del AGCS porque constituyen exigencias adicionales que alteran las condiciones de competencia y otorgan un trato menos favorable a los proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con los proveedores de servicios de países cooperadores.¹⁰⁵
- h. La Medida 8 (requisito de autorización cambiaria) es incompatible con las obligaciones que corresponden a Argentina en virtud del Artículo II:1 del AGCS porque otorga a los proveedores de servicios de países no cooperadores que deseen repatriar sus inversiones en Argentina un trato menos favorable que el otorgado a proveedores de servicios similares de países no cooperadores.¹⁰⁶

¹⁰¹ Los cambios acaecidos en la Medida 5 y su impacto sobre el mandato del Grupo Especial así como la discutida inclusión de los servicios de retrocesión dentro de esta medida se examinarán en la parte del informe relativa a las constataciones del Grupo Especial.

¹⁰² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.612. Cabe señalar que Panamá indica que, si bien la Resolución SSN No. 38.284/2014 modificó la Resolución SSN No. 35.615/2011 en marzo de 2014 al eliminar la prohibición de acceso al mercado reasegurador argentino a proveedores de servicios de países no cooperadores, la discriminación persiste y, por tanto, las alegaciones de Panamá bajo el Artículo II:1 del AGCS se mantienen. Véase la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 60.

¹⁰³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.1.e; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.e. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, pág. 6. En este sentido, cabe señalar que Panamá ha indicado que desiste de sus alegaciones bajo los Artículos XVI:2(a) y XVI:1 del AGCS con respecto al suministro de servicios de reaseguro por parte de proveedores de países no cooperadores vía modo 3 (punto 18 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011) y modo 1 (punto 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011). Asimismo, Panamá ha recalcado que persisten sus alegaciones "bajo el Artículo XVI del AGCS por lo que respecta al punto 19 del Anexo I de la Resolución 35.615". Véase la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 60.

¹⁰⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.1.f; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.f. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, pág. 7.

¹⁰⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.1.g; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.g. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, pág. 6.

¹⁰⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.1.h; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.h. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, pág. 7.

3.2. Panamá también solicita, de conformidad con el Artículo 19.1 del ESD, que:

- a. El Grupo Especial recomiende que Argentina ponga sus medidas en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC¹⁰⁷, y que
- b. El Grupo Especial haga sugerencias respecto de la aplicación de las recomendaciones que se formulen en virtud de la autoridad que le otorga la segunda frase del Artículo 19.1 del ESD¹⁰⁸ y, más concretamente, que sugiera "la eliminación del trato menos favorable a los bienes y servicios" de los países no cooperadores como manera más adecuada de poner las medidas impugnadas en conformidad con las obligaciones de Argentina bajo el AGCS y el GATT de 1994.¹⁰⁹

3.3. Argentina solicita que el Grupo Especial rechace en su totalidad las alegaciones formuladas por Panamá en la presente diferencia.¹¹⁰

4 ARGUMENTOS DE LAS PARTES

4.1. Los argumentos de las partes están reflejados en los resúmenes que proporcionaron al Grupo Especial de conformidad con el párrafo 20 del Procedimiento de trabajo adoptado por éste (véanse los anexos B-1 y B-2).

5 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

5.1. Los argumentos del Reino de Arabia Saudita, Brasil, los Estados Unidos y la Unión Europea están reflejados en los resúmenes ejecutivos que proporcionaron al Grupo Especial de conformidad con el párrafo 21 del Procedimiento de trabajo adoptado por éste (véanse los anexos C-1, C-2, C-3 y C-4). Australia, China, Ecuador, Guatemala, Honduras, India, Omán, y Singapur no presentaron argumentos por escrito al Grupo Especial.

6 REEXAMEN INTERMEDIO

6.1 Consideraciones Generales

6.1. El 22 de mayo de 2015, el Grupo Especial trasladó su informe provisional a las partes. El 5 de junio de 2015, Panamá informó al Grupo Especial que no tenía intención de pedir un reexamen de ningún aspecto concreto de dicho informe. Argentina sí presentó una petición escrita de reexamen de aspectos concretos del informe provisional. Ninguna de las dos partes solicitó una reunión de reexamen intermedio. El 12 de junio de 2015, Panamá presentó observaciones sobre la solicitud de reexamen de Argentina.

6.2. De conformidad con el Artículo 15.3 del ESD, esta sección del informe del Grupo Especial incluye la respuesta de éste a la solicitud de Argentina, formulada en la etapa intermedia de reexamen, de que se reexaminen aspectos concretos del informe. El Grupo Especial modificó aspectos de su informe a la luz de las observaciones de las partes cuando lo consideró adecuado, como se explica más adelante. Asimismo, el Grupo Especial corrigió una serie de errores tipográficos y otros errores no sustantivos, incluidos los indicados por Argentina. Las secciones, números de párrafo y notas a que se hace referencia en esta sección son los del informe provisional. Cuando procede, se incluyen las referencias a los párrafos y las notas del informe del Grupo Especial que será distribuido a los Miembros.

¹⁰⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.2; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.

¹⁰⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.3; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.

¹⁰⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 5.4; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.

¹¹⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 756; segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 102.

6.2 La cuestión de si la Medida 5 abarca los servicios de retrocesión

6.3. En relación con el párrafo 7.37, Argentina solicita que se incluya parte de su respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 64. Argentina argumenta que el Grupo Especial no había añadido tal respuesta en dicho párrafo a pesar de tratar sobre la cuestión de los servicios de retrocesión y el alcance de Nota contenida en el Capítulo III de la Resolución SSN No. 35.615. Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial observa que el párrafo 7.37 sí incluye parte de la respuesta de Argentina a dicha pregunta del Grupo Especial, como se indica en la nota de pie de página 149. No obstante, el Grupo Especial no tiene inconveniente en expandir el resumen de la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 64, tal y como se refleja en el párrafo 7.37 más adelante de su informe.

6.3 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo II:1 del AGCS

6.4. En lo referente al párrafo 7.45, Argentina considera que existe un error de sintaxis en la segunda oración de dicho párrafo y sugiere una redacción alternativa. Panamá no tiene objeciones al respecto. El Grupo Especial observa que el texto en cuestión se encuentra en la tercera oración del párrafo 7.45. Para evitar confusión, el Grupo Especial ha modificado el texto de dicha oración en el párrafo 7.45 de su informe.

6.5. En relación con los párrafos 7.142 y 7.280, Argentina solicita que se incluya texto adicional para reflejar la amplitud de su argumentación. Panamá considera que el texto añadido por Argentina es repetitivo porque ya está contenido en el párrafo 7.141. El Grupo Especial coincide con Panamá en que la incorporación de la totalidad del texto sugerido por Argentina podría ser redundante. Por ello, el Grupo Especial completará la primera frase del párrafo 7.141 de su informe de acuerdo con el texto relevante de la primera comunicación escrita de Argentina. No obstante, el Grupo Especial considera que no corresponde modificar el texto del párrafo 7.280 porque dicho párrafo se refiere exclusivamente a la obligación de trato no menos favorable prevista en el Artículo II:1 del AGCS.

6.6. Con respecto al párrafo 7.164, y en particular las notas de pie de página 324 y 325, Argentina solicita que se incluyan referencias a sus respuestas a preguntas del Grupo Especial. Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial considera pertinente la solicitud de Argentina y, por lo tanto, añade las referencias solicitadas a las notas de pie de página 325 y 326 de su informe.

6.7. Con respecto al párrafo 7.189, y en particular la nota de pie de página 361, Argentina solicita que el Grupo Especial añada un párrafo adicional a la referencia en dicha nota. Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial accede a dicha petición y, por lo tanto, modifica la nota de pie de página 362 de su informe.

6.8. En referencia al párrafo 7.355, Argentina solicita que se añada una frase acompañada de una nota de pie de página en la que se explique su posición con respecto a la aplicación del AGCS a la Medida 8. Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial considera que la segunda oración del párrafo 7.355 ya refleja adecuadamente la posición de Argentina al respecto. Sin embargo, el Grupo Especial considera de utilidad completar las referencias pertinentes incluidas en la nota de pie de página 528 de su informe.

6.9. En relación con los párrafos 7.280, 7.296, 7.305, 7.313, 7.325, 7.333, 7.343 y 7.355, Argentina considera que su argumentación ha sido reproducida de manera incompleta y solicita al Grupo Especial que se añada idéntica frase (así como la correspondiente nota de pie de página) sobre la relevancia de las distinciones reglamentarias legítimas a los efectos del análisis de trato no menos favorable, en todos y cada uno de los párrafos arriba mencionados. Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial observa que la referencia indicada por Argentina en la nota de pie de página que solicita añadir se refiere a toda una sección de su primera comunicación escrita (sección III.D), sin especificar ningún párrafo en particular, así como al párrafo 7.142 del informe del Grupo Especial. El Grupo Especial considera que dicho párrafo refleja adecuadamente la argumentación de Argentina al respecto y, por lo tanto, no sería necesario repetirlo como solicita Argentina.

6.10. Por lo que respecta a los párrafos 7.292, 7.301, 7.309, 7.319, 7.329, 7.339, 7.351 y 7.360, Argentina solicita modificar la última frase de los párrafos en cuestión en lo que se refiere a la actualización de la lista de países cooperadores. Panamá considera que dicho cambio no es apropiado porque la redacción propuesta por Argentina se refiere a la manera en que el Grupo Especial ha apreciado los hechos y no a la argumentación de Argentina. El Grupo Especial coincide con la apreciación de Panamá y, por ello, no considera oportuno realizar las modificaciones sugeridas por Argentina.

6.4 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo XVII del AGCS

6.11. En referencia al párrafo 7.524, Argentina solicita que se modifique el texto de la conclusión del Grupo Especial. Panamá considera que la modificación solicitada por Argentina es sintácticamente dudosa, aunque no se opone a modificaciones en la redacción de este párrafo que contribuyan a facilitar su comprensión. El Grupo Especial aprecia la confusión que puede generar su conclusión debido al uso de la terminología del Artículo XVII ("trato no menos favorable") y coincide con Argentina en la necesidad de incluir la modificación solicitada. Por lo tanto, el Grupo Especial modifica el párrafo 7.524 de su informe.

6.5 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS

6.12. Por lo que respecta al párrafo 7.526, Argentina solicita que se añada una oración relativa a las constataciones del Grupo Especial bajo el Artículo XVII del AGCS. Panamá objeta dicha inserción porque Argentina propone añadir una constatación del Grupo Especial en un párrafo que describe la argumentación de Argentina sobre su defensa al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS. El Grupo Especial está de acuerdo con Panamá y, por ello, no considera pertinente la modificación solicitada por Argentina.

6.13. Respecto a los párrafos 7.635, 7.636 y 7.639, Argentina solicita modificaciones textuales con el fin de clarificar el principio de igualdad tributaria. Panamá se opone porque considera que en dichos párrafos el Grupo Especial examina una prueba documental presentada por Panamá y Argentina estaría intentando introducir una apreciación de los hechos distinta a la del Grupo Especial. El Grupo Especial concuerda con Panamá y, por lo tanto, no considera pertinente las modificaciones solicitadas por Argentina.

6.14. En lo que respecta al párrafo 7.753, y en particular la nota de pie de página 916, Argentina solicita que se complete la referencia para reflejar de manera exhaustiva su argumentación relativa a la designación como cooperadores de países que han iniciado negociaciones para la firma de un acuerdo de intercambio de información fiscal. Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial no tiene inconveniente en añadir la referencia solicitada y, por lo tanto, modifica la nota de pie de página 918 de su informe.

6.6 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(d) del AGCS

6.15. Con respecto a los párrafos 7.780 y 8.5, Argentina solicita al Grupo Especial que modifique la explicación de su conclusión sobre la no pertinencia del análisis de la defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(d) del AGCS. Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial concuerda con Argentina en la pertinencia del cambio sugerido en dichos párrafos pero prefiere utilizar un lenguaje ligeramente distinto al propuesto. Por lo tanto, el Grupo Especial modifica los párrafos 7.780 y 8.5 de su informe.

6.7 Defensa de Argentina al amparo del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros (la Excepción Cautelar)

6.16. En lo que respecta al párrafo 7.781 y la nota de pie de página 949, Argentina solicita que se modifique la redacción de dicho párrafo para clarificar el ámbito de la defensa presentada por Argentina con respecto a las Medidas 5 y 6 bajo la Excepción Cautelar. Asimismo, Argentina solicita que se complete la referencia existente en la nota de pie de página 949. Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial considera pertinente las modificaciones sugeridas por Argentina y, por lo tanto modifica el párrafo 7.781 y la nota de pie de página 951 de su informe.

6.17. Respecto al párrafo 7.787, Argentina solicita que se añadan sus argumentos sobre la Excepción Cautelar en relación a las alegaciones bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS. Panamá considera que esta modificación interrumpe la fluidez del texto. El Grupo Especial considera pertinente la modificación propuesta por Argentina a efectos de completar la argumentación de Argentina y, por lo tanto, incluye un nuevo párrafo 7.788 en su informe.

6.18. Con respecto al párrafo 7.898 y la nota de pie de página 1129, Argentina solicita que se incorpore como motivo cautelar de la Medida 5 el "garantizar la integridad del mercado". Panamá no presenta observaciones al respecto. El Grupo Especial acepta la sugerencia de Argentina y, por ello, modifica el párrafo 7.899 y la nota de pie de página 1134 de su informe.

6.19. Con respecto al párrafo 7.900, Argentina solicita que se añada una referencia en nota de pie de página cuando el Grupo Especial cita a la Asociación de Superintendentes de Seguros de América Latina (ASSAL). Panamá no presenta objeciones al respecto. El Grupo Especial accede a la petición de Argentina e incluye una nueva nota de pie de página 1140 en su informe.

6.8 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994

6.20. Por lo que respecta al párrafo 7.960, Argentina solicita al Grupo Especial que clarifique su posición con respecto a la naturaleza de la Medida 2. Panamá no presenta observaciones al respecto. El Grupo Especial acepta la sugerencia de Argentina y, por lo tanto, modifica el párrafo 7.961 y añade la nota de pie de página 1215 en su informe.

6.21. En relación al párrafo 7.967 y la nota de pie de página 1228, Argentina solicita que el Grupo Especial complete las referencias en la nota de pie de página 1228 del informe provisional. Panamá no presenta observaciones al respecto. El Grupo Especial acepta la sugerencia de Argentina y, por lo tanto, modifica la nota de pie de página 1236 de su informe.

6.22. En lo que respecta al párrafo 7.985, Argentina solicita que el Grupo Especial modifique su lectura de cierta jurisprudencia. Panamá se opone a la modificación sugerida por Argentina al considerarla no pertinente. El Grupo Especial considera que la modificación solicitada por Argentina altera la lectura del Grupo Especial de dicha jurisprudencia y, por lo tanto, rechaza modificar este párrafo.

6.23. En relación a los párrafos 7.988 y 7.996, Argentina solicita que el Grupo Especial modifique ciertos términos presentes en estos párrafos. Panamá presenta objeciones al cambio sugerido por Argentina al no considerarlo necesario. El Grupo Especial considera que los cambios propuestos por Argentina son adecuados dado que otorgan una mayor claridad al razonamiento del Grupo Especial. Por lo tanto, el Grupo Especial procede a modificar los párrafos 7.989 y 7.997 de su informe.

6.24. Por lo que respecta al párrafo 7.989, Argentina solicita la incorporación de una nota de pie de página a fin de que sus argumentos sean reflejados de una manera completa en lo que respecta al requisito de conservar los comprobantes de operaciones. Panamá no presenta observaciones al respecto. El Grupo Especial accede a la solicitud de Argentina y, por lo tanto, inserta la nota de pie de página 1264 en su informe.

6.9 Solicitud de modificaciones editoriales y tipográficas por parte de Argentina

6.25. Argentina solicita una serie de modificaciones de carácter editorial y tipográfico en los párrafos 7.191, 7.244 y 7.621, 7.568, 7.617, 7.869 (y nota de pie de página 1084) y 7.1054. Panamá no presenta objeciones a la solicitud de Argentina respecto a los párrafos arriba mencionados. El Grupo Especial acepta la solicitud de Argentina respecto a la mayoría de los párrafos arriba mencionados con la excepción de las referencias al Artículo 15 de la LIG por razones de tipo práctico, y del párrafo 7.191, cuya redacción permanece inalterada por razones gramaticales.

7 CONSTATAIONES

7.1 Cuestiones preliminares

7.1. Antes de comenzar a examinar las distintas alegaciones presentadas por Panamá y la defensa presentada por Argentina, el Grupo Especial desea aclarar el ámbito de su mandato en estas actuaciones. Comenzaremos por examinar la alegación planteada por Argentina en su primera comunicación escrita según la cual Panamá habría supuestamente abordado en su primera comunicación escrita una diferencia nueva y distinta a la que fuera objeto de su solicitud de consultas.

7.2. Continuaremos con dos cuestiones que conciernen a una de las medidas en litigio, la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro). En particular, el Grupo Especial considera que debe pronunciarse sobre qué aspectos de la Medida 5 entran dentro de su mandato así como sobre la inclusión o no de los servicios de retrocesión bajo dicha Medida.

7.3. Comenzamos examinando si, tal y como alega Argentina, Panamá ha presentado una nueva diferencia en su primera comunicación escrita.

7.1.1 La cuestión de si Panamá ha presentado una diferencia nueva en su primera comunicación escrita

7.4. En su primera comunicación escrita, Argentina alega que "Panamá ha decidido abordar en su primera comunicación escrita una diferencia nueva y distinta a la que fuera objeto de la solicitud de consultas".¹¹¹ Según Argentina, la diferencia objeto de la solicitud de consultas "se refería a *'ciertas medidas impuestas por Argentina que afectan el comercio de bienes y servicios. Estas medidas aplican únicamente al comercio efectuado con determinados países listados en el Decreto 1344/98 modificado por el Decreto 1037/00 entre los que se encuentra Panamá (los 'países listados')'*".¹¹² Aunque Argentina no parece argumentar nada más en este sentido, nos parece adecuado aclarar esta cuestión.

7.5. Entendemos que esta alegación de Argentina se refiere al hecho de que la solicitud de consultas (así como la solicitud de establecimiento de un grupo especial) menciona el Decreto No. 1344/1998, tal y como fue modificado por el Decreto No. 1037/2000, por el que se regulaba la distinción entre países cooperadores y no cooperadores¹¹³, antes de ser substituido por el Decreto No. 589/2013, que es el Decreto que actualmente regula esta distinción. Panamá se refiere a éste último en sus comunicaciones escritas y demás intervenciones.

7.6. En consecuencia, examinaremos si este cambio en la referencia al sistema regulado por el Decreto No. 1037/2000, que pasa a ser regulado en virtud del Decreto No. 589/2013 entre la solicitud de consultas (y la de establecimiento) y las comunicaciones presentadas por Panamá significa que Panamá ha presentado "una diferencia nueva y distinta a la que fuera objeto de la solicitud de consultas".¹¹⁴

7.7. Comenzamos por examinar en qué consistió el cambio en la reglamentación argentina. En un primer momento, Argentina realizaba la exclusión de países de su régimen general a través de un sistema de exclusión positiva, es decir, aquellos países mencionados explícitamente en una lista estaban excluidos del trato general normalmente otorgado por Argentina y, por ende, estaban sometidos a las ocho medidas en litigio en esta diferencia. Los países no cooperadores aparecían enumerados en el Decreto No. 1344/98.¹¹⁵ Ésta era la situación en el momento del establecimiento

¹¹¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 13.

¹¹² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 13 (las cursivas figuran en el original).

¹¹³ Recordamos que la terminología utilizada en el Decreto No. 1344/1998, tal y como fue modificado por el Decreto No. 1037/2000 es "países de baja o nula tributación". El Decreto No. 589/2013 sustituye esta denominación por "países no considerados 'cooperadores a los fines de la transparencia fiscal'". Véanse las pruebas documentales PAN-1 y PAN-3 / ARG-35.

¹¹⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 13.

¹¹⁵ Decreto No. 1344 que establece el Reglamento de la Ley del Impuesto a las Ganancias, de 19 de noviembre de 1998 (RIG), prueba documental PAN-1.

de este Grupo Especial.¹¹⁶ En aquel entonces, Panamá se encontraba entre los países no cooperadores.

7.8. Sin embargo, a principios de 2014 y, por lo tanto, después de haberse establecido¹¹⁷ y constituido este Grupo Especial¹¹⁸, Argentina modificó el Decreto No. 1344/98¹¹⁹ estableciendo un sistema de exclusión negativa de tal forma que sólo los países enumerados en una lista – países cooperadores – se beneficiarían del trato general. Argentina, por lo tanto, pasó de un sistema de listas de exclusión positiva (i.e. lista de países no cooperadores) a uno de listas de exclusión negativa (lista de países cooperadores). La lista de países cooperadores en vigor al momento de la presentación de su primera comunicación escrita incluye a Panamá, por lo que ya no estaría excluida del trato general como lo estaba al momento de la solicitud de consultas (y del establecimiento de este Grupo Especial).

7.9. Por lo tanto, coincidimos con Argentina en que la reglamentación relativa a la determinación de las categorías de países cooperadores y no cooperadores vigente al momento de la solicitud de consultas (y del establecimiento del Grupo Especial) no era la misma a la que Panamá se refirió en su primera comunicación escrita (y en su argumentación posterior). Examinamos entonces si dicho cambio significa, como alega Argentina, que Panamá ha presentado una "diferencia nueva y distinta". Por "nueva diferencia" entendemos que Argentina se refiere a un nuevo "asunto sometido al OSD".

7.10. La disposición jurídica que regula en qué consiste el "asunto sometido al OSD" es el Artículo 7.1 del ESD.¹²⁰ Esta disposición hace referencia expresa al documento en el que se recoge la solicitud de establecimiento, regulada en el Artículo 6.2 del ESD.¹²¹ El Órgano de Apelación ha explicado que el "asunto" consiste en dos elementos: las medidas en litigio y los fundamentos de derecho de la reclamación.¹²²

7.11. Recordamos que el Decreto No. 589/2013 no es una medida en litigio. Sin embargo, como se describe en la sección 2.2 *supra*, el Decreto No. 589/2013 es el elemento vertebrador de las ocho medidas impugnadas por Panamá puesto que todas incorporan la distinción entre países cooperadores y no cooperadores establecida en virtud de dicho Decreto.

7.12. A nuestro juicio, este rol vertebrador es el mismo que desempeñaba su antecesor, el Decreto No. 1037/2000, que aparece mencionado en la solicitud de consultas y en la de establecimiento de un grupo especial, aunque en ese caso, las medidas se referían a la lista de países no cooperadores contenida en el mismo.

7.13. Todo ello nos lleva a las siguientes conclusiones. Por un lado, al no ser medidas en litigio, y obviamente no tratarse de fundamentos de derecho de la reclamación, no es posible concluir que la referencia por parte de Panamá al Decreto No. 589/2013 en su primera comunicación escrita signifique que el asunto haya cambiado y que se trate de una nueva diferencia. Por otro lado, si analizamos el cambio acaecido en la reglamentación argentina por obra del Decreto No. 589/2013, éste consiste simplemente en el paso de un sistema de exclusión positiva a otro de exclusión negativa. Es decir, continúa existiendo un grupo de países cooperadores *versus* otro de países no cooperadores. Un elemento adicional a tener en cuenta es que este cambio en la legislación

¹¹⁶ Véase el párr. 1.3 *supra*.

¹¹⁷ Véase el párr. 1.3 *supra*.

¹¹⁸ Véase el párr. 1.5 *supra*.

¹¹⁹ Mediante el Decreto No. 589/2013, Argentina modificó el sistema de listado positivo al sustituir el séptimo artículo sin número incorporado por el Decreto No. 1037/2000 a continuación del artículo 21 del RIG por una regla que define qué países se consideran cooperadores a los fines de la transparencia fiscal.

¹²⁰ El Artículo 7.1 del ESD dispone lo siguiente:

El mandato de los grupos especiales será el siguiente, a menos que, dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha de establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia acuerden otra cosa:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)."

¹²¹ Véase el párrafo 7.23 *infra*.

¹²² Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala – Cemento I*, párr. 72.

argentina no ha comportado ningún cambio en la sustancia de las ocho medidas en litigio, sino meros ajustes formales para reemplazar las referencias a "jurisdicciones de baja o nula tributación" del Decreto No. 1037/2000 por "jurisdicciones no consideradas 'cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal'" del Decreto No. 589/2013.¹²³

7.14. Por lo tanto, consideramos que el cambio en la normativa que regula el sistema para decidir qué países son cooperadores o no cooperadores no ha significado un cambio sustancial en el enunciado de las ocho medidas en litigio y, por ello, no significa que Panamá haya presentado en su primera comunicación escrita "una diferencia nueva y distinta a la que fuera objeto de la solicitud de consultas". Asimismo, en términos de nuestro mandato, consideramos que el cambio en esta legislación no nos impide examinar las ocho medidas en litigio a la luz del sistema introducido por el Decreto No. 589/2013 por el que se distingue entre países cooperadores y no cooperadores.

7.15. A tenor de lo anterior, concluimos que la sustitución del Decreto No. 1344/1998, tal y como fue modificado por el Decreto No. 1037/2000, por el Decreto No. 589/2013 no nos impide examinar las ocho medidas en litigio a la luz del sistema introducido por el Decreto No. 589/2013 por el que se distingue entre países cooperadores y no cooperadores.

7.1.2 Aspectos de la Medida 5 incluidos en nuestro mandato

7.1.2.1 Introducción

7.16. La Medida 5 ha sido objeto de desarrollo y modificaciones legislativas acaecidas antes y después del establecimiento de este Grupo Especial. En esta sección, examinaremos dichos cambios y decidiremos en qué medida son relevantes a efectos de nuestro mandato.

7.1.2.2 Desarrollo y modificaciones de la Medida 5

7.17. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Panamá afirma que la Medida 5 es mantenida a través de la Resolución SSN No. 35.615/2011.¹²⁴ En su primera comunicación escrita, Panamá también se refiere a la Resolución SSN No. 35.794/2011, que no aparece mencionada en su solicitud de establecimiento. Como se explica en la parte expositiva de este informe¹²⁵, el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 desarrolla el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, permitiendo el suministro transfronterizo (modo 1) de servicios de reaseguro en el mercado argentino en el caso de riesgos individuales superiores a los 50 millones de dólares, y sólo por la porción que supere dicha suma.¹²⁶ En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, ambas partes coinciden en que la Resolución SSN No. 35.794/2011 es un instrumento jurídico pertinente para la evaluación de la medida impugnada por Panamá y, por lo tanto, forma parte del mandato de este Grupo Especial.¹²⁷

7.18. El 21 de marzo de 2014, después del establecimiento de este Grupo Especial, Argentina modifica la Resolución SSN No. 35.615/2011 a través de la Resolución SSN No. 38.284/2014 por la que se reemplazan los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011.¹²⁸ La nueva redacción de estos puntos tras la modificación se explica en detalle en la parte expositiva de este informe.¹²⁹ En su segunda comunicación escrita, Panamá explica que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial identificó la Resolución SSN No. 35.615/2011 así como "posibles modificaciones, ampliaciones o complementaciones", por lo que, en su opinión, la modificación de la Resolución SSN No. 35.615/2011 a través de la Resolución SSN

¹²³ El Decreto No. 589/2013 reemplaza las referencias a "países de baja o nula tributación" presentes en la Ley del Impuesto a las Ganancias y en el Reglamento a dicha Ley por "países no considerados 'cooperadores a los fines de la transparencia fiscal'". Artículo 1º del Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

¹²⁴ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, págs. 5 y 6.

¹²⁵ Véanse los párrs. 2.28-2.29 *supra*.

¹²⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.585 y 2.586. Véase también la Resolución SSN No. 35.794/2011, pruebas documentales PAN-40 / ARG-48.

¹²⁷ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 61 y respuesta de Argentina a la misma pregunta.

¹²⁸ Véase el párr. 2.30 *supra*.

¹²⁹ Véase el párr. 2.30 *supra*.

No. 38.284/2014 forma parte del mandato de este Grupo Especial.¹³⁰ Por ello, a partir de su segunda comunicación escrita Panamá adapta su argumentación con respecto a esta medida teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Resolución SSN No. 38.284/2014. Argentina, por su parte, no objeta la inclusión de la Resolución SSN No. 38.284/2014 en el mandato del Grupo Especial y se refiere a dicha Resolución en su argumentación.¹³¹

7.19. El 6 de noviembre de 2014, Argentina adopta la Resolución SSN No. 38.708/2014 por la que, según Argentina, se procede a un reordenamiento normativo en materia de reaseguro.¹³² En sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial con motivo de la segunda reunión sustantiva, Argentina explica que esta Resolución incluye en su Anexo al punto 2.1.1 las normas contenidas en las Resoluciones SSN No. 35.615, 35.726, 35.794, 36.266, 36.332, 36.859 y 38.284.¹³³ En sus observaciones a las respuestas de Argentina con motivo de la segunda reunión sustantiva, Panamá no contestó la explicación proporcionada por Argentina ni tampoco solicitó a este Grupo Especial que la Resolución SSN No. 38.708/2014 sea incluida en su mandato. Por ello, el Grupo Especial no considerará esta última modificación en su análisis de las alegaciones de Panamá en relación a la Medida 5.¹³⁴

7.20. Identificamos, por lo tanto, dos instrumentos jurídicos que desarrollan o modifican la Resolución SSN No. 35.615/2011, que no aparecen mencionados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial y que, según la argumentación de Panamá, serían parte de nuestro mandato: la Resolución SSN No. 35.794/2011 y la Resolución SSN No. 38.284/2014.

7.21. Si bien Argentina no se opone a la inclusión de estos instrumentos dentro de nuestro mandato, al ser la identificación de la medida una cuestión central relativa a nuestra competencia, tenemos el deber de examinar si la identificación de las medidas en litigio ha sido lo suficientemente precisa a la luz del Artículo 6.2 del ESD¹³⁵ de forma que ambas Resoluciones estén incluidas dentro de nuestro mandato, como lo solicita Panamá.

7.22. Antes de abordar la procedencia de incluir dichas disposiciones dentro de nuestro mandato, comenzamos por examinar la disposición jurídica pertinente.

¹³⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.576 (donde hace referencia a su solicitud de establecimiento de un grupo especial, pág. 7).

¹³¹ Observamos que es en realidad Argentina quien menciona en primer lugar esta Resolución al aclarar que "a fin de adecuar la normativa en materia de reaseguros al nuevo criterio establecido mediante el Decreto 589/2013, la SSN emitió la Resolución 38284/2014 que modifica parcialmente la Resolución 35615/2011, cuestionada por Panamá a partir del 25 de marzo de 2014". Véase la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 411.

¹³² Respuesta de Argentina a las preguntas del Grupo Especial Nos. 61, 64, y 66.

¹³³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 66(a), nota de pie de página 25. Argentina aclara en respuesta a esa misma pregunta del Grupo Especial que "[s]i bien la referida Resolución SSN N° 38.708 no menciona expresamente a la Resolución SSN N° 38.284, debe entenderse que, en primer lugar, la misma se encuentra tácitamente derogada, al ser una resolución modificatoria parcial de la Resolución SSN N° 35.615, y por ende aquélla sigue la suerte de la Resolución principal, a la cual introducía modificaciones. En segundo lugar, el mismo texto de la Resolución N° 38284 fue incorporado en el nuevo Reglamento".

¹³⁴ De todas formas, el Grupo Especial señala que la evidencia sobre esta nueva Resolución SSN No. 38.708/2014 fue incluida en el expediente de las presentes actuaciones tras la segunda reunión sustantiva por lo que las partes no tuvieron oportunidad de desarrollar sus argumentos al respecto.

¹³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al Carbono*, párr. 123. Asimismo, recordamos que el Órgano de Apelación ha aclarado que "según una regla universalmente aceptada, un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia, y cerciorarse de que tiene competencia en cualquier asunto que se le haya sometido". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley de 1916*, nota de pie de página 30. Concurrimos con el grupo especial en *Estados Unidos – Algodón americano (upland)* en que la identificación concreta de las medidas en litigio, al ser una cuestión que tiene que ver con nuestra jurisdicción, no depende de que una parte pida una resolución de forma oportuna o no. Véase el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*, párr. 7.153.

7.1.2.3 La disposición jurídica pertinente

7.23. La parte relevante del Artículo 6.2 del ESD dispone lo siguiente:

Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad.

7.24. Del enunciado del Artículo 6.2 del ESD se desprenden "dos requisitos esenciales" que el reclamante debe cumplir en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, a saber, la identificación de las medidas concretas en litigio y la presentación de una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, es decir, las alegaciones, que sea suficiente para presentar el problema con claridad.¹³⁶ Por ello, esta disposición cumple una "función cardinal"¹³⁷ en el sistema de solución de diferencias de la OMC al definir "el alcance de la diferencia entre las partes, estableciendo y delimitando así la competencia del grupo especial y cumpliendo el objetivo de debido proceso de proporcionar información al demandado y a los terceros con respecto a la naturaleza de los argumentos".¹³⁸ Como afirmó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Acero al carbono*, el cumplimiento de los requisitos del Artículo 6.2 del ESD "debe determinarse sobre la base de los fundamentos de cada caso, examinando el conjunto de la solicitud de establecimiento del Grupo Especial y a la luz de las circunstancias respectivas".¹³⁹ El Órgano de Apelación agregó a este respecto que el examen de la solicitud de establecimiento de un grupo especial debe basarse en "sus propios términos, en la forma que tenía en el momento en que se presentó".¹⁴⁰

7.25. En el presente caso, nuestro examen se centra en el cumplimiento del primer requisito esencial con respecto a dos medidas no incluidas en la solicitud de establecimiento pero que, en principio, desarrollan o modifican una de las medidas incluidas en dicha solicitud.

7.26. El Órgano de Apelación ha explicado que para considerar como parte de su mandato cambios introducidos en una medida después del establecimiento de un grupo especial, dichos cambios no pueden haber modificado la "esencia" de la medida. El Órgano de Apelación ha considerado que "[s]i el mandato en una diferencia es lo suficientemente amplio para incluir modificaciones a una medida ... y es necesario considerar una modificación para hallar una solución positiva a la diferencia ... , es conveniente examinar la medida *modificada* para llegar a una decisión con respecto a dicha diferencia."¹⁴¹

7.27. Al respecto, tal y como señala Panamá en relación a la Resolución SSN No. 38.284/2014, su solicitud de establecimiento hace referencia a "posibles modificaciones, ampliaciones o complementaciones". Por tanto, evaluaremos si dicha referencia a "posibles modificaciones, ampliaciones o complementaciones" es suficiente para considerar los cambios introducidos por la Resolución SSN No. 35.794/2011 y la Resolución SSN No. 38.284/2014 dentro de nuestro mandato, a la luz de las circunstancias de este caso en particular; y si dichas resoluciones no modifican la esencia de la Resolución SSN No. 35.615/2011.

7.28. Comenzamos por examinar la relación de la Resolución SSN No. 35.794/2011 con la Resolución SSN No. 35.615/2011. Como describimos en la sección expositiva¹⁴², el Artículo 4 de Resolución SSN No. 35.794/2011 estipula lo siguiente:

¹³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 219. El Artículo 6.2 del ESD también requiere que la solicitud de establecimiento de un grupo especial se haga por escrito, con indicación de cualesquiera consultas que se hubieran celebrado.

¹³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 219.

¹³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Medidas relativas a la importación*, párr. 5.39 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrs. 4.6 y 4.7).

¹³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono*, párr. 127.

¹⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Medidas relativas a la importación*, párr. 5.48 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párr. 4.9).

¹⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Chile – Bandas de Precio*, párr. 144 (las cursivas figuran en el original).

¹⁴² Véase el párr. 2.28 *supra*.

Que a efecto de lo dispuesto en el punto 19° del Anexo I de la Resolución N° 35.615, se establece que aquellos riesgos individuales superiores a los US\$ 50.000.000 (CINCUENTA MILLONES DE DOLARES ESTADOUNIDENSES) podrán ser reasegurados en las entidades reaseguradoras a que hace mención el punto 20° de la mencionada norma ("reaseguradoras admitidas"), por aquella porción que supere la citada suma.

7.29. Observamos que esta disposición, que contiene una referencia expresa al punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, desarrolla este punto al introducir la magnitud del riesgo individual que puede ser reasegurado con entidades de reaseguro extranjeras: US\$ 50.000.000 (cincuenta millones de dólares estadounidenses). El Artículo 4 también dispone que el reaseguro se hará "por aquella porción que supere la citada suma". A nuestro entender, tal desarrollo no modifica la "esencia" de la Medida 5 porque sigue regulando el suministro transfronterizo del servicio de reaseguro, es decir, la prestación de un servicio en el mismo sector, y a través del mismo modo de suministro (i.e. suministro transfronterizo o modo 1).

7.30. En cuanto a la relación de la Resolución SSN No. 38.284/2014 con la Resolución SSN No. 35.615/2011, el texto relevante de la primera estipula lo siguiente:

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 inscrita 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 inscrita 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 NACION, y con el cual se haya firmado memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información.

b) Se encuentra constituida e inscrita 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 ACCION FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI).

Cuando la casa matriz de la sucursal de la empresa extranjera no se encuentre constituida e inscrita 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 ACCION FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) y su Nota Interpretativa."

ARTICULO 2° — Sustituir el inciso f) del punto 20, del ANEXO I de la Resolución SSN Nro. 35.615, por el siguiente

"f) Acreditar que se encuentran constituidas e inscritas 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 inscritas 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 NACION, 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 ACCION 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 ACCION FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) y su Nota Interpretativa."

7.31. Observamos que los Artículos 1 y 2 de la citada resolución sustituyen el texto de los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011. El resto de la Resolución SSN No. 35.615/2011 permanece intacta, con la salvedad del desarrollo introducido en virtud de la Resolución SSN No. 35.794/2011.

7.32. Tal y como se explicó en la parte expositiva de este informe, el nuevo texto de los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615 elimina las prohibiciones al suministro de servicios de reaseguro a través de comercio transfronterizo y presencia comercial por parte de entidades de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo según los criterios del GAFI. En su lugar, el nuevo texto de los puntos 18 y 20(f) prevé la posibilidad de suministrar dichos servicios siempre que las casas matrices de las sucursales de sociedades de países no cooperadores (modo 3) y las entidades reaseguradoras que presten sus servicios directamente desde países no cooperadores (modo 1) cumplan con ciertos requisitos. A nuestro entender, tal modificación efectuada a través de la Resolución SSN No. 38.284/2014 no modifica la "esencia" de la Medida 5 porque sigue regulando la prestación del mismo servicio en el mismo sector y a través de los mismos modos de suministro.

7.33. En consecuencia, consideramos que lo adecuado es que nos pronunciemos sobre la Medida 5, tal y como ha sido desarrollada por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 y conforme a la modificación introducida por la Resolución SSN No. 38.284/2014, con el objeto de "hallar una solución positiva a la diferencia" y formular "recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas como para permitir un pronto cumplimiento".¹⁴³ Además, como hemos señalado anteriormente, las partes en la presente diferencia no se oponen a que actuemos de este modo.¹⁴⁴

7.34. A tenor de lo anterior, concluimos que la Medida 5 tal y como ha sido desarrollada por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 y conforme a la modificación introducida por la Resolución SSN No. 38.284/2014, es parte del mandato del Grupo Especial.

7.1.3 La cuestión de si la Medida 5 abarca los servicios de retrocesión

7.35. A continuación examinaremos el ámbito de los servicios comprendidos por la Medida 5. En particular, las partes están en desacuerdo acerca del alcance de la Medida 5 respecto de los servicios de retrocesión. Por un lado, Panamá considera que dichos servicios están regulados por la Medida 5 y se apoya en una nota contenida en el Capítulo III de la Resolución SSN No. 35.615/2011 que dispone que "[e]n adelante, el alcance de los términos reaseguro y reasegurador se extiende a los términos retrocesión y retrocesionario en todos sus niveles para efectos de dicha Resolución".¹⁴⁵ Recordamos que únicamente los puntos 18, 19 y 20(f) situados dentro del Capítulo IV del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 son parte de la Medida 5. Según Panamá, la nota se aplica a toda la Resolución SSN No. 35.615/2011.¹⁴⁶

¹⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Chile – Bandas de Precio*, párr. 143.

¹⁴⁴ Véanse párrs. 7.20-7.21 *supra*.

¹⁴⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 311 (donde se cita la prueba documental PAN-36).

¹⁴⁶ Panamá afirma que "en virtud de la Nota contenida en el Capítulo III de la Resolución No. 35.615 ... 'el alcance de los términos reaseguro y reasegurador se extiende a los términos retrocesión y retrocesionario

7.36. Argentina, por el contrario, defiende en su primera comunicación escrita que los servicios de retrocesión no están incluidos dentro del ámbito de la Medida 5 ya que "el régimen de la retrocesión está ... regulado en la Resolución SSN N° 35794, que no fue cuestionada por Panamá en el presente caso".¹⁴⁷ Sin embargo, tal afirmación parece contradecir la respuesta de Argentina a una pregunta del Grupo Especial en la que explica en relación con la Medida 5 que la "medida identificada por Panamá se refiere específicamente a la prestación de servicios de reaseguro y retrocesión"¹⁴⁸ y confirma que "Argentina considera que en virtud de la medida identificada por Panamá en su solicitud de establecimiento de un Grupo Especial ..., la Resolución SSN No. 35794 forma parte del mandato del Grupo Especial".¹⁴⁹

7.37. A pesar de ello, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Argentina explica que la nota contenida en el Capítulo III del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 se aplica únicamente a dicho Capítulo, que trata exclusivamente de los intermediarios.¹⁵⁰ Argentina explica que el Capítulo III, incluyendo la mencionada Nota, fue incorporado en su conjunto a la Resolución SSN No. 35.615/2011 por la Resolución SSN No. 36.266/2011. Según Argentina, por tanto, el contenido de la nota no informaría las disposiciones del Capítulo IV, entre las que se encuentran los puntos relevantes en términos de la Medida 5.

7.38. Así pues, nuestra labor consiste en decidir si la nota contenida en el Capítulo III del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 informa no sólo las disposiciones del Capítulo III sino también las disposiciones que conforman la Medida 5 y que se encuentran incluidas en el Capítulo IV. El alcance de dicha nota determinará, en consecuencia, si los servicios de retrocesión caen dentro del ámbito de la Medida 5.

7.39. En *Estados Unidos – Acero al carbono*, el Órgano de Apelación aclaró cuáles son los elementos que un grupo especial tendría que examinar para determinar el sentido del derecho municipal, y señaló que dichos elementos varían de un caso a otro.¹⁵¹ El Órgano de Apelación explicó que, aunque en algunos casos el texto de la legislación pertinente puede ser suficiente para aclarar el alcance y el sentido de los instrumentos jurídicos pertinentes, en otros el reclamante también tendrá que respaldar su interpretación del alcance y el sentido de esos instrumentos jurídicos con "pruebas sobre la aplicación sistemática de esas leyes, los pronunciamientos de los tribunales nacionales acerca de su sentido, las opiniones de juristas especializados y las publicaciones de estudiosos de prestigio".¹⁵² En el presente caso, Panamá sólo nos ha proporcionado el texto de la legislación argentina en cuestión. Por lo tanto, examinaremos si los propios términos de la legislación son lo suficientemente claros para determinar si la Medida 5 comprende los servicios de retrocesión.

en todos sus niveles' para efectos de dicha Resolución". Véase la primera comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 311 (donde se cita la prueba documental PAN-36). (sin cursivas en el original)

¹⁴⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 443 (no se reproduce la nota de pie de página).

¹⁴⁸ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 61.

¹⁴⁹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 61 (no se reproduce la nota de pie de página).

¹⁵⁰ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 64.

¹⁵¹ El Órgano de Apelación constató lo siguiente:

La parte que sostenga que la legislación interna de otra parte, en sí misma, es incompatible con obligaciones pertinentes dimanantes de un tratado tiene sobre sí la carga de presentar pruebas acerca del alcance y el sentido de esa ley para fundamentar tal aseveración. La forma característica de aportar esa prueba es el texto de la legislación o instrumentos jurídicos pertinentes, que puede apoyarse, según proceda, con pruebas sobre la aplicación sistemática de esas leyes, los pronunciamientos de los tribunales nacionales acerca de su sentido, las opiniones de juristas especializados y las publicaciones de estudiosos de prestigio. La naturaleza y el alcance de las pruebas necesarias para cumplir la carga de la prueba habrán de variar entre un caso y otro.

Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono*, párr. 157 (no se reproduce la nota de pie de página). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párr. 4.92 (no se reproduce la nota de pie de página).

¹⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono*, párr. 157. En *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, el Órgano de Apelación explicó, en referencia a su informe en *Estados Unidos – Acero al carbono* que "al determinar el sentido del derecho interno un grupo especial puede necesitar evaluar diversos elementos, entre ellos el texto de la ley en sus propios términos, los pronunciamientos de los tribunales nacionales y el uso de los organismos encargados de la aplicación." Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párr. 4.92.

7.40. Comenzamos por examinar la nota que figura al inicio del Capítulo III del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011¹⁵³, que, como ya avanzamos, estipula lo siguiente:

CAPITULO III. INTERMEDIARIOS.

(Capítulo sustituido por art. 1° Resolución N° 36.266/2011 de la Superintendencia de Seguros de la Nación B.O. 23/11/2011)

Nota: En adelante el alcance de los términos reaseguro y reasegurador se extiende a los términos retrocesión y retrocesionario en todos sus niveles.

7.41. Observamos que la nota en cuestión está situada justo debajo del título del Capítulo III que, por sus propios términos, está dedicado a reglamentar los intermediarios, y de una aclaración entre paréntesis relativa al último desarrollo normativo que afecta al Capítulo III. Observamos también que el Capítulo en cuestión se ubica dentro del Marco Regulatorio del Reaseguro contenido en el Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 que consta únicamente de cuatro capítulos. Al Capítulo III, titulado "Intermediarios", le sigue únicamente un capítulo, el Capítulo IV, titulado "Disposiciones generales", en el que se encuentran las disposiciones que conforman la Medida 5.

7.42. El Grupo Especial observa que los términos retrocesión y retrocesionario no aparecen definidos en la Resolución SSN No. 35.615/2011. Entre las pruebas documentales proporcionadas por las partes, encontramos una definición del concepto de retrocesión en la "Introducción al Reaseguro" de la Fundación MAPFRE. Este documento define la retrocesión como "el reaseguro cedido por un reasegurador a otra entidad aseguradora o reaseguradora para liberar una parte de los riesgos por él asumidos, equilibrando así sus resultados y homogeneizando sus responsabilidades. Se trata de un reaseguro para el reasegurador".¹⁵⁴

7.43. Al observar los términos de la nota que figura al inicio del Capítulo III, entendemos que la cuestión relevante es la interpretación de la expresión "en adelante". El Diccionario panhispánico de dudas de la Real Academia Española define "en adelante" como "a partir del momento que se toma como referencia".¹⁵⁵ Observamos que la nota en cuestión no acota la extensión del alcance de los términos reaseguro y reasegurador a los términos retrocesión y retrocesionario en todos sus niveles. La nota podría, por ejemplo, acotar explícitamente dicha extensión a los efectos del Capítulo III o de ciertas disposiciones del mismo. Por ello, la nota en sí, parece indicar que se aplica al Anexo I a partir del momento de su aparición en el texto, lo que daría cabida a pensar que podría también incluir el Capítulo IV. Al respecto, no nos parece correcta la interpretación propugnada por Panamá según la cual esta nota se aplicaría a toda la Resolución SSN No. 35.615/2011, lo que incluiría también los capítulos anteriores al Capítulo III. Al contrario, la nota en cuestión se aplica "en adelante", es decir, a partir del momento en el que aparece en el texto de la Resolución SSN No. 35.615/2011. Nos corresponde por lo tanto dirimir si la nota sólo se aplica hasta el final del Capítulo III o si, por el contrario, "en adelante" significa que también se aplica a las disposiciones incluidas en el Capítulo IV y por ende a la Medida 5.

7.44. Para dirimir esta cuestión, consideramos útil examinar el título del Capítulo III que reza "Intermediarios". A nuestro parecer, la ubicación de la nota en cuestión debajo del título y no en otra parte del enunciado indica que tiene por misión informar el objeto tratado por dicho capítulo, es decir, los "intermediarios", a partir del momento (en adelante) en el que aparece en el texto. Por ello, consideramos que la nota en cuestión se aplica al Capítulo III y al Capítulo IV en tanto se ocupe de la regulación de la actividad de los "intermediarios". A nuestro juicio, este enfoque permitiría una interpretación armoniosa de los Capítulos III y IV. Por ello, si bien estamos de acuerdo con Argentina en que la extensión del alcance de los términos reaseguro y reasegurador a los términos retrocesión y retrocesionario en todos sus niveles en virtud de la nota está limitada a

¹⁵³ El Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 contiene el "Marco Regulatorio del Reaseguro", tal y como establece el Artículo 1° de dicha Resolución. Véase la Resolución SSN No. 35.615/2011, pruebas documentales PAN-36 / ARG-27.

¹⁵⁴ Fundación Mapfre, Introducción al reaseguro, prueba documental PAN-35, pág. 18.

¹⁵⁵ *Diccionario panhispánico de dudas*, 1ª edición, Real Academia Española (Santillana, 2005), disponible en <http://lema.rae.es/dpd/?key=adelante>

la regulación de los intermediarios¹⁵⁶, no compartimos su opinión según la cual dicha conclusión circunscribiría la nota al Capítulo III.

7.45. En efecto, el Capítulo IV también incluye disposiciones en las que se menciona el término "intermediario". A modo de ejemplo, el punto 10, titulado "Información adicional", se refiere a la solvencia del "intermediario inscrito". Una lectura del Capítulo IV en su totalidad nos permite comprobar que no incluye normas que regulen la inscripción de intermediarios. En cambio, los puntos 5 y 8 del Capítulo III sí que incluyen normas que regulan la inscripción de intermediarios en el Registro que al efecto lleva a cabo la Superintendencia de Seguros de la Nación argentina. A nuestro juicio, para poder entender el significado del concepto de "intermediario inscrito" bajo el punto 10 del Capítulo IV, es necesario consultar las normas que rigen la inscripción del mismo en el Capítulo III. La inclusión de la referencia a un "intermediario inscrito" en el Capítulo IV nos lleva a considerar que la conclusión lógica sería que los intermediarios referidos en relación con el reaseguro en las disposiciones de naturaleza general del Capítulo IV sean los mismos intermediarios regulados por el Capítulo III. No nos parece razonable una interpretación de la nota según la cual el Capítulo III regularía la inscripción de intermediarios con respecto a los servicios de reaseguro y de retrocesión, en virtud de la nota, mientras que el Capítulo IV sólo se aplicaría a aquellos intermediarios inscritos conforme al Capítulo III con respecto a servicios de reaseguro, excluyendo a los inscritos conforme al Capítulo III con respecto a servicios de retrocesión.

7.46. Por lo tanto, la nota en cuestión informaría las disposiciones del Capítulo IV que tienen por objeto regular las actividades de los intermediarios. En consecuencia, para determinar si la nota se aplica a las disposiciones del Capítulo IV que conforman la Medida 5, debemos averiguar si dichas disposiciones tienen por objeto regular las actividades de los intermediarios.

7.47. En primer lugar, observamos que los "intermediarios" a que se refieren tanto el Capítulo III como el Capítulo IV no son, en realidad, proveedores directos de servicios de reaseguro o retrocesión. Se trata de "agentes" (a los que hace referencia el punto 6(l)(a) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011) y "corredores" (referidos específicamente en el preámbulo y en los puntos 5(d) y 5(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, así como en el Anexo II de la misma Resolución). A este respecto, el preámbulo específicamente dispone entre sus considerandos, que "resulta necesario establecer un marco regulatorio acorde para los corredores de reaseguros".¹⁵⁷

7.48. Este no es el caso, sin embargo, de las disposiciones que conforman la Medida 5. En efecto, el punto 18 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 se ocupa de "sucursales de empresas extranjeras", mientras que los puntos 19 y 20(f) de la misma Resolución se refieren a "entidades reaseguradoras extranjeras". En ambos casos, las disposiciones que conforman la Medida 5 regulan entidades que prestan directamente los servicios de reaseguro.

7.49. En segundo lugar, y como contexto a esta discusión, hacemos notar que la Resolución SSN No. 35.794/2011, cuyo Artículo 4 forma parte del mandato del Grupo Especial¹⁵⁸, establece un marco regulatorio específico para el suministro directo de servicios de retrocesión, que difiere de lo dispuesto para los servicios de reaseguros en los puntos 18, 19 y 20(f) de la Resolución 35.615/2011.¹⁵⁹

7.50. A tenor de lo anterior, concluimos que la Medida 5 abarca únicamente los servicios de reaseguro, y por lo tanto, no cubre los servicios de retrocesión.

7.2 Orden del análisis

7.51. Una vez establecidos los confines de la Medida 5 con respecto a nuestro mandato y antes de proseguir con las alegaciones presentadas por Panamá y las correspondientes defensas invocadas por Argentina, consideraremos el orden de nuestro análisis.

¹⁵⁶ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 64.

¹⁵⁷ Resolución SSN No. 35.615/2011, pruebas documentales PAN-36 / ARG-27.

¹⁵⁸ Véase la decisión del Grupo Especial al respecto en el párr. 7.33 *supra*.

¹⁵⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 443-446; y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 18.

7.52. Como explicamos en la parte expositiva de este informe, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Panamá presenta alegaciones al amparo del AGCS y del GATT de 1994 en relación con ocho medidas de Argentina. Panamá considera que cada una de las medidas impugnadas infringe una o más disposiciones específicas del AGCS y/o del GATT de 1994. Las disposiciones invocadas por Panamá en virtud del AGCS son los Artículos II:1, XVI:1, XVI:2(a) y XVII del AGCS. Bajo el GATT de 1994, Panamá alega la incompatibilidad de ciertas medidas con los Artículos I:1, III:4 y XI:1.

7.53. En su defensa, Argentina responde, *inter alia*, que sus medidas estarían justificadas por las excepciones, en lo que a servicios se refiere, del Artículo XIV(c) y XIV(d) del AGCS y el párrafo 2(a) del Anexo del AGCS sobre Servicios Financieros, que contiene la llamada "Excepción Cautelar"; así como por la excepción del Artículo XX(d) del GATT de 1994 en lo que respecta a las alegaciones bajo este Acuerdo.¹⁶⁰

7.54. La posibilidad de que una medida pueda ser incompatible con el AGCS y el GATT de 1994 al mismo tiempo ya ha sido aceptada por el Órgano de Apelación en diferencias anteriores. En efecto, el Órgano de Apelación ha considerado que las obligaciones del AGCS y del GATT de 1994 pueden coexistir¹⁶¹ y que una medida puede simultáneamente caer bajo el ámbito de ambos acuerdos, si bien los aspectos específicos de la medida que deberán ser examinados bajo cada acuerdo podrían ser distintos.¹⁶²

7.55. Una cuestión que debemos resolver es si hay una secuencia específica de las alegaciones jurídicas que deba respetarse al examinar las alegaciones de Panamá y la respuesta de Argentina. Dado que Panamá formuló alegaciones al amparo tanto del AGCS como del GATT de 1994, lo primero que tenemos que decidir es si debemos comenzar nuestro análisis examinando las alegaciones hechas al amparo del AGCS o las hechas al amparo del GATT de 1994. Observamos que ambas partes han comenzado sus argumentaciones por las alegaciones y correspondientes defensas bajo el AGCS, antes de entrar en las alegaciones y defensas bajo el GATT de 1994. Una vez decidido qué acuerdo analizar primero, deberemos resolver el orden de prelación de las disposiciones a examinar dentro de cada Acuerdo.

7.56. Junto con la decisión sobre qué disposiciones de qué Acuerdo examinar en primer lugar, nos encontramos ante la tesitura de decidir sobre el enfoque a seguir en nuestro análisis. Panamá nos insta a examinar sus alegaciones y las correspondientes defensas invocadas por Argentina, en función de cada medida en litigio separadamente, lo que nos llevaría a repetir gran parte de nuestro análisis. A su parecer, tal enfoque permitiría al Grupo Especial una mejor apreciación de los hechos y le asistiría en la identificación de la pertinencia de los argumentos jurídicos. Asimismo, Panamá ha evocado consideraciones de debido proceso argumentando que Panamá ha solicitado constataciones, resoluciones, recomendaciones, y de ser el caso, sugerencias para cada una de las medidas en litigio.¹⁶³ Argentina considera que, dada la naturaleza de las alegaciones de Panamá en esta diferencia, sería apropiado que el Grupo Especial siga el orden de análisis propuesto por Panamá.¹⁶⁴

7.57. Comenzamos por considerar el orden de análisis que debemos seguir con respecto a las alegaciones del AGCS y las del GATT de 1994. Como señalamos anteriormente, ambas partes comienzan sus argumentaciones en referencia a las alegaciones de Panamá bajo el AGCS. No tenemos problema en seguir el orden propuesto por las partes; sobre todo teniendo en cuenta que las alegaciones de Panamá al amparo del AGCS son más numerosas y abarcan todas las medidas en litigio.

7.58. Como se explica en detalle en la sección 7.3.1 *infra*, aunque Panamá defiende que las ocho medidas en litigio están abarcadas por el AGCS, Argentina sostiene que Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que las medidas en litigio se hallen abarcadas por el AGCS ya que

¹⁶⁰Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 237-400, 551-568 y 745-751. Véase también la primera comunicación escrita de Argentina, Anexo Explicativo No. 2, párrs. 52-73.

¹⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Publicaciones*, pág. 22 (confirmando lo declarado por el grupo especial; véase el informe del grupo especial, *Canadá – Publicaciones*, párr. 5.17).

¹⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 221.

¹⁶³ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 5.

¹⁶⁴ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 5.

no ha demostrado que exista "comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:2 del AGCS.¹⁶⁵ Comenzaremos por lo tanto por analizar como cuestión previa si el AGCS es aplicable a cada una de las ocho medidas en litigio.¹⁶⁶ En el caso de que lo fuese, proseguiríamos nuestro análisis examinando las alegaciones de Panamá bajo el AGCS, seguidas de las defensas de Argentina al amparo de este mismo Acuerdo. Una vez completado nuestro análisis bajo el AGCS, abordaríamos las alegaciones de Panamá y las correspondientes defensas de Argentina bajo el GATT de 1994.

7.59. En lo que concierne al orden de análisis de las alegaciones de Panamá bajo el AGCS y las correspondientes defensas, las partes han generalmente argumentado primero sobre las alegaciones de trato de nación más favorecida (Artículo II:1) y, según la medida, de trato nacional (Artículo XVII), seguidas, según proceda, de las alegaciones de acceso a los mercados (Artículos XVI:1 y XVI:2(a)). A continuación de la alegación correspondiente, las partes han argumentado, según correspondiese, las excepciones presentadas por Argentina al amparo de los Artículos XIV(c) y XIV(d) del AGCS y del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros (la llamada "Excepción Cautelar").

7.60. Si examinamos las distintas disposiciones alegadas por Panamá bajo el AGCS, vemos como el Artículo II del AGCS contiene una obligación de carácter general, aplicable a todos los sectores cubiertos por el AGCS. Por el contrario, las otras disposiciones alegadas por Panamá bajo el AGCS, los Artículos XVI y XVII, contienen obligaciones que sólo alcanzan a los sectores y subsectores inscritos en las listas de compromisos de los Miembros, en los modos indicados, y con los "términos, limitaciones y condiciones" (para el Artículo XVI) y las "condiciones y salvedades" (para el Artículo XVII) consignadas en las listas de compromisos. Por ello, el orden seguido por las partes nos parece el adecuado.

7.61. Una vez examinadas las alegaciones bajo el AGCS, procederemos a examinar las defensas presentadas por Argentina. También nos parece adecuado seguir el orden propuesto por las partes y comenzar nuestro análisis de dichas defensas bajo el Artículo XIV(c), seguido por el Artículo XIV(d) del AGCS, dado que esta última defensa ha sido invocada de forma alternativa.¹⁶⁷ A continuación examinaremos la Excepción Cautelar del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

7.62. En cuanto al orden de análisis de las alegaciones de Panamá bajo el GATT de 1994, la cuestión del orden de prelación sólo se plantearía en relación con la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia), ya que Panamá sólo ha presentado una alegación en relación a la Medida 2 (la presunción de incremento patrimonial no justificado) al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994. Por lo que respecta a la Medida 3, Panamá ha presentado alegaciones de incompatibilidad bajo los Artículos I:1 y III:4 y, subsidiariamente a esta última, bajo el Artículo XI:1 del GATT de 1994.

7.63. En lo que respecta al orden de análisis entre los Artículos I:1 y III:4 del GATT de 1994, hacemos notar que ambas disposiciones recogen dos expresiones distintas del principio fundamental de la no discriminación: el trato de la nación más favorecida (Artículo I:1) y el trato nacional (Artículo III:4). No encontramos en el texto de estas dos disposiciones ni en la jurisprudencia indicación alguna sobre la existencia de una relación entre ellas que determine el orden de análisis a seguir. Debemos tener en cuenta que el orden que escojamos puede tener repercusiones en la posibilidad de que apliquemos el principio de economía procesal al hacer nuestras determinaciones en el presente caso.¹⁶⁸ No obstante, la diferente naturaleza de ambas disposiciones hace que una constatación de violación de la obligación de trato NMF no resulte en la consecución de una solución positiva a la diferencia con respecto de la obligación de trato nacional. Por ello, el orden de prelación no tendría en principio impacto en términos del ejercicio de la economía procesal. En consecuencia, no parecen existir razones que impidan al Grupo Especial

¹⁶⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 139-141.

¹⁶⁶ Tal secuencia nos parece también coincidir con las observaciones del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*. En esa diferencia, las partes discrepaban acerca de si las medidas en juego estaban abarcadas por el AGCS. El Órgano de Apelación observó que "... en el presente caso la estructura y lógica fundamental de párrafo 1 del artículo I, en conexión con el resto del AGCS, requiere que la determinación de si una medida está, de hecho, abarcada por el AGCS, se efectúe antes de que pueda evaluarse la compatibilidad de esa medida con cualesquiera obligaciones sustantivas establecidas en ese Acuerdo". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párr. 151 (las cursivas figuran en el original).

¹⁶⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 353-400.

¹⁶⁸ Informe del grupo especial, *India – Automóviles*, párr. 7.161.

seguir el orden de análisis indicado por la parte reclamante, que consiste en examinar en primer lugar la alegación bajo el Artículo I:1, seguido de la alegación bajo el Artículo III:4 del GATT de 1994. Una vez concluido nuestro análisis bajo el Artículo III:4 del GATT de 1994, y sólo en el caso de que constatemos que la Medida 3 no es incompatible con dicha disposición, procederemos a examinar la alegación al amparo del Artículo XI:1 que ha sido presentada con carácter subsidiario.

7.64. Una vez examinadas las alegaciones bajo el GATT de 1994 y en caso de constatación de incompatibilidad con los Artículos I:1, III:4 o, subsidiariamente, XI:1 del GATT de 1994, examinaremos la defensa presentada por Argentina al amparo del Artículo XX(d) del GATT de 1994.

7.65. Una vez decidido nuestro orden de análisis en lo que respecta el orden de prelación de las alegaciones y defensas, nos queda decidir si efectuaremos dicho análisis medida por medida, es decir, un análisis de todas las alegaciones y defensas pertinentes bajo el AGCS y el GATT de 1994 presentadas en relación a una sola medida en litigio; o si por el contrario, examinaremos cada una de las disposiciones alegadas por Panamá con respecto a todas las medidas impugnadas por Panamá, según proceda.

7.66. El Grupo Especial ha examinado atentamente las razones presentadas por Panamá para proceder medida por medida. En las circunstancias de esta diferencia, donde existen alegaciones comunes a varias medidas, incluyendo una alegación principal al amparo del Artículo II:1 del AGCS que concierne a todas las medidas en litigio, no estamos convencidos de que el enfoque medida por medida propuesto por Panamá permita una mejor apreciación de los hechos o asista en la identificación de la pertinencia de los argumentos jurídicos en comparación con el enfoque alegación por alegación. Tampoco consideramos que un enfoque alegación por alegación afecte al debido proceso en los términos propuestos por Panamá ya que, en nuestra opinión, no impediría constataciones en función de cada una de las medidas en litigio, tal y como Panamá ha solicitado. Sí que nos preocupa, por el contrario, redactar constataciones excesivamente dilatadas y repetitivas si fuésemos a analizar, por ejemplo, las alegaciones de Panamá bajo el Artículo II:1 del AGCS separadamente para cada una de las ocho medidas. Ello nos llevaría a repetir nuestro análisis una y otra vez, tal y como hace el reclamante en su segunda comunicación escrita, o, para evitarlo, a realizar un excesivo número de referencias cruzadas, que dificultarían la lectura y comprensión.

7.67. A nuestro parecer, nuestro cometido se cumpliría de forma más efectiva si optamos por un análisis alegación por alegación en el que, una vez establecido el estándar jurídico que debemos aplicar en nuestra interpretación de una disposición en concreto, lo apliquemos para examinar la compatibilidad de cada una de las medidas impugnadas con dicha disposición. El mismo proceder correspondería para examinar las defensas invocadas por Argentina. El Grupo Especial recuerda que goza de autonomía para decidir el orden de su análisis¹⁶⁹ y que, por lo tanto, puede optar por un orden de análisis diferente al propuesto por Panamá. A nuestro juicio, la interpretación o aplicación correctas de las disposiciones jurídicas en cuestión no exige examinar las alegaciones de Panamá y las correspondientes defensas medida por medida.¹⁷⁰

7.68. Por consiguiente, iniciamos nuestro análisis con la cuestión umbral de si el AGCS es aplicable a las medidas en litigio.

¹⁶⁹ Esta autonomía fue reconocida por el Órgano de Apelación en *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, al afirmar que "[c]omo principio general, los grupos especiales tienen libertad para estructurar el orden de su análisis como estimen conveniente. Al hacerlo, cabe la posibilidad de que a los grupos especiales les resulte útil tener en cuenta la forma en que un Miembro reclamante les presenta una alegación". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párr. 126.

¹⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, párr. 277. En *India – Automóviles*, el grupo especial aclaró el impacto que el orden de análisis podría tener en el ejercicio de la economía procesal. Véase a este respecto el informe del grupo especial, *India – Automóviles*, párr. 7.161.

7.3 Constataciones bajo el AGCS

7.3.1 La cuestión de si el AGCS es aplicable a las medidas en litigio

7.3.1.1 Principales argumentos de las partes

7.3.1.1.1 Panamá

7.69. Panamá sostiene que el AGCS es aplicable a las ocho medidas en litigio.¹⁷¹ En lo que respecta al estándar jurídico aplicable, de conformidad con el Artículo I:1 del AGCS, Panamá alega que para determinar si una medida "afect[a] al comercio de servicios" deben examinarse dos cuestiones jurídicas fundamentales, a saber: (i) si hay "comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:2 del AGCS y (ii) si la medida "afecta" a ese comercio de servicios en el sentido del Artículo I:1 del AGCS.¹⁷² En cuanto a la primera cuestión, Panamá argumenta que "comercio de servicios" se define como el "suministro de un servicio" por medio de uno de los cuatro modos enunciados en los subpárrafos (a) a (d) del Artículo I:2 del AGCS. Por lo tanto, para que haya comercio de servicios debe suministrarse un servicio bajo alguno de estos cuatro modos.¹⁷³ En cuanto a la segunda cuestión, Panamá mantiene que la palabra "afectar", en su sentido corriente, denota una medida que tiene "un efecto sobre" un servicio, lo que implica un "amplio campo de aplicación". Según Panamá, nada en el AGCS sugiere que su ámbito de aplicación sea limitado.¹⁷⁴

7.70. Panamá considera que el argumento de Argentina según el cual Panamá no ha logrado demostrar que exista comercio efectivo entre Panamá y Argentina no tiene apoyo legal en el texto del AGCS. En opinión de Panamá, ni los Artículos I y XXVIII del AGCS ni la jurisprudencia supeditan la aplicación del AGCS en todos los casos a la enumeración exhaustiva de todos y cada uno de los servicios posiblemente afectados por una medida. Según Panamá, imponer un requisito de tal naturaleza iría en contra del objeto y fin del AGCS. Panamá considera que, puesto que pueden existir medidas de carácter transversal que afecten a una multitud de servicios, o incluso a todos los servicios comprometidos por un Miembro (por ejemplo, una prohibición general de establecer filiales en el territorio nacional), sería innecesario exigir que la aplicabilidad del AGCS esté supeditada a una individualización de todos y cada uno de los servicios que se podrían ver afectados por ese tipo de medidas. Panamá observa también que, en su primera comunicación escrita, Argentina presenta un cuadro de los servicios y modos de suministro que son relevantes para esta diferencia, lo que demuestra, a juicio de Panamá, que Argentina ha entendido plenamente el alcance de sus alegaciones en el marco del comercio de servicios.¹⁷⁵

7.71. Según Panamá, aceptar el argumento de Argentina implicaría que cualquier medida ilegal sería inmune a las disciplinas del AGCS, ya que al impedir la existencia de transacciones efectivas entre los proveedores del reclamante y los consumidores del demandado, el AGCS nunca sería de aplicación.¹⁷⁶ Panamá agrega que el contexto brindado por otras normas del AGCS y la historia de su negociación demuestran que la intención de los negociadores fue dar el alcance más amplio posible al AGCS y recuerda, asimismo, que el Órgano de Apelación ya manifestó que nada en el AGCS sugiere que su ámbito de aplicación sea limitado.¹⁷⁷

7.72. Panamá aduce que la pretensión de Argentina de exigir la demostración de transacciones efectivas se basa en una referencia errónea a los informes del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles* y *CE – Banano III* ya que, en ambos casos, el Órgano de Apelación no estableció una norma general de que deba demostrarse la existencia de transacciones específicas que vinculen al reclamante como requisito para la aplicabilidad del AGCS, sino que examinó situaciones fácticas específicas relativas a los mercados concretos en cuestión. Panamá señala que la referencia del

¹⁷¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.13 y 4.14 (Medida 1), 4.106-4.109 (Medida 2), 4.245 (Medida 3), 4.308 (Medida 4), 4.336 y 4.337 (Medida 5), 4.393-4.395 (Medida 6), 4.418-4.420 (Medida 7) y 4.446-4.448 (Medida 8).

¹⁷² Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.13; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.28.

¹⁷³ Primera comunicación de Panamá, párr. 4.13 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*, párr. 156).

¹⁷⁴ Primera comunicación de Panamá, párr. 4.13 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*, párr. 155 y *CE – Banano III*, párr. 220).

¹⁷⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.10 y 2.11.

¹⁷⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.12 y 2.13.

¹⁷⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.15-2.17.

Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles* a si hay "comercio de servicios" debe entenderse como una obligación de explicar qué servicios y modos de suministro serían pertinentes a la luz de la medida concreta que se cuestiona. A juicio de Panamá, el que existan proveedores del Miembro reclamante que, al momento de la diferencia, estén suministrando los servicios en cuestión a consumidores del Miembro demandado es un elemento que podría asistir en dicha identificación, pero no es un requisito de aplicación del AGCS.¹⁷⁸ En todo caso, Panamá afirma que, aun aceptando *arguendo* el argumento de Argentina, ha presentado pruebas del efecto específico sobre los proveedores de servicios de Panamá, tanto con respecto a los servicios prestados como a los modos de suministro utilizados.

7.73. Panamá mantiene que, mientras que Argentina admite que la cobertura del AGCS se extiende a proveedores potenciales, no logra explicar cuál sería la distinción entre el efecto de las medidas sobre proveedores potenciales – lo cual sí le parece aceptable – y el "efecto teórico" de las medidas sobre el mismo tipo de proveedores. Panamá alega que el argumento de Argentina es meramente retórico, ya que no existe otra forma de mostrar la incidencia sobre proveedores potenciales, que por definición no están presentes en el mercado en cuestión, que mediante una explicación teórica de cómo las medidas en cuestión desplegarían sus efectos. En todo caso, Panamá sostiene que ha explicado, medida por medida, cómo cada una de ellas tiene un efecto sobre los servicios y proveedores de servicios en cuestión, y ha sometido a consideración del Grupo Especial pruebas relativas al efecto concreto sobre determinados proveedores de servicios. Según Panamá, sus derechos como Miembro de la OMC se ven seriamente afectados y no puede aceptar que el respeto de la cláusula de nación más favorecida por parte de Argentina se supedite al cumplimiento de ciertas condiciones impuestas unilateralmente.¹⁷⁹

7.74. Por lo que respecta al requisito de autorización cambiaria (Medida 8), Panamá considera que tiene un impacto *ex ante* en la planificación de negocios en Argentina porque afecta a la decisión de establecer presencia comercial en Argentina. Panamá argumenta que si bien el requisito adicional para la repatriación de inversiones no afecta directamente a la entrada de inversión en territorio argentino, al afectar la salida de dicha inversión la medida tiene un efecto sobre la planificación de negocios de cualquier compañía y sobre la decisión de suministrar servicios mediante presencia comercial en Argentina.¹⁸⁰

7.3.1.1.2 Argentina

7.75. Argentina sostiene que Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que las medidas en litigio se hallen abarcadas por el AGCS ya que no ha demostrado que exista "comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:2 del AGCS¹⁸¹ y lleva adelante sus alegaciones basándose enteramente en el efecto "teórico" de las medidas en litigio sobre supuestos servicios y proveedores de servicios de origen no panameño.¹⁸²

7.76. Según Argentina, Panamá no ha presentado suficiente evidencia para demostrar que existe comercio de cualquiera de estos servicios en los modos de suministro identificados. Refiriéndose al informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*, Argentina considera que Panamá tiene la obligación de demostrar que los servicios pertinentes se proporcionan desde el territorio de Panamá en el territorio de la República Argentina, en el caso del modo 1, o por un proveedor de servicios de origen panameño a través de una presencia comercial en Argentina, en el caso del modo 3. En opinión de Argentina, incluso si el umbral de aplicación del AGCS pudiera establecerse en función de los servicios y proveedores de servicios que tienen un origen distinto del origen del demandante, Panamá no ha logrado demostrar que exista comercio de cualquiera de los servicios pertinentes en los modos de suministro identificados. Para Argentina, el caso de Panamá está basado enteramente en el impacto teórico de las medidas en litigio sobre el comercio de servicios; un impacto que Panamá ni siquiera ha demostrado que existe.¹⁸³

¹⁷⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.20-2.24; y respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 24.

¹⁷⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.25-2.27.

¹⁸⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.780 y 2.783.

¹⁸¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 139-141.

¹⁸² Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 14.

¹⁸³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 143 y 144 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*, párr. 157), y declaración inicial de Argentina en la primera reunión del Grupo Especial, párrs. 23-27.

7.77. Argentina argumenta que, puesto que Panamá no ha logrado demostrar que los servicios pertinentes sean efectivamente suministrados a través de comercio transfronterizo (modo 1) o presencia comercial (modo 3), Panamá no ha demostrado que haya comercio de servicios que pueda ser "afectado" por las medidas cuestionadas en la presente diferencia. Argentina reconoce que el Órgano de Apelación ha tenido una visión amplia de lo que constituye una medida "que afecta al comercio de servicios" y que al menos un grupo especial ha sostenido que la cobertura del AGCS se extiende a potenciales proveedores de servicios. Argentina explica, sin embargo, que no tiene conocimiento de ninguna diferencia en el marco del AGCS en la que algún Miembro haya atacado un sistema de reglamentación nacional sobre la base de su efecto teórico sobre potenciales proveedores de servicios. A juicio de Argentina, permitir que un Miembro invoque el AGCS sobre la base del mero efecto teórico de las medidas en cuestión podría tener consecuencias importantes.¹⁸⁴

7.78. En cuanto a la Medida 8, Argentina argumenta que el requisito de autorización cambiaría no está abarcado por el AGCS. Según Argentina, las medidas que afectan a la repatriación de inversiones no están directamente relacionadas con el comercio de servicios y, por consiguiente, no afectan al comercio de servicios en el sentido de los Artículos I:1 y XXVIII del AGCS. Según Argentina, dicha medida no afecta el establecimiento de una empresa en el país ni la prestación de servicios por parte de esa empresa, sino que implica la revisión más detallada de la operación de acceso al mercado local de cambios para el giro de los fondos del capital invertido en el país en caso de decidirse su repatriación.¹⁸⁵

7.3.1.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.3.1.2.1 Introducción

7.79. Panamá ha planteado un número de alegaciones al amparo del AGCS con respecto a las ocho medidas en litigio, sosteniendo que dicho acuerdo es aplicable a todas ellas.¹⁸⁶ Argentina, sin embargo, sostiene que Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que las medidas en litigio se hallan abarcadas por el AGCS ya que no ha demostrado que exista "comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:2 del AGCS.¹⁸⁷

7.80. Como también explicamos en la sección 7.2 *supra*, para determinar si el AGCS es el acuerdo que se ocupa específicamente y de manera más detallada de las ocho medidas en litigio, debemos analizar como cuestión previa si el AGCS es aplicable a cada una de ellas. Por ello, tal y como estableció el Órgano de Apelación, examinaremos la cuestión de la aplicabilidad del AGCS a las medidas en litigio de manera preliminar, antes de evaluar su compatibilidad con las obligaciones sustantivas invocadas por Panamá.¹⁸⁸

7.81. Empezamos examinando la disposición jurídica pertinente.

¹⁸⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 144 y 145.

¹⁸⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 2, párrs. 27-35; y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 71.

¹⁸⁶ Observamos que Panamá no plantea alegaciones separadas bajo el Artículo I:1 del AGCS respecto de la aplicación de dicho acuerdo a las medidas impugnadas. No obstante, Panamá discute la aplicación del AGCS en el contexto de su argumentación al amparo de los Artículos II y XVII del AGCS. Ambas disposiciones requieren, como primer paso, que la parte reclamante demuestre que la medida impugnada está "abarcada por el presente Acuerdo" (Art. II) o afecta al suministro de servicios como requiere el Artículo XVII ("... con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios").

¹⁸⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 141-143.

¹⁸⁸ En *Canadá – Automóviles* las partes discreparon acerca de si las medidas en juego estaban abarcadas por el AGCS. El Órgano de Apelación observó que "... en el presente caso la estructura y lógica fundamental de párrafo 1 del artículo I, en conexión con el resto del AGCS, requiere que la determinación de si una medida está, de hecho, abarcada por el AGCS, se efectúe *antes* de que pueda evaluarse la compatibilidad de esa medida con cualesquiera obligaciones sustantivas establecidas en ese Acuerdo". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párr. 151 (las cursivas figuran en el original).

7.3.1.2.2 La disposición jurídica pertinente

7.82. El Artículo I del AGCS, titulado *Alcance y definición*, estipula lo siguiente:

1. El presente Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios.
2. A los efectos del presente Acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:
 - a) del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;
 - b) en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro;
 - c) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;
 - d) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.
3. A los efectos del presente Acuerdo:
 - a) se entenderá por "medidas adoptadas por los Miembros" las medidas adoptadas por:
 - i) gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; y
 - ii) instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.

En cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en el marco del Acuerdo, cada Miembro tomará las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia por los gobiernos y autoridades regionales y locales y por las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio;

- b) el término "servicios" comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales;
- c) un "servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales" significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.

7.3.1.2.3 El criterio jurídico bajo el Artículo I del AGCS

7.83. Recordamos que, en *Canadá – Automóviles*, el Órgano de Apelación identificó dos cuestiones jurídicas fundamentales que un reclamante debe demostrar para probar que una medida está abarcada por el AGCS:

[P]ara determinar si una medida pertenece a las que afectan al comercio de servicios deben examinarse dos cuestiones jurídicas fundamentales: en primer lugar, si hay "comercio de servicios" en el sentido del párrafo 2 del artículo I; y, en segundo lugar, si la medida en cuestión "afecta" a ese comercio de servicios en el sentido del párrafo 1 del artículo I.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párr. 155.

7.84. Guiándonos por esta constatación del Órgano de Apelación, examinaremos sucesivamente si Panamá ha demostrado que (i) hay "comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:2 del AGCS, y (ii) si la medida en cuestión "afecta" a ese comercio de servicios en el sentido del Artículo I:1 del AGCS.

7.3.1.2.3.1 Primera cuestión: Si hay "comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:2 del AGCS

7.85. Observamos que el principal motivo de controversia entre las partes se refiere a esta primera cuestión jurídica fundamental del criterio jurídico establecido por el Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*. En efecto, Argentina alega que el reclamante debe demostrar que existe comercio efectivo de servicios, ya sea entre el reclamante y el demandado o entre otros Miembros y el demandado.¹⁹⁰ En la primera reunión sustantiva, Argentina planteó la posibilidad de que se acredite la existencia de comercio de servicios potencial pero, en tal caso, Argentina considera que el reclamante debe identificar servicios y proveedores de servicios específicos debidamente atribuibles a un Miembro, en uno o más de los cuatro modos de suministro, y respecto de los cuales se haya demostrado que están potencialmente afectados por las medidas en litigio.¹⁹¹

7.86. Panamá responde que la interpretación de este primer elemento por parte de Argentina es errónea ya que el requisito de existencia de comercio efectivo no tiene sustento jurídico en el texto del AGCS.¹⁹² Panamá alega que la referencia del Órgano de Apelación a si "hay 'comercio de servicios'" debe entenderse como una necesidad de identificar los servicios y modos de suministro pertinentes a la luz de la medida concreta que se cuestiona. A juicio de Panamá, el hecho de que existan o no proveedores de servicios del Miembro reclamante que, al momento de la diferencia, estén suministrando los servicios concernidos a consumidores del Miembro demandado no impide que pueda identificarse el "comercio de servicios" pertinente. Panamá alega que la interpretación de Argentina podría llevar al absurdo de que, incluso si una medida tuviera expresamente el propósito de regular el comercio del servicio "X" y efectivamente lo regulase, debería demostrarse adicionalmente que "hay 'comercio de servicios'" para que el AGCS fuera de aplicación.¹⁹³

7.87. Recordamos que el texto relevante del AGCS estipula que el acuerdo "se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios" (Artículo I:1 del AGCS) y define "el comercio de servicios" como el "suministro de un servicio" mediante cuatro modos de suministro (Artículo I:2 del AGCS). En virtud del Artículo XXVIII(c) del AGCS, la expresión "medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios" abarca las medidas referentes a: i) la compra, pago o utilización de un servicio; ii) el acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Miembros, y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; y iii) la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Miembro en el territorio de otro Miembro para el suministro de un servicio.

7.88. A nuestro juicio, no se desprende del enunciado del Artículo I:1 que el AGCS sea únicamente aplicable entre dos Miembros cuando existan flujos reales de servicios entre los mismos, o cuando "proveedores de servicios específicos atribuibles" a un Miembro traten de suministrar servicios en el mercado del Miembro demandado. El sentido corriente del Artículo I:1 del AGCS más bien indica que el AGCS se aplica a medidas que afecten "al comercio de servicios", definido, en el apartado siguiente, como el suministro de servicios mediante cuatro modos. El enunciado del Artículo I:1, por lo tanto, no se refiere a medidas que afecten específicamente a servicios y proveedores de servicios reales del reclamante o de cualquier otro Miembro.¹⁹⁴

7.89. Como contexto, observamos que, conforme a su párrafo 1, el Artículo XVII del AGCS se aplica a todas las medidas "que afecten al suministro de servicios", independientemente de si existe comercio o intención de comerciar por parte de los proveedores de servicios de la parte reclamante con el Miembro que aplica la medida.¹⁹⁵ Asimismo, su párrafo 3 requiere la

¹⁹⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 143 y 144. Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 24(a)(i).

¹⁹¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 24(a)(i).

¹⁹² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.13.

¹⁹³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.20-2.24 y respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 24.

¹⁹⁴ Estados Unidos, comunicación de tercero, párr. 4.

¹⁹⁵ Observamos que los Estados Unidos realizan el mismo análisis. Véase Estados Unidos, comunicación de tercero, párr. 4.

consideración de si una medida "modifica las condiciones de competencia a 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". A nuestro juicio, el contexto brindado por el Artículo XVII indica que el análisis debe girar en torno a las condiciones de competencia y no a los efectos reales sobre proveedores de servicios específicos. Concurrimos con uno de los terceros en que las obligaciones de la OMC protegen la igualdad de oportunidades de competencia, no los volúmenes reales de comercio.¹⁹⁶

7.90. La jurisprudencia existente en materia de comercio de mercancías parece respaldar este enfoque. En relación con el GATT de 1994, el Órgano de Apelación confirmó en una jurisprudencia temprana que:

[C]arece de importancia que "los efectos comerciales" de la diferencia tributaria entre los productos importados y los nacionales, reflejada en los volúmenes de las importaciones, sean insignificantes o incluso inexistentes; el artículo III [del GATT de 1994] protege las expectativas no de un determinado volumen de comercio, sino más bien las expectativas de la relación de competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales.¹⁹⁷

7.91. Observamos también que el Artículo XXIII:1 del AGCS, que es la disposición relativa a la solución de diferencias aplicable a las diferencias planteadas en el marco del AGCS, estipula lo siguiente:

En caso de que un Miembro considere que otro Miembro no cumple las obligaciones o los compromisos específicos por él contraídos en virtud del presente Acuerdo, podrá, con objeto de llegar a una solución mutuamente satisfactoria de la cuestión, recurrir al ESD. (sin cursivas en el original)

7.92. Por consiguiente, el contexto brindado por el Artículo XXIII:1 del AGCS indica que los Miembros disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de recurrir al OSD para alegar supuestas infracciones del AGCS. Un reclamante puede recurrir al OSD si "considera" que otro Miembro "no cumple las obligaciones o los compromisos específicos" contraídos bajo el AGCS. El Artículo XXIII del AGCS no contiene ninguna otra condición y, por lo tanto, tampoco exige que el incumplimiento de dichas obligaciones o compromisos tenga efectos comerciales para el reclamante.

7.93. Observamos que, en *CE – Banano III*, el Órgano de Apelación, haciendo hincapié en el lenguaje similar utilizado en el Artículo XXIII del GATT de 1994¹⁹⁸, consideró que "los Miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir si presentan o no una reclamación contra otro Miembro al amparo del ESD" y coincidió con el grupo especial en que "con el aumento de la interdependencia de la economía mundial ... los Miembros tienen un interés mayor en la observancia de las normas de la OMC que en el pasado, ya que toda alteración de un equilibrio negociado de derechos y obligaciones los afectará probablemente más que nunca, directa o indirectamente."¹⁹⁹ A nuestro juicio, este razonamiento es también aplicable en el marco del AGCS.

7.94. En este sentido, concurrimos con la posición expresada por uno de los terceros²⁰⁰ según la cual aceptar la visión de Argentina de exigir a Panamá que identifique servicios y proveedores de servicios "reales" que operen en el mercado argentino y que se vean afectados por las medidas impugnadas implicaría añadir un requisito al Artículo I:1 del AGCS, en lugar de tratarlo como un

¹⁹⁶ Unión Europea, comunicación de tercero, párrs. 39 y 40 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación en *CE – Productos derivados de las focas*, párrs. 5.82 y 5.87; *Japón – Bebidas alcohólicas II*, pág. 20 y *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, párr. 215; y los informes de los grupos especiales, *Estados – Cigarrillos de clavo de olor*, párrs. 7.348-7.445 (en relación al Artículo 2.1 del Acuerdo OTC) y *CE – Banano III (Estados Unidos)*, párr. 7.320 (en relación al Artículo XVII del AGCS)).

¹⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, pág. 20.

¹⁹⁸ El Artículo XXIII:1 del GATT de 1994 estipula lo siguiente: "En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido".

¹⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrs. 135 y 136 (donde se hace referencia a los informes del grupo especial en dicha diferencia, párr. 7.50).

²⁰⁰ Estados Unidos, comunicación de tercero, párrs. 4 y 6.

elemento adicional de prueba. Además, la argumentación de Argentina plantearía una situación absurda en la que el AGCS se aplicaría a medidas siempre y cuando existiese comercio real de servicios, pero no se aplicaría a las medidas más restrictivas sobre el comercio, es decir, a las prohibiciones de suministro de servicios que, por su naturaleza, impiden los flujos reales de servicios. Creemos que tal resultado conduciría a debilitar el AGCS y sería claramente contrario al objeto y fin del Acuerdo, cuyo preámbulo indica, *inter alia*, que los Miembros desearon "establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva...".

7.95. No compartimos tampoco la interpretación que hace Argentina del informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*.²⁰¹ Al igual que Panamá, entendemos que, en *Canadá – Automóviles*, el Órgano de Apelación no estableció una norma general de que deba demostrarse la existencia de transacciones específicas entre el reclamante y el demandado, sino que se pronunció sobre la situación fáctica del mercado en cuestión.²⁰² Observamos asimismo que ninguno de los cuatro grupos especiales posteriores que adjudicaron diferencias bajo el AGCS exigió que la parte reclamante demostrase la existencia de transacciones específicas entre el reclamante y el demandado (o entre el demandado y otros Miembros).²⁰³ Tales precedentes confirman, a nuestro juicio, que ninguno de estos grupos especiales interpretó el informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles* como exigiendo del reclamante que demostrara la existencia de transacciones "reales" como requisito previo para establecer la aplicación del AGCS.

7.96. De hecho, al justificar las medidas en litigio en la presente diferencia, la propia Argentina parece admitir que hay – o que puede haber – comercio de servicios entre Argentina y otros Miembros de la OMC – incluso con Panamá. Por ejemplo, Argentina explica al inicio de su primera comunicación escrita que "[l]as medidas defensivas antiabuso como las que se encuentran en litigio en esta diferencia" son "herramientas esenciales para ... nivelar las condiciones de competencia en el mercado internacional de los servicios financieros y otros servicios".²⁰⁴ Por lo tanto, si Argentina considera necesario aplicar medidas defensivas anti-abuso para "nivelar las condiciones de competencia en el mercado internacional de los servicios financieros y otros servicios" es porque, en primer lugar, existe – o puede existir – dicho comercio de servicios con Argentina.

7.97. El Grupo Especial observa que Panamá ha identificado, para cada una de las ocho medidas en litigio, los servicios y modos de suministro relevantes.²⁰⁵ En la tabla que incluimos a continuación, se recoge la información al respecto:

No.	Descripción	Servicios y modos afectados
1	Retención por intereses o	<i>Alegación bajo el Artículo II:1 del AGCS</i> MODO SECTOR

²⁰¹ En esa diferencia, las partes discreparon acerca de si la medida en litigio – a saber una exención de los derechos de importación sobre vehículos automotores abarcada por el GATT de 1994 – podía también afectar al suministro de servicios de distribución y, por lo tanto, estar abarcada por el AGCS. Al examinar si "ha[bía] 'comercio de servicios'", el Órgano de Apelación se refirió a las definiciones de "comercio de servicios" en el Artículo I:2, observó que el modo concernido era definido en el Artículo I:2(c), a saber, modo 3, y recordó también la definición de presencia comercial en el Artículo XXVIII(d). Posteriormente, el Órgano de Apelación constató que los reclamantes identificaron el sector relevante en base a la Clasificación Central de Productos (CCP) y el demandado no negó que existía una presencia comercial por parte de proveedores de servicios de los reclamantes en su territorio. El Órgano de Apelación concluyó, por lo tanto, que "el 'comercio de servicios' pertinente en el presente caso es el de los servicios comerciales al por mayor para vehículos de motor suministrados por proveedores de servicios de determinados Miembros mediante su presencia comercial en el Canadá". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párrs. 156 y 157.

²⁰² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.20.

²⁰³ Dos grupos especiales (*Estados Unidos – Juegos de azar y China – Publicaciones y productos audiovisuales*) hicieron un examen sumario de la aplicabilidad del AGCS, y otros dos grupos especiales (*México – Telecomunicaciones y China – Servicios de pago electrónico*) no examinaron esta cuestión en absoluto.

²⁰⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 10.

²⁰⁵ Véase, en particular, la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.90 y 2.91 (Medida 1); párrs. 2.254 y 2.255 (Medida 2); párrs. 2.401-2.403 (Medida 3); párrs. 2.507 y 2.508 (Medida 4); párrs. 2.594-2.595 (Medida 5); párrs. 2.692-2.694 (Medida 6); párr. 2.730 (Medida 7); párrs. 2.776-2.779 (Medida 8). Además, Panamá ha también proporcionado, para varias medidas, ejemplos de suministro real por parte de proveedores de Panamá y/o de países no cooperadores. Véase, en particular, la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.93-2.99 (Medida 1); párrs. 2.256-2.261 (Medida 2); párrs. 2.405 y 2.406 (Medida 3).

No.	Descripción	Servicios y modos afectados
	retribuciones pagados	Modo 1 ²⁰⁶ Servicios de préstamo, crédito (CPC 8113) y aquéllos que impliquen colocación de fondos en Argentina ²⁰⁷
2	Presunción de incremento patrimonial no justificado	<i>Alegación bajo el Artículo II:1 del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1²⁰⁸ Todos los sectores de servicios cuyo suministro o prestación requieran del ingreso de fondos a Argentina²⁰⁹ <i>Alegación bajo el Artículo XVII del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1²¹⁰ Servicios de seguros de transporte marítimo y aéreo y de reaseguro y retrocesión²¹¹
3	Valoración de transacciones basada en precios de transferencia	<i>Alegación bajo el Artículo II:1 del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1 y 2²¹² Todos los servicios²¹³ <i>Alegación bajo el Artículo XVII del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1 y 2²¹⁴ Todos los servicios en los que Argentina adquirió compromisos plenos en materia de trato nacional en los modos 1 y 2²¹⁵

²⁰⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.91.

²⁰⁷ Inicialmente Panamá dijo que eran los clasificados en el sector 7.B (véase la primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.30). Argentina ha aclarado que el sentido amplio de este término cubre "depósitos y demás modalidades de captación de fondos de parte de entidades financieras" (los cuales se identifican como servicios bajo los códigos CPP 8115 – 8119), "o [captación de fondos por parte] de otros tomadores (ver. emisión y colocación de obligaciones negociables, títulos fiduciarios de fideicomisos financieros, etc.)". Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.91 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Argentina, Anexo Explicativo No. 1, párr. 15).

²⁰⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.249.

²⁰⁹ Panamá considera este sector como una categoría general. Panamá menciona también los servicios de préstamo, seguro y reaseguro y retrocesión en tanto que servicios específicos que confirman la existencia de la categoría general. Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.254.

²¹⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.152. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.303.

²¹¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.133 y 4.152. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.304.

²¹² Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.402 y 2.413.

²¹³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.398 y 2.401.

²¹⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.402 y 2.413.

²¹⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 420:

En modo 1, los únicos sectores en los que Argentina no estableció compromisos en materia de trato nacional son los siguientes: servicios de seguro de vida, contra accidentes y de salud; servicios de seguro distintos de los seguros de vida; aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público; préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, factoring y financiación de transacciones comerciales; servicios financieros de arrendamiento con opción de compra; todos los servicios de pago y transferencia monetaria; garantías y compromisos; intercambio comercial por cuenta propia o de clientes de instrumentos del mercado monetario (cheques, letras, certificados de depósito, etc.), divisas, productos derivados incluidos aunque no exclusivamente futuros y opciones, instrumentos de los mercados cambiarios y monetarios, p.ej. swaps y acuerdos de tipo de interés a plazo, etc., valores transferibles y otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive; participación en emisiones de toda clase de valores con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y la prestación de servicios relacionada con esas emisiones; corretaje de cambios; administración de activos; servicios de pago y compensación respecto de activos financieros; nuevos servicios financieros. En modo 2, los únicos sectores en los que Argentina no adquirió compromisos en materia de trato nacional son los siguientes: servicios de seguro de vida, contra accidentes y de salud; servicios de seguro distintos de los seguros de vida; y nuevos servicios financieros. (el subrayado figura en el original).

Véase la Lista de Compromisos Específicos de Argentina, prueba documental PAN-19.

No.	Descripción	Servicios y modos afectados
4	Regla de lo percibido para la imputación de gastos	<i>Alegación bajo el Artículo II:1 del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1 ²¹⁶ Todos los servicios cuyos pagos generen ganancias de fuente argentina al proveedor del servicio ²¹⁷
		<i>Alegación bajo el Artículo XVII del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1 ²¹⁸ Servicios cuyos pagos generen ganancias de fuente argentina al proveedor del servicio y Argentina haya adoptado un compromiso pleno en modo 1 ²¹⁹
5	Requisitos relativos a los servicios de reaseguro	<i>Alegación bajo el Artículo II:1 del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1 y 3 ²²⁰ Servicios de reaseguro ²²¹
		<i>Alegación bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1 ²²² Servicios de reaseguro ²²³
6	Requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales	<i>Alegación bajo el Artículo II:1 del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 1 ²²⁴ Servicios de administración de carteras ²²⁵
7	Requisitos para el registro de sucursales	<i>Alegación bajo el Artículo II:1 del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 3 ²²⁶ Todos los sectores ²²⁷
8	Requisito de autorización cambiaria	<i>Alegación bajo el Artículo II:1 del AGCS</i> MODO SECTOR Modo 3 ²²⁸ Todos los sectores (menos servicios financieros) ²²⁹

7.98. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial considera que Panamá ha demostrado que las ocho medidas en litigio se aplican a servicios suministrados en virtud del Artículo I:2 del AGCS y que, por lo tanto, Panamá ha demostrado que hay comercio de servicios en el sentido del Artículo I:2 del AGCS.

²¹⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.507 y 2.516.

²¹⁷ Panamá presenta esta categoría como una categoría general de servicios que abarcaría a aquéllos referidos en el Título V de la LIG, y entre ellos, los servicios de préstamo, crédito y otros que impliquen colocación de fondos. Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.507 y 2.516.

²¹⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.507 y 2.516.

²¹⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.507 y 2.516. A modo de ejemplo, Panamá menciona servicios de seguro (CCP 81293) y reaseguro (CCP 81299*); servicio de asesoramiento financiero (CCP 8131 o 8133); servicios de asesoramiento técnico o de otra índole prestado desde el exterior (incluiría el servicio de consultores en administración (CCP 865)). Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.538.

²²⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.595. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.594.

²²¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.595. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.594. A este respecto, recordamos que el Grupo Especial ha concluido que la Medida 5 no cubre los servicios de retrocesión. Véase la sección 7.1.4 *supra*.

²²² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.615.

²²³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.615. A este respecto, recordamos que el Grupo Especial ha concluido que la Medida 5 no cubre los servicios de retrocesión. Véase la sección 7.1.4 *supra*.

²²⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.692. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.694 y 2.695.

²²⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.692. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.694 y 2.695.

²²⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.730.

²²⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.730.

²²⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.787. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.790.

²²⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.787. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.790.

7.3.1.2.3.2 Segunda cuestión: Si la medidas en cuestión "afectan" al comercio de servicios en el sentido del Artículo I:1 del AGCS

7.99. Proseguimos nuestro análisis con la segunda cuestión jurídica fundamental del criterio jurídico establecido por el Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*, a saber, si las medidas impugnadas "afectan" al comercio de servicios en el sentido del Artículo I:1 del AGCS.

7.100. Recordamos que Panamá argumenta que, tal como afirmó el Órgano de Apelación en *CE – Banano III*, el Artículo I:1 del AGCS asegura la más amplia cobertura del Acuerdo justamente por su referencia a medidas que "afecten" al comercio de servicios. Así, el AGCS no sólo cubre medidas que "rigen" o "regulan" directamente al comercio de servicios, sino también cualquier otro tipo de medida que, aunque haya sido diseñada para otros fines (como por ejemplo el comercio de mercancías) "afecte", no obstante, al comercio de servicios.²³⁰

7.101. Argentina responde que, dado que Panamá no ha logrado demostrar que los servicios pertinentes sean suministrados desde el territorio de Panamá – o de cualquier otro Miembro – hacia el territorio de Argentina a través de los modos 1 y 3, Panamá no ha demostrado que hay comercio de los servicios y modos pertinentes que pueda ser "afectado" por las medidas cuestionadas en la presente diferencia.²³¹ Argentina presenta argumentos separados y adicionales para la Medida 8 y alega que la repatriación de inversiones no está directamente relacionada con el comercio de servicios y, por lo tanto, no afecta al comercio de servicios en el sentido de los Artículos I:2 y XXVIII del AGCS. Argentina concluye que la Medida 8 no está abarcada por el AGCS.²³²

7.102. El Grupo Especial recuerda que, en *CE – Banano III*, el Órgano de Apelación consideró que ninguna medida está excluida *a priori* del ámbito de aplicación del AGCS. Según el Órgano de Apelación,

El AGCS abarca cualquier medida adoptada por un Miembro que afecte al suministro de un servicio sin tener en cuenta si esa medida rige directamente el suministro de un servicio o regula otras cuestiones pero afecta de todas formas al comercio de servicios.²³³

7.103. En cuanto al término "afectar", el Órgano de Apelación explicó que:

En nuestra opinión, el empleo de la expresión "que afecten" refleja la intención de los redactores de dar al AGCS un amplio alcance. En su sentido corriente, la palabra "afectar" denota una medida que tiene "un efecto sobre", y ello indica un amplio campo de aplicación. Esta interpretación se ve reforzada por las conclusiones de grupos especiales anteriores en el sentido de que las palabras "que afecte" en el contexto del artículo III del GATT de 1947 tiene un alcance más amplio que términos tales como "regular" o "regir".²³⁴

7.104. Según Argentina, Panamá no habría logrado probar esta segunda cuestión puesto que no ha demostrado que exista comercio de servicios y no ha identificado proveedores de servicios panameños "específicos".²³⁵ Como concluimos anteriormente, a los efectos de establecer la aplicación del AGCS a las medidas en litigio, el Artículo I:1 del AGCS no exige del reclamante que demuestre la existencia de servicios o proveedores de servicios específicos, ni la existencia de transacciones reales. Observamos además que, salvo en lo que concierne a la Medida 8 a la que nos referimos posteriormente, Argentina no parece negar que las medidas en litigio "afecten" al

²³⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.13; respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 24(b).

²³¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 144.

²³² Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 2, párrs. 27-41.

²³³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 217 (donde se citan los informes del grupo especial, *CE – Banano III (Ecuador)*, párr. 7.285; *CE – Banano III (México)*, párr. 7.285 y *CE – Banano III (Estados Unidos)*, párr. 7.285).

²³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 220.

²³⁵ Véase la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 140 ("Es en relación con el primer elemento de esta prueba [si hay 'comercio de servicios' en el sentido del Artículo I:2 del AGCS] que la primera comunicación escrita de Panamá es deficiente") (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles*, párr. 155).

comercio de servicios. En efecto, Argentina explica en varias ocasiones que la razón de ser de las medidas en litigio es nivelar las condiciones de competencia entre, por un lado, servicios y proveedores de servicios de Argentina y / u otros países cooperadores y, por otro lado, servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.

7.105. Por ejemplo, al argumentar que sus medidas defensivas anti-abuso son necesarias para "nivelar las condiciones de competencia en el mercado internacional de los servicios financieros y otros servicios"²³⁶, Argentina no solamente reconoce que hay – o puede haber – comercio de servicios en estos sectores, sino también que, al nivelar las condiciones de competencia en el mercado internacional de servicios, estas medidas rigen – o por lo menos afectan – el comercio de estos servicios. Durante la primera reunión del Grupo Especial con las partes, Argentina declaró que "el derecho de los Miembros a adoptar [medidas fiscales defensivas contra jurisdicciones no cooperadoras] era comprendido por ellos con total y absoluta claridad en el momento en el cual se negoció el Acuerdo sobre Servicios ... en la Ronda Uruguay".²³⁷ Durante la misma reunión, Argentina explicó que "[l]os criterios en base a los cuales Argentina distingue entre jurisdicciones cooperativas y no cooperativas son el reflejo objetivo de diferencias regulatorias y comerciales insoslayables y fundamentales entre los servicios y proveedores de servicios de jurisdicciones cooperativas y los de jurisdicciones no cooperativas".²³⁸ Asimismo, en su segunda comunicación escrita, Argentina reconoce explícitamente que las Medidas 5 y 6 – las relativas al acceso al mercado argentino de servicios de reaseguro y al mercado argentino de capitales – afectan al suministro de servicios financieros, es decir, al comercio de servicios financieros en el sentido del Artículo I:2 del AGCS. En palabras de Argentina:

En primer lugar, las medidas en cuestión, sin duda, "afectan al suministro de servicios financieros" en el sentido del párrafo 1 (a) del Anexo sobre Servicios Financieros. De hecho, tanto los "servicios de reaseguro y retrocesión" y el comercio de "valores transferibles" se enumeran específicamente en las definiciones de los servicios financieros en el párrafo 5 (a) del Anexo sobre Servicios Financieros.²³⁹

7.106. A nuestro juicio, tales argumentos indican que, para la propia Argentina, las medidas en litigio tienen el propósito de regir o – por lo menos – de "afectar" a proveedores de servicios de otros Miembros que suministren servicios en Argentina, y, por lo tanto, tales medidas adoptadas por Argentina "afectan" al suministro de servicios en el sentido del Artículo I:1 del AGCS.

7.107. El Grupo Especial observa que Argentina presenta argumentos separados y adicionales con respecto a la Medida 8. Tal y como se describe en la sección expositiva²⁴⁰, la Medida 8 consiste en la imposición a proveedores de servicios de países no cooperadores del requisito de obtener la conformidad previa del BCRA para poder repatriar sus inversiones directas. Argentina mantiene esta medida en virtud de la Comunicación "A" 4940, Numeral I del BCRA.²⁴¹

7.108. Argentina sostiene que la conformidad previa del BCRA para repatriar inversiones que impone la Medida 8 no está abarcada por el AGCS ya que no está directamente relacionada con el comercio de servicios y, por consiguiente, no afecta al comercio de servicios en el sentido de los Artículos I:1 y XXVIII del AGCS. Según Argentina, dicha medida no afecta al establecimiento de una empresa en el país ni a la prestación de servicios por parte de esa empresa, sino que implica la revisión más detallada de la operación de acceso al mercado local de cambios para el giro de los fondos del capital invertido en el país en caso de decidirse su repatriación.²⁴²

7.109. Panamá responde que el requisito de autorización cambiaria tiene un impacto *ex ante* en la planificación de negocios en Argentina porque afecta a la decisión de establecer presencia comercial en Argentina. Panamá argumenta que si bien el requisito adicional para la repatriación

²³⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 10. Véase párr. 7.96 *supra*.

²³⁷ Declaración inicial de Argentina en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 18. Véase también la declaración inicial de Argentina en la primera reunión del Grupo Especial, párrs. 34-36 (donde se hace referencia a la Declaración del Presidente, Reunión informal del Grupo de Negociaciones sobre Servicios, 10 de diciembre de 1993, MTN.GNS/49, pág. 2).

²³⁸ Declaración inicial de Argentina en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 12.

²³⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 85.

²⁴⁰ Véanse los párrs. 2.39-2.40 *supra*.

²⁴¹ Comunicación "A" No. 4940, pruebas documentales PAN-71 / ARG-31.

²⁴² Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo Explicativo No. 2, párrs. 27-35; y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 71.

de inversiones no afecta directamente a la entrada de inversión en territorio argentino, al afectar la salida de dicha inversión tiene un efecto sobre la planificación de negocios de cualquier compañía y sobre la decisión de suministrar servicios mediante presencia comercial en Argentina. Panamá argumenta que en *Argentina – Medidas relativas a la importación*, el grupo especial constató que las prescripciones de Argentina exigiendo a los operadores que se abstuvieran de repatriar beneficios cuando su nivel de exportaciones no fuera suficiente para compensar sus importaciones "tienen un efecto limitativo de las importaciones". A juicio de Panamá, si las restricciones a la repatriación afectan a la importación de bienes, con más razón afectan a los proveedores de servicios extranjeros que establecen presencia comercial en Argentina.²⁴³

7.110. El Grupo Especial observa que, a juzgar por sus términos, la Comunicación "A" 4940 requiere que se cuente con la conformidad previa del BCRA "cuando el beneficiario del exterior sea una persona física o jurídica ...". Conforme al Artículo XXVIII(d) del AGCS, "'presencia comercial' significa todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios, de: i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, ... dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio". Del enunciado de la Comunicación "A" 4940 se desprende que el requisito de autorización cambiaria se aplica, entre otros, a proveedores de servicios que, habiendo establecido una presencia comercial²⁴⁴ en Argentina, decidan eventualmente salir del mercado argentino y, por lo tanto, repatriar su inversión.

7.111. El Grupo Especial recuerda también que, en virtud del Artículo XXVIII(c) del AGCS, la expresión "'medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios' abarca medidas referentes a: ... iii) la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Miembro en el territorio de otro Miembro para el suministro de un servicio". El término "referente a" se define como "[q]ue refiere o que expresa relación a algo".²⁴⁵ Consideramos, por lo tanto, que el concepto de "medidas ... que afecten al comercio de servicios" abarca medidas que se relacionan con la "constitución" o la "adquisición" de una persona jurídica dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio. A nuestro juicio, tal es el caso del requisito de autorización cambiaria.

7.112. El hecho de que tal requisito no se aplique al momento de establecer una presencia comercial en Argentina, sino más bien al momento de la salida de dicha inversión del mercado argentino, no impide que dicho requisito se relacione con el suministro de servicios mediante presencia comercial, tal y como se define a este modo en el Artículo I:2 del AGCS. En efecto, tal medida puede tener un impacto sobre la decisión de un proveedor de servicios de invertir en ese mercado o, en términos del AGCS, de establecer una presencia comercial. A nuestro juicio, una medida que, por ejemplo, prohibiera totalmente la repatriación del capital invertido al momento de salir del mercado influiría muy probablemente en la decisión de dicho proveedor de establecer o no una presencia comercial en dicho mercado. A nuestro parecer, una determinación que implicase dejar fuera del alcance del AGCS aquellas medidas que se aplican en el momento en el que una persona jurídica abandona un mercado podría abrir una brecha en el Acuerdo, ya que significaría que medidas que influyen en la decisión de establecerse en el territorio de un Miembro no estarían abarcadas por el Acuerdo. Por todo ello, consideramos que la Medida 8 afecta al comercio de servicios en el sentido del Artículo I:1 y, por lo tanto, está abarcada por el AGCS.

7.113. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye que las ocho medidas en litigio "afectan" al comercio de servicios en el sentido del Artículo I:1 del AGCS.

7.3.1.2.4 Conclusión

7.114. Habiendo determinado que Panamá ha demostrado que hay comercio de servicios y que las ocho medidas en litigio en la presente diferencia "afectan al comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:1 del AGCS, el Grupo Especial constata que el AGCS es aplicable a la

²⁴³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.780, 2.783 y 2.784 (donde se cita el informe del grupo especial, *Argentina – Medidas relativas a la importación*, párr. 6.259).

²⁴⁴ El Artículo XXVIII(d) del AGCS define "presencia comercial" como "todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios, de: i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, o ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio".

²⁴⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1875.

Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados), la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia), la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos), la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro), la Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales), la Medida 7 (requisitos para el registro de sucursales) y la Medida 8 (requisito de autorización cambiaria).

7.115. Por consiguiente, procedemos a examinar las alegaciones de Panamá al amparo del AGCS, comenzando por las formuladas al amparo del Artículo II de dicho Acuerdo.

7.3.2 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo II:1 del AGCS

7.3.2.1 Principales argumentos de las partes

7.3.2.1.1 Panamá

7.116. Panamá alega que las ocho medidas en litigio son incompatibles con el Artículo II:1 del AGCS porque otorgan a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores un trato menos favorable que el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.²⁴⁶

7.117. En lo que concierne a los argumentos sobre si las medidas en litigio caen dentro del ámbito del Artículo II:1 del AGCS, nos remitimos a la sección 7.3.1 *supra*.

7.118. En lo que respecta a si los servicios y proveedores de servicios concernidos por las medidas en litigio son similares, Panamá alega que la distinción regulatoria que establecen las medidas argentinas en litigio se basa única y exclusivamente en el origen del proveedor del servicio.²⁴⁷ Panamá argumenta que en situaciones como la del presente caso, en las que la distinción regulatoria se basa exclusivamente en el origen, como establece el texto de la propia medida²⁴⁸, la similitud se presume y no hay necesidad de hacer demostraciones casuísticas de que los servicios y/o proveedores de servicios son similares ni examinar la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios.²⁴⁹ Panamá se basa en lo afirmado a este respecto por el grupo especial en *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. Según este grupo especial, cuando el único factor en el que la medida basa la diferencia entre proveedores es el origen, los proveedores de servicios son 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.²⁵⁰

7.119. Panamá añade que la existencia de razones (legítimas o no) que justifiquen la distinción entre proveedores de servicios en función de su origen no es relevante para la determinación de la similitud de éstos.²⁵¹ Panamá considera que, en caso de existir, estas razones deberían examinarse bajo las excepciones del AGCS.²⁵²

7.120. Aunque según Panamá la distinción entre proveedores de servicios en la presente diferencia se basa exclusivamente en el origen de los mismos, Panamá considera que, en el caso de que el Grupo Especial quisiera analizar en más detalle la similitud de los proveedores de servicios, podría recurrir, no sin antes realizar ciertos ajustes, a los cuatro criterios tradicionales de

²⁴⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 5.1.a, 5.1.b(i), 5.1.c(i), 5.1.d(i), 5.1.e(i), 5.1.f, 5.1.g y 5.1.h.

²⁴⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.16-4.18, 4.34, 4.110, 4.112, 4.156-4.158, 4.246, 4.256, 4.309, 4.317, 4.339, 4.397, 4.422-4.423 y 4.449. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.30, 2.38, 2.42, 2.54, 2.602, 2.697, 2.733 y 2.787.

²⁴⁸ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 32.

²⁴⁹ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 33. Véanse también las respuestas de Panamá a las preguntas del Grupo Especial Nos. 27 y 28 (donde se cita el informe del grupo especial, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párr. 6.164).

²⁵⁰ Panamá cita el informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

²⁵¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.46 y 2.47; y respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 28.

²⁵² Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.128, 2.274, 2.421, 2.522 y 2.608; y respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 29.

similitud usados en el comercio de mercancías: la naturaleza de los servicios, su finalidad, las preferencias del consumidor, y cualquier posible clasificación gubernamental.²⁵³ En todo caso, Panamá no entiende cómo la existencia o no de un acuerdo de intercambio de información fiscal podría tener un impacto sobre alguno de estos cuatro criterios²⁵⁴ y opina que aceptar este hecho implicaría someter el análisis de la similitud a la voluntad unilateral de cada Miembro.²⁵⁵

7.121. En contraposición con la visión presentada por Argentina, Panamá aduce que el entorno regulatorio es un factor externo al proveedor de servicios que sólo podría ser relevante en tanto que sea percibido por el mercado y, por lo tanto, afecte a la relación de competencia de los proveedores.²⁵⁶ De lo contrario, la interpretación de Argentina conllevaría una evaluación de la similitud en base a los "objetivos y efectos" de la norma, enfoque que ha sido rechazado repetidamente por el Órgano de Apelación.²⁵⁷ A juicio de Panamá, los objetivos normativos de la medida no deberían ser tenidos en cuenta en el análisis de la similitud.²⁵⁸

7.122. En lo que respecta a si las medidas en litigio otorgan un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios similares, Panamá argumenta que las medidas impugnadas otorgan un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores porque alteran las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores *vis-a-vis* los proveedores similares de países cooperadores.²⁵⁹

7.123. Panamá considera que para examinar si existe trato menos favorable bajo el Artículo II del AGCS no es necesario evaluar si el efecto perjudicial de una medida se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.²⁶⁰

7.124. Panamá también considera que, al contrario de lo indicado por Argentina, no se debe examinar la existencia de trato menos favorable antes y después de haber examinado el elemento de "similitud".²⁶¹ Según Panamá, el estándar jurídico consagrado en la jurisprudencia indica que se examina el elemento relativo a la similitud de forma previa al examen del elemento relativo al trato menos favorable.²⁶²

7.125. Más concretamente, en lo que respecta a la existencia de trato no menos favorable para cada una de las medidas en litigio, Panamá alega en relación a la Medida 1 que los pagos por servicios prestados por proveedores de países no cooperadores reciben una carga tributaria superior a la aplicada a los pagos por servicios concluidos con proveedores de países cooperadores.²⁶³ Panamá considera que esta carga tributaria superior aplicada sobre los pagos por servicios prestados por proveedores de países no cooperadores "anula la igualdad de condiciones de competencia en el mercado argentino" entre servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores, resultando así en un trato menos favorable para éstos últimos.²⁶⁴

7.126. Por lo que respecta a la Medida 2, Panamá alega que los servicios prestados desde países no cooperadores suponen una mayor carga para el consumidor del servicio, ya que la AFIP le presume un incremento de patrimonio de manera injustificada. Esta presunción deberá ser

²⁵³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.131, 2.276, 2.524 y 2.604. Véanse también las respuestas de Panamá a las preguntas del Grupo Especial Nos. 23, 30 y 69.

²⁵⁴ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 69.

²⁵⁵ Respuestas de Panamá a las preguntas del Grupo Especial Nos. 29 y 69.

²⁵⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.266, 2.412, 2.515, 2.701, 2.735 y 2.789. Véase también la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 31.

²⁵⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.129, 2.275, 2.422, 2.523 y 2.605.

²⁵⁸ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 29.

²⁵⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.36-4.41, 4.113-4.127, 4.247-4.248, 4.310-4.311, 4.340-4.343, 4.398-4.403, 4.424-4.436 y 4.450-4.457.

²⁶⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.73, 2.612, 2.706, 2.744 y 2.796 (donde se hace referencia a su respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 41, que a su vez hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.125).

²⁶¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.56.

²⁶² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.63.

²⁶³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.37; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.139.

²⁶⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.38.

refutada por el consumidor a través de la entrega de la documentación pertinente que acredite la existencia de una operación legítima.²⁶⁵ Panamá alega que, en primer lugar, esta medida desincentiva el consumo de servicios suministrados por proveedores de países no cooperadores porque representa una carga administrativa y genera un riesgo tributario. A juicio de Panamá, incluso si el consumidor del servicio consigue refutar la presunción, la mera existencia de la presunción en sí misma supone un trato menos favorable para los proveedores de servicios no cooperadores ya que conlleva la posibilidad de que se produzca una determinación en contra. En segundo lugar, Panamá señala que el consumidor debe cumplir con pasos adicionales (la entrega de documentación para refutar la presunción) que no se prevén en caso de que contrate servicios de proveedores de servicios similares de países cooperadores. Por todo ello, Panamá considera que la medida otorga un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de los países no cooperadores.²⁶⁶

7.127. Por lo que respecta a la Medida 3, Panamá aduce que la aplicación de este régimen de valoración supone cargas adicionales para aquellos contribuyentes argentinos que decidan contratar con proveedores de servicios de países no cooperadores. Según Panamá, este régimen más gravoso no aplicaría si el contribuyente argentino contratara los servicios de un proveedor situado en un país cooperador.²⁶⁷ A juicio de Panamá, esta prescripción adicional claramente modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores ya que la contratación de éstos últimos se vuelve más onerosa en comparación con los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores. Por lo tanto, Panamá considera que Argentina otorga a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores un trato menos favorable que el otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.²⁶⁸

7.128. Por lo que respecta a la Medida 4, Panamá aduce que "para el contribuyente argentino la adquisición de servicios de sujetos de los países [no cooperadores] implica en el marco de las imputaciones de gastos, una clara desventaja de índole tributaria, contable y económica" ya que sólo podrá imputar los gastos incurridos con proveedores de países no cooperadores cuando se pague el servicio y no en el periodo en el que se devengue la obligación, como es el caso con proveedores de servicios de países cooperadores. Para Panamá, el desincentivo generado por la "distorsión del manejo contable-tributario" derivado de la aplicación de esta medida altera las condiciones de competencia entre servicios y proveedores de servicios similares extranjeros y otorga un trato menos favorable a los proveedores de servicios de países no cooperadores, en comparación con el otorgado a proveedores de servicios similares de países cooperadores.²⁶⁹

7.129. Por lo que respecta a la Medida 5 tras la modificación de marzo de 2014, Panamá sostiene que Argentina permite a proveedores de países cooperadores suministrar los servicios de reaseguro a través de comercio transfronterizo (modo 1) o presencia comercial (modo 3) mientras que establece condiciones para el suministro de estos servicios por parte de proveedores de servicios de países no cooperadores. Estas condiciones consisten en que la entidad (o su casa matriz) que suministra el servicio debe estar sujeta al control y fiscalización de un organismo que tenga funciones similares a la SSN con el que se haya firmado un memorando de entendimiento.²⁷⁰ Panamá considera que el trato menos favorable se materializa en la incertidumbre que rodea el cumplimiento de las condiciones establecidas, que conlleva una alteración de las condiciones de competencia.²⁷¹

7.130. Por lo que respecta a la Medida 6, Panamá alega que existe un trato menos favorable para los proveedores de servicios de administración de carteras ya que las restricciones que se aplican a los agentes de intermediación bursátil les sitúan en una posición de desventaja frente a proveedores de servicios similares de países cooperadores. Esto es así porque los agentes

²⁶⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.114.

²⁶⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.118, 4.119, 4.124 y 4.126; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.280-2.281 y 2.285.

²⁶⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.247; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.426.

²⁶⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.248; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.427.

²⁶⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.310 y 4.311; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.532 y 2.533.

²⁷⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.610.

²⁷¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.612.

registrados (que prestan servicios de intermediación bursátil) sólo pueden cursar operaciones en el mercado de capitales argentino si son ordenadas por sujetos de países cooperadores.²⁷² A juicio de Panamá, la medida "limita las opciones de inversión de los administradores de cartera de los países [no cooperadores]" al restringirles el acceso a servicios auxiliares esenciales como son los de intermediación bursátil. Panamá sostiene que la medida concede a los proveedores de servicios de administración de carteras de países cooperadores una ventaja que no se extiende inmediata e incondicionalmente a los proveedores similares de países no cooperadores.²⁷³

7.131. Por lo que respecta a la Medida 7, Panamá aduce que el mero hecho de que exista una prescripción adicional para las sucursales de sociedades de países no cooperadores "es un indicio significativo" de la existencia de trato menos favorable.²⁷⁴ Panamá sostiene que se da un trato menos favorable a los proveedores de servicios de países no cooperadores porque la acreditación de actividad empresarial efectiva económicamente significativa en el lugar de constitución que se les exige (i) limita el desarrollo de ciertos modelos de negocios que conllevan la creación paralela de varios establecimientos comerciales y, (ii) supone una carga administrativa añadida.²⁷⁵

7.132. Por lo que respecta a la Medida 8, Panamá considera que el mero hecho de que la normativa establezca una prescripción adicional (la conformidad previa del BCRA) es indicador de que existe un trato menos favorable.²⁷⁶ Panamá aduce que esta normativa, al restringir la repatriación de inversiones directas, desincentiva el establecimiento de proveedores de servicios de países no cooperadores.²⁷⁷ Panamá añade que, a la limitación, se le suma la incertidumbre sobre si el BCRA finalmente autorizará el acceso al Mercado Único Libre de Cambios (MULC). A juicio de Panamá, esta discrecionalidad en el otorgamiento de la autorización para acceder al MULC también tiene consecuencias negativas para los proveedores de servicios de países no cooperadores *vis-a-vis* aquellos proveedores de servicios similares de países cooperadores.²⁷⁸ Panamá afirma que el hecho de soportar una carga administrativa adicional (la solicitud de autorización al BCRA) y la incertidumbre que rodea al proceso de autorización sitúan a los proveedores de países no cooperadores en una desventaja competitiva respecto a proveedores de servicios similares de países cooperadores.²⁷⁹

7.133. En relación a la cuestión de si el trato no menos favorable es otorgado inmediata e incondicionalmente a los servicios y proveedores de servicios similares, Panamá alega que la Medida 1 establece una condición para que los proveedores de servicios de países no cooperadores gocen del trato más favorable que se otorga a países cooperadores. Está condición es que la jurisdicción de origen del proveedor debe haber suscrito con Argentina convenios de intercambio de información y que por aplicación de sus normas internas no se pueda alegar secreto bancario, bursátil o de otro tipo como respuesta a una petición de información.²⁸⁰ En relación a las Medidas 5 y 6, Panamá sostiene que se imponen condiciones a los proveedores de servicios de países no cooperadores para poder acceder a una ventaja. En el caso de la Medida 5, la ventaja consiste en el acceso al mercado de reaseguros argentino mientras que en el caso de la Medida 6 la ventaja consiste en el acceso al mercado de valores argentino. A juicio de Panamá, la concesión de ventajas no puede supeditarse a ninguna condición, por lo que la mera existencia de una condición permite concluir que la medida es incompatible con el Artículo II:1 del AGCS.²⁸¹

²⁷² Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.398 y 4.399.

²⁷³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.402. (Nota del original) Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV. (Prueba documental PAN-58)

²⁷⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.739 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 138). Véase también la primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.417.

²⁷⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.425.

²⁷⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.445. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.792.

²⁷⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.451. (Nota del original) Numeral 1.13 de la Comunicación "A" 4662, modificado por el numeral 1 de la Comunicación "A" 4692. (Pruebas documentales PAN-67, PAN-68).

²⁷⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.453 y 4.454.

²⁷⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.455.

²⁸⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.41.

²⁸¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.402; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.611 y 2.705.

7.3.2.1.2 Argentina

7.134. Argentina sostiene que las ocho medidas en litigio no son incompatibles con el Artículo II:1 del AGCS porque Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que el AGCS sea aplicable a dichas medidas ni que el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores sea menos favorable que el otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.²⁸² Asimismo, Argentina sostiene que, incluso si Panamá hubiera establecido una presunción *prima facie* de trato menos favorable, Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que los servicios y proveedores de servicios sean similares.²⁸³

7.135. En lo que concierne a los argumentos sobre si las medidas en litigio caen dentro del ámbito del Artículo II:1 del AGCS, nos remitimos a la sección 7.3.1 *supra*.

7.136. En lo que respecta a si los servicios y proveedores de servicios concernidos por las medidas en litigio son similares, Argentina aduce que las diferencias regulatorias entre los proveedores de servicios objeto de comparación son relevantes para determinar su similitud en la medida en que afectan la manera de operar de los proveedores en el mercado.²⁸⁴ Argentina considera que la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el marco del comercio de bienes en el sentido de que las diferencias regulatorias son relevantes para la similitud en la medida en que "tengan repercusiones en la relación de competencia entre dos o más productos"²⁸⁵ es aplicable al AGCS.²⁸⁶ Asimismo, Argentina sostiene que dichas diferencias regulatorias son relevantes para el examen de similitud "aunque esas diferencias no se reflejen plenamente en el mercado" y "aún cuando esas diferencias normativas no afecten a las características esenciales del servicio".²⁸⁷ En todo caso, Argentina entiende que, en el presente caso, las diferencias regulatorias entre proveedores de los servicios en cuestión afectan a la manera como el proveedor suministra el servicio y, por lo tanto, afectan a la relación de competencia.²⁸⁸

7.137. Argentina alega que la naturaleza cooperadora o no cooperadora de una jurisdicción es "una característica esencial del servicio que los consumidores de servicios están buscando cuando eli[g]en hacer un negocio en una jurisdicción no cooperativa".²⁸⁹ Argentina entiende, pues, que el intercambio de información fiscal es una característica de los servicios y proveedores de servicios que se refleja en las condiciones de competencia.²⁹⁰ Para Argentina, si Panamá quisiera refutar su argumento debería demostrar que la distinción regulatoria que aplica la medida en litigio no afecta a las características comerciales o regulatorias de los servicios o proveedores de servicios.²⁹¹

7.138. Argentina argumenta que el origen de un servicio o de un proveedor de servicios es un factor relevante para determinar la similitud ya que puede afectar a las características del proveedor del servicio.²⁹² En este sentido, Argentina aclara que no descarta que haya situaciones en las que el principio del origen sea de aplicación, aunque no es el caso en la presente diferencia ya que las medidas en litigio tienen una relación objetiva con los servicios y proveedores de servicios en cuestión.²⁹³ En todo caso, Argentina considera que la distinción *de jure* / *de facto*, que fue desarrollada por la jurisprudencia en el marco del comercio de bienes, no puede ser directamente aplicada al AGCS ya que los Artículos I y III del GATT de 1994 se refieren

²⁸² Primera comunicación escrita de Argentina, Secciones III y III.A.

²⁸³ Primera comunicación escrita de Argentina, Sección III.B.

²⁸⁴ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 31.

²⁸⁵ Argentina se refiere al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 119.

²⁸⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 185.

²⁸⁷ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 29. Véanse también la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 187; y la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 31.

²⁸⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 188 y 210. Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 33.

²⁸⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 210.

²⁹⁰ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 9. Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 71.

²⁹¹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 35.

²⁹² Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 10, 24 y 34.

²⁹³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 196; y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 32(a).

únicamente a "productos similares" mientras que el AGCS se refiere a "servicios y proveedores de servicios similares".²⁹⁴

7.139. Asimismo, Argentina sostiene que el empleo de la conjunción "y" en la expresión "servicios y proveedores de servicios similares" de los Artículos II y XVII del AGCS indica que la similitud debe ser evaluada teniendo en cuenta tanto las características relevantes de los servicios como de los proveedores de servicios.²⁹⁵ En opinión de Argentina, esto se debe a que las características de un servicio son a menudo inseparables de las características del proveedor del servicio.²⁹⁶

7.140. En lo que respecta a si las medidas en litigio otorgan un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios similares, Argentina argumenta que el trato diferenciado que existe en la presente diferencia se debe a su adhesión a normas de intercambio eficaz de información fiscal que rigen a nivel internacional. Argentina sostiene que estos estándares son, en principio, asumibles por cualquier Miembro.²⁹⁷

7.141. Argentina considera que Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que los servicios y los proveedores de servicios de origen panameño reciban un trato menos favorable en comparación con los servicios y los proveedores de servicios similares de cualquier otro país o de origen argentino. Esto es así porque Argentina ha designado a Panamá como jurisdicción cooperadora.²⁹⁸ En este sentido, Argentina sostiene que los servicios y proveedores de servicios que deben ser comparados para determinar la existencia de trato no menos favorable en el sentido del Artículo II del AGCS son, por una parte, los del Miembro reclamante y, por otra parte, los servicios y proveedores de servicios similares de cualquier otro Miembro que supuestamente reciban un trato más favorable.²⁹⁹

7.142. Argentina alega que el término "trato no menos favorable" en el Artículo II (y el XVII) del AGCS debe ser interpretado igual que en el contexto del Artículo 2.1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), es decir, en el sentido de que no existe trato menos favorable si el impacto negativo de la medida en las condiciones de competencia en el mercado argentino para servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores "se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".³⁰⁰

7.143. Asimismo, Argentina alega que la distinción reglamentaria entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras es legítima y que las medidas impugnadas se basan en criterios objetivos reconocidos internacionalmente que son susceptibles de cumplimiento por cualquier Miembro.³⁰¹

7.144. Argentina no presenta argumentos relativos al otorgamiento del trato no menos favorable *inmediata e incondicionalmente* en el marco del Artículo II del AGCS.

7.3.2.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.3.2.2.1 Introducción

7.145. La cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial es si las ocho medidas en litigio son incompatibles con el Artículo II:1 del AGCS. En respuesta a estas alegaciones de Panamá, Argentina afirma que sus medidas no son incompatibles con el Artículo II:1 del AGCS porque Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que el AGCS sea aplicable a dichas

²⁹⁴ Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 24, 26 y 31.

²⁹⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 184. No obstante, cabe señalar que Argentina no considera necesario que el Grupo Especial resuelva si el examen de similitud debe hacerse sobre una base acumulativa (teniendo en cuenta tanto el servicio como el proveedor del servicio) o sobre una base disyuntiva (teniendo en cuenta el servicio o el proveedor del servicio). Véase la primera comunicación escrita de Argentina, nota de pie de página 131.

²⁹⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 182-184; y segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 33.

²⁹⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 196.

²⁹⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

²⁹⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 149 y 154.

³⁰⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 228 y 229.

³⁰¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 231 y 232.

medidas, de que los servicios y proveedores de servicios sean similares, ni de que exista trato menos favorable.³⁰²

7.146. Comenzaremos por examinar el enunciado del Artículo II:1 del AGCS para establecer el criterio jurídico aplicable teniendo en cuenta la escasa jurisprudencia al respecto. Desde esa perspectiva, procederemos a determinar si las ocho medidas en litigio infringen dicha disposición.³⁰³

7.3.2.2.2 La disposición jurídica pertinente

7.147. El Artículo II:1 del AGCS establece lo siguiente:

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.

7.148. El Artículo II:1 consagra el principio general de trato de la nación más favorecida (NMF) imponiendo una obligación general e incondicional de otorgar un trato NMF que se aplica con independencia de si existen compromisos específicos en el(los) sector(es) en cuestión. Esta obligación de trato NMF se aplica a todos los sectores de servicios, salvo en la medida en que un Miembro haya consignado exenciones NMF en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, tal y como se prevé en el Artículo II:2 del AGCS.³⁰⁴ Observamos que Argentina no ha consignado ninguna exención NMF relevante en el presente caso.

7.3.2.2.3 El criterio jurídico bajo el Artículo II:1 del AGCS

7.149. El enunciado del Artículo II:1 del AGCS sugiere que Panamá debe acreditar *prima facie* su reclamación demostrando (i) en primer lugar, que las medidas en litigio están abarcadas por el Artículo II:1 del AGCS; (ii) en segundo lugar, que los servicios y los proveedores de servicios relevantes son "similares"; y (iii) en tercer lugar, que las medidas en litigio otorgan "inmediata e incondicionalmente" un "trato no menos favorable" a los servicios y proveedores de servicios similares.

7.150. Procedemos a analizar si Panamá ha cumplido con estos requisitos separadamente.

7.3.2.2.3.1 Primer requisito: Si las medidas en litigio están abarcadas por el Artículo II:1 del AGCS

7.151. Sobre el cumplimiento de este primer elemento, nos remitimos a la sección 7.3.1 *supra* donde concluimos que, habiendo determinado que Panamá ha demostrado que hay "comercio de servicios" y que las ocho medidas en litigio en la presente diferencia "afectan" al comercio de servicios en el sentido del Artículo I:1 del AGCS, el Grupo Especial constata que el AGCS es aplicable a dichas medidas. Por lo tanto, Panamá ha cumplido con el primer requisito de acreditar que las ocho medidas en litigio están abarcadas por el AGCS.

³⁰² Primera comunicación escrita de Argentina, Secciones III, III.A y III.B.

³⁰³ Encontramos de especial utilidad lo afirmado por el Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles* respecto a cómo debe un grupo especial abordar el examen de la compatibilidad de una medida con el Artículo II:1 del AGCS. Según el Órgano de Apelación, tras haber respondido de forma positiva a las cuestiones previas de si existe "comercio de servicios" y si la medida objeto de examen "afecta" al comercio de servicios, un grupo especial debe interpretar el texto de dicho artículo. Una vez interpretado, el grupo especial debe formular "constataciones fácticas en relación con el trato otorgado a los servicios ... y a los proveedores de servicios [en litigio] ..." y, como último paso, debe aplicar su interpretación del Artículo II:1 a dichas constataciones. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párrs. 170 y 171.

³⁰⁴ El Artículo II:2 del AGCS dispone lo siguiente:

Un Miembro podrá mantener una medida incompatible con el párrafo 1 siempre que tal medida esté enumerada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en el mismo.

7.152. Proseguimos, por lo tanto, con el análisis del segundo requisito, a saber, si Panamá ha acreditado que los servicios y los proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores son similares.

7.3.2.2.3.2 Segundo requisito: Si los servicios y los proveedores de servicios son similares

7.153. Recordamos que Panamá alega que la distinción regulatoria que establecen las medidas argentinas en litigio se basa única y exclusivamente en el origen del proveedor del servicio³⁰⁵ y que, en consecuencia, no hay necesidad de hacer demostraciones casuísticas de que los servicios y/o proveedores de servicios son similares ni examinar la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios.³⁰⁶

7.154. Por su parte, Argentina aduce que las diferencias regulatorias entre los proveedores de servicios objeto de comparación son relevantes para determinar su similitud en la medida en que afectan la manera de operar de los proveedores en el mercado.³⁰⁷ Asimismo, Argentina discrepa de Panamá respecto a la transposición al AGCS de la distinción *de jure / de facto* desarrollada por la jurisprudencia en el marco del comercio de bienes. En este sentido, Argentina sostiene que esta distinción no puede ser directamente aplicada al AGCS ya que el AGCS se refiere a "servicios y proveedores de servicios similares", mientras que los Artículos I y III del GATT de 1994 se refieren únicamente a "productos similares".³⁰⁸

7.155. Comenzaremos nuestro análisis del requisito de similitud bajo el Artículo II:1 del AGCS con un repaso a la escasa jurisprudencia existente al respecto en el marco del comercio de servicios que nos sirva de guía en nuestro ejercicio interpretativo. La primera de las pocas diferencias en las que se ha abordado el tema de la "similitud" en el marco del AGCS fue *CE – Banano III*. En ese caso, el grupo especial, en una constatación que no fue posteriormente examinada en apelación, consideró relevantes "la naturaleza y características" de los servicios en cuestión a la hora de determinar su similitud. Asimismo, el grupo especial concluyó que, en la medida en que las entidades suministran tales servicios similares, son también proveedores de servicios similares.³⁰⁹

7.156. En lo que respecta a la similitud de proveedores de servicios, el grupo especial en *Canadá – Automóviles* siguió la línea marcada en *CE – Banano III* y consideró que, "en la medida en que los proveedores de servicios involucrados suministran los mismos servicios, deben considerarse 'similares' a los efectos del presente asunto".³¹⁰ Este mismo enfoque fue seguido posteriormente por el grupo especial en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* en su examen del concepto de similitud bajo el Artículo XVII del AGCS. En esta diferencia, donde las partes no cuestionaron la similitud de los proveedores de servicios, el grupo especial concluyó que cuando el "único factor" en el que una medida basa la diferencia de trato entre proveedores nacionales y extranjeros es el "origen", el requisito de similitud se cumple. Concretamente, el grupo especial sostuvo 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 una medida sean iguales en todos los aspectos importantes salvo en lo que respecta al origen.³¹¹

³⁰⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.16-4.18, 4.34, 4.110, 4.112, 4.156-4.158, 4.246, 4.256, 4.309, 4.317, 4.339, 4.397, 4.422-4.423 y 4.449. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.30, 2.38, 2.42, 2.54, 2.602, 2.697, 2.733 y 2.787.

³⁰⁶ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 33. Véanse también las respuestas de Panamá a las preguntas del Grupo Especial Nos. 27 y 28 (donde se cita el informe del grupo especial, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párr. 6.164).

³⁰⁷ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 31.

³⁰⁸ Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 26 y 31.

³⁰⁹ Informe del grupo especial, *CE – Banano III*, párr. 7.322.

³¹⁰ Informe del grupo especial, *Canadá – Automóviles*, párr. 10.248.

³¹¹ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975 (donde se citan los informes de los grupos especiales en *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrs. 6.164-6.167 y *Argentina – Pieles y cueros*, párrs. 11.168 y 11.169) (no se reproduce la nota de pie de página).

7.157. Panamá se ha referido a este pasaje de jurisprudencia en repetidas ocasiones al argumentar que, en el caso que nos ocupa, la diferencia de trato radica exclusivamente en el origen de los proveedores de servicios y, por lo tanto, debe presumirse su similitud.³¹²

7.158. El grupo especial en *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, sin embargo, también precisó que:

[E]n 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".³¹³

7.159. Fue precisamente en estos "otros factores" en los que se centró el grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico*. En esa diferencia, el grupo especial realizó un análisis más detallado de la similitud al considerar que la diferencia de trato no se vinculaba exclusivamente al origen de los proveedores de servicios, sino a "otros factores".³¹⁴ Tras examinar el sentido corriente del término "similar" y el contexto de la expresión "servicios similares" en el Artículo XVII del AGCS, el grupo especial concluyó que "los servicios similares son servicios que están en relación competitiva unos con otros (o lo estarían si se permitiera que se prestaran en un mercado en particular)".³¹⁵

7.160. Concurrimos con el grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico* en que la interpretación de la expresión "servicios y proveedores de servicios similares" debe partir del sentido corriente de sus términos teniendo en cuenta el contexto del propio Artículo II, así como otras disposiciones del AGCS. De ahí que no veamos obstáculo en utilizar la misma interpretación de similitud utilizada por el grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico* a pesar de haber sido desarrollada en el marco del Artículo XVII del AGCS.

7.161. A nuestro juicio, 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. Si bien el Órgano de Apelación ha mostrado cautela respecto a transponer directamente todas las interpretaciones desarrolladas bajo el Artículo XVII al Artículo II del AGCS³¹⁶, consideramos de utilidad el contexto proporcionado por esta disposición ya que el Órgano de Apelación ha trasladado interpretaciones desarrolladas bajo el Artículo XVII al Artículo II del AGCS.³¹⁷ En efecto, no solo el término a interpretar es el mismo sino que el contexto proporcionado por el término "trato no menos favorable" está también presente, informando en ambos casos la determinación de la similitud. Así lo han considerado también anteriores grupos especiales y el Órgano de Apelación en el marco del Artículo III:4 del GATT de 1994 y el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

7.162. Si bien somos conscientes del peligro que supondría hacer una transposición directa de la jurisprudencia de otros acuerdos abarcados al AGCS³¹⁸, opinamos que en el marco de una determinación de similitud existen suficientes elementos en común en estos tres acuerdos como para adoptar una interpretación de similitud basada en la relación de competencia entre los servicios y proveedores de servicios relevantes. A nuestro juicio, este enfoque no nos impide tener

³¹² Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.16, 4.110, 4.149, 4.246, 4.256, 4.265, 4.277-4.278, 4.309, 4.317, 4.339, 4.397, 4.423 y 4.449; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.30, 2.32, 2.38, 2.45, 2.297-2.298, 2.600-2.601, 2.697, 2.733 y 2.787.

³¹³ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

³¹⁴ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.697.

³¹⁵ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.700.

³¹⁶ En este sentido, el Órgano de Apelación afirmó que "las disposiciones que figuran en otros artículos del AGCS relacionadas con las obligaciones de trato nacional, así como la práctica anterior del GATT relacionada con la interpretación de la obligación de trato nacional prevista en el artículo III del GATT de 1994, no son necesariamente pertinentes a la interpretación del artículo II del AGCS". Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 231.

³¹⁷ Por ejemplo, el Órgano de Apelación afirmó que los Artículos II y XVII del AGCS cubren tanto discriminación *de jure* como discriminación *de facto*. Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrs. 233 y 234.

³¹⁸ En este sentido, el grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico* advirtió del peligro de transponer directamente la jurisprudencia sobre similitud bajo el GATT de 1994 a la esfera del comercio de servicios. Véase el informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.698.

en cuenta las características específicas del comercio de servicios como son, en particular, la intangibilidad de los servicios y la existencia de cuatro modos de suministro.³¹⁹

7.163. Tomando como punto de partida la relación de competencia entre los servicios y proveedores de servicios, avanzamos en nuestro análisis de la similitud teniendo en cuenta las circunstancias particulares de nuestro caso³²⁰ y considerando la totalidad de argumentos y pruebas concernientes a la relación de competencia entre los servicios y proveedores de servicios objeto de la comparación.³²¹ Entendemos, al igual que las partes, que el análisis de similitud en el marco del Artículo II:1 del AGCS concierne, por un lado, a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores y, por otro lado, a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores. Recordemos que dicha distinción se refleja en todas y cada una de las medidas en litigio en virtud de lo establecido en el Decreto No. 589/2013.³²²

7.164. Ya hemos visto anteriormente que Panamá considera que la única razón del trato diferenciado entre unos y otros es el origen y por ello nos pide que apliquemos la presunción de similitud en base al origen aplicable en el marco del GATT de 1994.³²³ Argentina considera que esta presunción no puede ser trasladada directamente al marco del AGCS porque los Artículos II y XVII del AGCS, a diferencia de sus homólogos en materia de mercancías, se refieren a "servicios y proveedores de servicios similares".³²⁴ Argentina considera que no se trata meramente de una cuestión del origen del servicio o proveedor de servicios, sino también de las características que van intrínsecamente unidas al origen de dicho servicio o proveedor.³²⁵ Estas características vienen definidas por, entre otros criterios, aspectos del marco regulatorio en sus países de origen que afectan al suministro de los servicios. Más concretamente, Argentina se refiere en la presente diferencia a los aspectos del marco regulatorio relativos a la transparencia fiscal.³²⁶

7.165. Concurrimos con Argentina en que la presunción de similitud en base al origen aplicable en el marco del GATT de 1994 no es directamente trasladable al marco del AGCS debido a la referencia a "servicios y proveedores de servicios similares" en el AGCS, referencia que no tiene equivalente en el GATT de 1994, que sólo se refiere a "productos similares". Así pues, como explicó el Grupo Especial en *China – Servicios de pago electrónico*, tenemos que determinar si la diferencia de trato se puede deber asimismo a "otros factores".³²⁷ A tal fin, examinaremos en primer lugar si la diferencia de trato entre países cooperadores y no cooperadores es debida al origen. Si concluimos que dicha diferencia no es debida exclusivamente al origen, proseguiremos nuestro 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.

7.166. 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

³¹⁹ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.698.

³²⁰ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.701.

³²¹ Cabe señalar que esta afirmación se produjo en un contexto en el cual el grupo especial consideró que la diferencia de trato no estaba vinculada exclusivamente al origen y, por lo tanto, examinó en detalle la vinculación de esa diferencia de trato con "otros factores". Véase el informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.702 (no se reproducen las notas de pie de página).

³²² Véase la sección 2.2 *supra*. Recordamos que el Artículo 1º del Decreto No. 589/2013 prevé la sustitución de las referencias a "países de baja o nula tributación" por "países no considerados 'cooperadores a los fines de la transparencia fiscal'". Véanse las pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

³²³ Véase la primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.16-4.18, 4.34, 4.110, 4.112, 4.156-4.158, 4.246, 4.256, 4.309, 4.317, 4.339, 4.397, 4.422-4.423 y 4.449. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.30, 2.38, 2.42, 2.54, 2.602, 2.697, 2.733 y 2.787.

³²⁴ Segunda comunicación de Argentina, párrs. 26 y 31.

³²⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 185-210. Véanse también la segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 9, 10, 24, 26, 31 y 34; y las respuestas de Argentina a las preguntas del Grupo Especial Nos. 29, 31, 32, y 71.

³²⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 9. Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 71.

³²⁷ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.697.

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.

7.167. Recordamos que Panamá sostiene que cuando la discriminación por origen ya viene establecida en la propia ley, no hace falta analizar ningún otro factor para determinar la similitud de los servicios y proveedores de servicios.³²⁸ Argentina responde que el origen de un servicio o de un proveedor de servicios es un factor relevante para determinar la similitud ya que puede afectar a las características del proveedor del servicio.³²⁹ Argentina no descarta que haya situaciones en las que el principio del origen sea de aplicación, aunque sostiene que no es el caso en la presente diferencia ya que las medidas en litigio tienen una relación objetiva con los servicios y proveedores de servicios en cuestión.³³⁰ En todo caso, Argentina considera que la distinción *de jure / de facto*, que fue desarrollada por la jurisprudencia en el marco del comercio de bienes, no puede ser directamente aplicada al AGCS ya que los Artículos I y III del GATT de 1994 se refieren únicamente a los "productos similares" mientras que el AGCS se refiere a "servicios y proveedores de servicios similares".³³¹

7.168. Dado que existen dudas sobre la existencia de "otros factores", seguiremos la jurisprudencia anterior en materia de comercio de servicios y procederemos a examinar si, además del origen, existen otros factores relevantes a la hora de examinar la similitud de servicios y proveedores de servicios en la presente diferencia.

7.169. La principal dificultad que encontramos para determinar si la diferencia de trato se basa única o exclusivamente en el origen radica en que, para realizar tal determinación, se debe descartar que la diferencia de trato se base en "otros factores" y, en el marco del AGCS, no se especifica cuáles son estos "otros factores" a examinar.³³²

7.170. El único grupo especial que hasta la fecha ha indagado en esta cuestión es el grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico*.³³³ En su análisis de los "otros factores", el grupo especial se mostró cauto a la hora de transponer los criterios tradicionales de similitud del GATT de 1994 al AGCS debido a las "importantes diferencias" entre ambos acuerdos. El grupo especial señaló, en particular, diferencias respecto a la naturaleza intangible de los servicios, el suministro de servicios a través de cuatro modos diferentes, y las maneras de realizar y regular el comercio de servicios.³³⁴ Para intentar identificar esos "otros factores" a considerar en una determinación de similitud de los servicios pertinentes, este grupo especial recurrió al contexto de la expresión "servicios similares" proporcionado por el Artículo XVII del AGCS. El grupo especial señaló, de manera más general, que una determinación de similitud debía hacerse caso por caso³³⁵, basándose en "argumentos y pruebas concernientes a la relación de competencia entre los servicios objeto de la comparación".³³⁶

³²⁸ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 29.

³²⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 10, 24 y 34.

³³⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 196; y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 32.

³³¹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 26 y 31.

³³² El grupo especial en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* dejó la puerta abierta a considerar "otros factores" en el análisis de similitud al indicar 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". Véase el informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

³³³ Aunque contempló la posibilidad de "otros factores", el grupo especial en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* no consideró necesario indagar en este aspecto.

³³⁴ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.698.

³³⁵ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.701.

³³⁶ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.702. (Nota del original) Esto es también coherente con el criterio adoptado en el contexto de las mercancías. Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrs. 99 y 103; y *Filipinas - Aguardientes*, nota 211.

7.171. En lo referente a la similitud de los proveedores de servicios, el grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico* estableció que existe una presunción de que los proveedores de servicios son similares "si suministran servicios similares y en la medida que lo hagan", aunque según las circunstancias "puede ser necesaria una indagación separada de la 'similitud de los proveedores'".³³⁷ Esencialmente, el grupo especial se fijó en la descripción similar de las actividades por parte de los proveedores y en el hecho de que se percibían como competidores en el mismo mercado³³⁸ y concluyó que los proveedores de servicios relevantes en esa diferencia eran similares "al menos en la medida en que suministran servicios 'similares'".³³⁹

7.172. El grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico* afirmó, en línea con lo establecido por grupos especiales anteriores y el Órgano de Apelación, que toda determinación de similitud debe hacerse caso por caso.³⁴⁰ Por lo tanto, pasamos a examinar si en la presente diferencia existen "otros factores" a considerar y, en el caso de que así sea, si tienen algún impacto en la relación competitiva de los servicios y proveedores de servicios pertinentes.

7.173. En la presente diferencia, las partes han dedicado parte de sus reuniones con el Grupo Especial y sus comunicaciones a debatir sobre una cuestión que podríamos calificar como uno de esos "otro[s] factor[es]" a los que se refiere el grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico*. En particular, Argentina sostiene que la distinción establecida por el Decreto No. 589/2013 refleja una diferencia regulatoria que debe ser tomada en cuenta por el Grupo Especial como "otro factor".³⁴¹ Este "otro factor" consistiría en la posibilidad de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros. Observamos que éste no es el caso de Panamá, que goza del estatus de país cooperador a pesar de haber negado el inicio de negociaciones con Argentina para la firma de un acuerdo de intercambio de información fiscal y, por ende, el intercambio efectivo de información con Argentina.³⁴²

7.174. Argentina mantiene que este factor se corresponde con una "base objetiva" sobre la que establecer la distinción.³⁴³ Asimismo, Argentina puntualiza que la necesidad o no de examinar "otros factores" en la determinación de similitud "debe hacerse en cada caso, dependiendo de: a) la naturaleza de los servicios de que se trate, y b) las circunstancias particulares del caso".³⁴⁴

7.175. Panamá opina que la expresión "otros factores" debería referirse a factores "neutrales en cuanto al origen" y que el "otro factor" identificado por Argentina no cae dentro de esa categoría. Como ejemplo de factor neutral en cuanto al origen se refiere al caso de *China – Servicios de pago electrónico*, en el que las diferencias de trato estaban vinculadas a ser una empresa en particular (China Union Pay (CUP)) o no serlo, fuera el proveedor nacional o extranjero.³⁴⁵

7.176. En el caso que nos ocupa el "otro factor" que ha sido identificado por una de las partes (el acceso a la información fiscal de los proveedores de servicios extranjeros) tiene naturaleza regulatoria. Por ello, nos parece útil recordar lo dicho por el Órgano de Apelación en *CE – Amianto* y, más recientemente, en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*. Nos parece que esta jurisprudencia del Órgano de Apelación es de especial relevancia en el caso que nos ocupa ya que en ambas diferencias, el Órgano de Apelación dio entrada a las preocupaciones normativas de los Miembros en la determinación de similitud en la medida en que éstas repercutan en la relación de competencia.³⁴⁶ A este respecto, hacemos notar que las preocupaciones normativas juegan un papel destacado en el ámbito del AGCS ya que este Acuerdo hace referencia no solamente a los servicios sino también a los proveedores de servicios. A esto se le une el hecho de que el AGCS regula cuatro modos de suministros, dos de los cuales (modos 1 y 2) se refieren a proveedores de

³³⁷ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.705. El grupo especial se basó en el informe del grupo especial en *CE – Banano III*, párr. 7.322.

³³⁸ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.706.

³³⁹ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.708.

³⁴⁰ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párr. 101 y *Japón – Bebidas alcohólicas II*, pág. 25 (en relación al GATT de 1994) y el informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párrs. 7.701 y 7.705 (en relación con el comercio de servicios).

³⁴¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 29.

³⁴² Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7.

³⁴³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 32(b).

³⁴⁴ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 29.

³⁴⁵ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 28.

³⁴⁶ Informes del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párr. 115; y *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 119.

servicios que se encuentran fuera del territorio del Miembro que "importa" el servicio, y por lo tanto, están sometidos al marco regulatorio de ese otro Miembro.

7.177. En *CE – Amianto*, en el marco del Artículo III:4 del GATT de 1994, el Órgano de Apelación reconoció que el examen de ciertas preocupaciones normativas (como el riesgo que el producto en cuestión entrañaba para la salud humana) podría ser pertinente "para evaluar la *relación de competencia en el mercado* entre productos que se alega que son 'similares'³⁴⁷, y por ende, en una determinación de similitud. En esa diferencia, los riesgos del amianto sobre la salud humana fueron examinados dentro de dos de los criterios de similitud tradicionalmente usados bajo el GATT de 1994: las propiedades físicas del producto y los gustos y hábitos de los consumidores.³⁴⁸

7.178. En *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación consideró que el concepto de "productos similares" en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC "no se presta a distinciones entre productos basados en los objetivos normativos de una medida".³⁴⁹ Según el Órgano de Apelación, considerar los objetivos de una medida distorsionaría la comparación bajo el examen de "trato no menos favorable". No obstante, el Órgano de Apelación también señaló que este enfoque no significa que las preocupaciones normativas subyacentes a las medidas en litigio no tengan ningún rol en la determinación de la similitud. Así, en la línea de lo dicho en *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación constató que "las preocupaciones y consideraciones normativas pueden cumplir una función en la aplicación de algunos de los criterios de 'similitud' (características físicas y preferencias de los consumidores) y por ende en la determinación de la similitud".³⁵⁰ El Órgano de Apelación aclaró que las preocupaciones normativas jugarán un papel en la determinación de similitud "[e]n el grado en que sean pertinentes al examen de ciertos criterios de 'similitud' y se reflejen en la relación de competencia de los productos".³⁵¹

7.179. Aplicando el razonamiento del Órgano de Apelación a nuestro caso, nos parece que la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros puede ser considerada como "otro factor" a tener en cuenta en nuestro análisis de similitud siempre y cuando se refleje en la relación de competencia entre servicios y los proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores. Dicho esto, corresponde a 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.

7.180. Según Argentina, en el presente caso, el hecho de que los proveedores de servicios se encuentren o no en jurisdicciones sujetas al intercambio efectivo de información es una característica que se refleja directamente en las condiciones de competencia en el mercado.³⁵² Argentina sostiene que el diferente marco regulatorio en que se encuentran los proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores en lo referente al intercambio de información fiscal afecta a la manera como el proveedor suministra el servicio y, por lo tanto, afecta a la relación de competencia.³⁵³ Para Argentina, la falta de transparencia e intercambio efectivo de información son la principal ventaja competitiva de servicios y proveedores de servicios originarios de países no cooperadores³⁵⁴, tal y como reconoce incluso Panamá.³⁵⁵

7.181. Tal y como explicamos en la parte expositiva, la distinción que realiza Argentina responde a su acceso (o no) a la información fiscal de los proveedores de servicios. Conforme a las alegaciones de Argentina, la posibilidad de acceder a la información fiscal corresponde a las siguientes dos categorías: países cooperadores (existe acceso a la información fiscal) y países no cooperadores (no existe acceso a la información fiscal).

³⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párr. 115 (las cursivas figuran en el original).

³⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párr. 113.

³⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 116.

³⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrs. 116-117.

³⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 120.

³⁵² Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 9.

³⁵³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 188 y 210. Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 33.

³⁵⁴ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 46.

³⁵⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 49-51 (donde se hace referencia a la prueba documental ARG-8).

7.182. El Decreto No. 589/2013 establece las condiciones para que un país sea considerado cooperador, a saber: (i) haber suscrito con 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) haber iniciado con Argentina las negociaciones necesarias a los fines de suscribir dicho acuerdo y/o convenio.³⁵⁶ En el caso de no reunir uno de estos requisitos, el país es considerado como no cooperador.³⁵⁷

7.183. Al examinar cómo se ha aplicado en la práctica el Decreto No. 589/2013, observamos que la lista de países cooperadores en vigor 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. Tomamos, por ejemplo, los casos de Panamá y Alemania. Estos dos países forman parte de la categoría de países cooperadores. Argentina suscribió un Acuerdo de Doble Imposición con Alemania que está en vigor desde el 25 de noviembre de 1979³⁵⁸, lo que le da acceso a la información fiscal.³⁵⁹ Sin embargo, en el caso de Panamá, Argentina no tiene acceso a la información fiscal ya que no ha suscrito ningún acuerdo de intercambio de información fiscal con Panamá. También observamos que distintos países que han iniciado negociaciones tienen estatus diferente. Por ejemplo, tanto Panamá como Hong Kong (China) han iniciado negociaciones pero ninguno de los dos intercambia información fiscal con Argentina ya que no hay ningún Acuerdo o Convenio en vigor en el que se enmarque tal intercambio.³⁶⁰ Sin embargo, mientras que Panamá ostenta el estatus de país cooperador, Hong Kong (China) sigue siendo considerado como país no cooperador.³⁶¹

7.184. Esta situación fáctica nos dificulta en gran medida la comparación que tenemos que llevar a cabo bajo un examen de similitud, especialmente a la hora de considerar "otro[s] factor[es]" relevantes. Asimismo, Argentina no nos ha indicado cómo llevar a cabo tal comparación teniendo en cuenta dicha situación fáctica. Consideramos que las presentes circunstancias nos imposibilitan llevar a cabo una comparación de los servicios y los proveedores de servicios pertinentes que permita evaluar "otro[s] factor[es]" relevantes, más allá del origen de los mismos.

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

³⁵⁶ Artículo 1º del Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

³⁵⁷ Señalamos, sin embargo, que la Resolución AFIP No. 3.576/2013, dictada "en uso de las facultades conferidas por el inciso b) del Artículo 2º del Decreto No. 589" presenta ligeras diferencias con lo dispuesto en el Decreto No. 589/2013. Por un lado, el Artículo 1º de esta Resolución establece 3 categorías de países cooperadores: "(a) Cooperadores que suscribieron Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información, con evaluación positiva de efectivo cumplimiento de intercambio de información; (b) 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 (c) 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". Asimismo, observamos que la tercera categoría se refiere al inicio del proceso de negociación o de ratificación, mientras que el Decreto No. 589/2013 sólo se refiere a la negociación. Véase la Resolución AFIP No. 3.576/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-37.

³⁵⁸ Protocolo modificatorio en vigor desde el 30 de junio de 2011. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 13.

³⁵⁹ Asimismo, Alemania suscribió la Convención de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal, de la que es parte Argentina, el 3 de noviembre de 2011, aunque aún no ha entrado en vigor. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 13.

³⁶⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 131 y 132; y respuesta de Argentina a las preguntas del Grupo Especial No. 10(b)(i) y 10(b)(ii). Otros países con los que Argentina ha iniciado negociaciones desde la entrada en vigor del Decreto No. 589/2013 y que no forman parte de la lista de países cooperadores actualmente en vigor son Belarús, Camerún, Chipre, Costa de Marfil, Gabón y Gibraltar. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(b)(i), párr. 5.

³⁶¹ Argentina alega que la razón por la que Hong Kong (China) no forma parte de la lista de países cooperadores aún es porque la lista se actualiza al inicio de cada año fiscal. Señalamos, sin embargo, que al inicio del año fiscal 2015 la lista no fue actualizada. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(b)(ii).

7.186. A tenor de lo anterior, constatamos 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.

7.3.2.2.3.3 Tercer requisito: Si las medidas en litigio no otorgan inmediata e incondicionalmente un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios similares

7.187. Proseguimos nuestro análisis con el tercer requisito del criterio jurídico bajo el Artículo II:1 del AGCS; concretamente si Panamá ha acreditado que las medidas en litigio no otorgan "inmediata e incondicionalmente" un "trato no menos favorable" a los servicios y proveedores de servicios similares. Comenzaremos por analizar si las medidas en litigio otorgan un trato no menos favorable a los servicios y los proveedores de servicios similares que acabamos de identificar. A continuación, y en caso de existir trato no menos favorable, examinaremos si dicho trato se ha otorgado inmediata e incondicionalmente.

7.188. No obstante, antes de iniciar nuestro análisis creemos necesario aclarar una cuestión planteada por Argentina referente a los términos de comparación que deben usarse a la hora de determinar la existencia de trato no menos favorable: si el trato otorgado al Miembro reclamante es el que debe ser objeto de comparación en una determinación de trato no menos favorable o si se trata del trato otorgado a cualquier otro Miembro aun cuando no sea el trato dispensado al Miembro reclamante.

(a) Si es el trato otorgado al Miembro reclamante el que debe ser objeto de comparación en una determinación de trato no menos favorable

7.189. Uno de los principales argumentos de Argentina en relación al elemento de "trato no menos favorable" del Artículo II:1 del AGCS se refiere a la naturaleza como país cooperador del reclamante. Argentina argumenta que Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores reciben un trato menos favorable ya que Panamá goza del estatus de país cooperador. Según Argentina, esta designación como país cooperador hace que Panamá disfrute del trato más favorable.³⁶²

7.190. A juicio de Argentina, "la referencia a los servicios y proveedores de servicios de otro Miembro en los artículos II y XVII debe ser entendida como una referencia a los servicios y los proveedores de servicios específicos originarios del Miembro reclamante"³⁶³, que son supuestamente los que reciben un trato menos favorable. El trato otorgado a éstos debería ser comparado con el trato otorgado a "los servicios y proveedores de servicios que son objeto del reclamo", sean nacionales (en el caso de alegaciones bajo el Artículo XVII del AGCS) o de otro origen (en el caso de alegaciones bajo el Artículo II del AGCS).³⁶⁴

7.191. Panamá discrepa de Argentina y sostiene que "[e]l sentido corriente de los términos 'cualquier otro Miembro' [de los Artículos II y XVII del AGCS] y 'ese otro Miembro' [del Artículo XXVIII(f) del AGCS] claramente no es 'Miembro reclamante'".³⁶⁵ Panamá añade que "el criterio de referencia para determinar la existencia de comercio de servicios y el modo de suministro, es la presencia / ausencia del proveedor en el *Miembro reclamado*".³⁶⁶ Asimismo, Panamá indica que el Artículo 3.8 del ESD establece que la anulación o menoscabo que se presume una vez constatada la incompatibilidad de una medida con las obligaciones de la OMC se refiere a "*otros Miembros* que sean parte en el acuerdo abarcado" y no al Miembro reclamante.³⁶⁷ A su vez, señala que el Artículo XXIII del AGCS estipula que un Miembro podrá recurrir al ESD cuando "considere que otro Miembro no cumple las obligaciones o los compromisos específicos por él contraídos" en virtud del AGCS, sin hacer ninguna referencia a que los efectos del supuesto incumplimiento de otro Miembro deban recaer en el Miembro reclamante.³⁶⁸ En todo caso, Panamá

³⁶² Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

³⁶³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 154.

³⁶⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 149.

³⁶⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.59.

³⁶⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.59 (las cursivas figuran en el original).

³⁶⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.61 (las cursivas figuran en el original).

³⁶⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.61 y 2.62.

aclara que ha demostrado la existencia de efectos negativos sobre proveedores panameños en el periodo en el que Panamá era considerado como un país no cooperador.³⁶⁹

7.192. A nuestro juicio, la determinación de la existencia de trato menos favorable no implica necesariamente comparar el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios del Miembro reclamante. Si bien es cierto que en la mayoría de diferencias el Miembro reclamante es el Miembro afectado por el trato supuestamente menos favorable otorgado por el demandado, recordamos que el Órgano de Apelación en *CE – Banano III* estableció que ninguna disposición del ESD contiene ningún requisito relativo a la necesidad de que el reclamante deba tener un "interés o derecho legal", tal y como se reproduce a continuación:

Coincidimos con el Grupo Especial en que "ni el párrafo 3 ni el párrafo 7 del artículo 3 del ESD ni ninguna otra disposición del ESD contienen expresamente ninguna exigencia de que los Miembros deban tener un "interés protegido jurídicamente" como requisito previo para solicitar el establecimiento de un grupo especial". No aceptamos que la necesidad de un "interés protegido jurídicamente" esté implícita en el ESD o en cualquier otra disposición del *Acuerdo sobre la OMC*. Aunque, a tenor del párrafo 11 del artículo 4 del ESD el Miembro que desee ser asociado a las consultas entre varias partes ha de tener un "interés comercial sustancial", y de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10 del ESD los terceros deben tener un "interés sustancial" en el asunto sometido al grupo especial, ninguna de esas disposiciones del ESD ni cualquier otra disposición del *Acuerdo sobre la OMC* pueden servir de base para sostener que las partes en la diferencia han de cumplir una prescripción similar.³⁷⁰

7.193. Asimismo, el Órgano de Apelación señaló que los Miembros gozan de amplia discrecionalidad para decidir si presentan una reclamación contra otro Miembro al amparo del ESD y les corresponde valorar si la presentación de la reclamación les será de utilidad.³⁷¹

7.194. También nos parece relevante la afirmación del Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles* en relación a la comparación exigida bajo el Artículo II:1 del AGCS. El Órgano de Apelación afirmó que "[el] párrafo 1 del artículo II exige esencialmente una comparación entre el trato otorgado por un Miembro a los 'servicios y a los proveedores de servicios' de cualquier otro Miembro y el trato concedido a los servicios 'similares' y a los proveedores de servicios 'similares' de 'cualquier otro país'".³⁷²

7.195. En la presente diferencia, observamos que Panamá actualmente ostenta el estatus de cooperador. No obstante, Panamá señala que cuando solicitó el establecimiento de un grupo especial, ostentaba el estatus de país no cooperador³⁷³ y que únicamente tras el establecimiento de este Grupo Especial, Argentina cambió su estatus, pasando a ser jurisdicción cooperadora.³⁷⁴ A la luz de la jurisprudencia del Órgano de Apelación en *CE – Banano III*, no consideramos que ese cambio en el estatus de Panamá afecte su derecho a presentar una reclamación en el marco del ESD. Asimismo, no consideramos que debamos interferir en la amplia discrecionalidad de la que goza Panamá para decidir si presenta una reclamación contra otro Miembro al amparo del ESD y si esta reclamación le será de utilidad.

³⁶⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.62.

³⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano*, párr. 132. (no se reproduce nota del original; las cursivas figuran en el original)

³⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano*, párr. 135.

³⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párr. 171.

³⁷³ La terminología usada por Panamá en su solicitud de establecimiento de un grupo especial es "países listados". Por "países listados", Panamá entiende todos aquellos Miembros OMC enumerados en el Decreto No. 1344/98, modificado por el Decreto No. 1037/00. Recordamos que la lista a la que se refiere Panamá fue modificada tras la entrada en vigor del Decreto No. 589/2013, cuyo Artículo 1º sustituye el séptimo artículo sin número incorporado por el Decreto No. 1037/00 a continuación del artículo 21 de la Reglamentación de la Ley del Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, aprobada por el artículo 1º del Decreto No. 1344/98 y sus modificaciones. Véase la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, y el Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

³⁷⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.62.

7.196. Habida cuenta de lo anterior, concluimos que la presentación de alegaciones bajo el Artículo II:1 del AGCS no requiere que el supuesto trato menos favorable objeto de la alegación deba referirse a la parte reclamante en esta diferencia, es decir, a Panamá.

(b) Si las medidas en litigio no otorgan un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios similares

7.197. Tras examinar esta cuestión preliminar, procedemos a examinar si Panamá ha acreditado que las medidas en litigio no otorgan un "trato no menos favorable" a los servicios y proveedores de servicios similares. Comenzaremos interpretando la expresión "trato no menos favorable" en el sentido del Artículo II:1 del AGCS. Acto seguido, procederemos a determinar de acuerdo con nuestra interpretación de dicha expresión, si las ocho medidas en relación a las cuales Panamá ha presentado alegaciones bajo el Artículo II:1 del AGCS otorgan un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores, en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

7.198. Observamos que el Artículo II:1 del AGCS no define el concepto de "trato no menos favorable". La escasa jurisprudencia sobre esta disposición tampoco nos proporciona una definición de este concepto, aunque como puntualizamos anteriormente, el Órgano de Apelación en *Canadá – Automóviles* indicó que el Artículo II:1 del AGCS "exige esencialmente una comparación entre el trato otorgado por un Miembro a los 'servicios y a los proveedores de servicios' de cualquier otro Miembro y el trato concedido a los servicios 'similares' y a los proveedores de servicios 'similares' de 'cualquier otro país'".³⁷⁵

7.199. Las partes han mantenido un intenso debate sobre la interpretación de la expresión "trato no menos favorable" bajo el Artículo II:1 del AGCS y, en particular, sobre la posibilidad de transponer al ámbito del AGCS la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre la relevancia de las distinciones reglamentarias legítimas en relación al "trato no menos favorable" bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

7.200. La propuesta parte de Argentina, que sostiene que las conclusiones alcanzadas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* en relación al Artículo 2.1 del Acuerdo OTC son aplicables a la interpretación de "trato no menos favorable" en los Artículos II y XVII del AGCS.³⁷⁶ En particular, Argentina considera que "una medida no otorga un 'trato menos favorable' si el efecto perjudicial de las importaciones se 'deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas'".³⁷⁷ Argentina destaca que la interpretación de la expresión "trato no menos favorable" en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC desarrollada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* se hizo a la luz del objeto y fin del Acuerdo OTC, que es "establecer un equilibrio entre el objetivo de liberalización del comercio, por un lado, y el derecho de los Miembros a adoptar reglamentaciones, por el otro".³⁷⁸ Argentina estima que este enfoque es también aplicable a la interpretación de la expresión "trato no menos favorable" en el marco de los Artículos II y XVII del AGCS, ya que el propio preámbulo del AGCS "reconoce expresamente que el objeto y fin del acuerdo es promover la liberalización progresiva del comercio de servicios al tiempo que afirma el derecho de los Miembros a reglamentar los servicios con el fin de alcanzar los objetivos de política nacional".³⁷⁹ Según Argentina, este equilibrio entre liberalización y regulación está presente en las disposiciones del AGCS, y cita a modo de ejemplo los Artículos VI y VII.³⁸⁰ A la luz de lo anterior, Argentina afirma que "el término 'trato no menos favorable' en los artículos II y XVII debe ser interpretad[o] como teniendo el mismo significado que el término 'trato no menos favorable' en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC".³⁸¹

7.201. Argentina nos pide proceder tal y como indicó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, es decir, "examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación

³⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párr. 171.

³⁷⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 225 y 226.

³⁷⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 225 y 226 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 175).

³⁷⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 225 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 174).

³⁷⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 226.

³⁸⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 227.

³⁸¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 228.

del reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste es imparcial" para determinar si el efecto perjudicial para los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en el mercado argentino deriva de una distinción regulatoria legítima.³⁸² Argentina considera que sus medidas diferencian sobre la base de una distinción regulatoria legítima, que es "la capacidad de las autoridades fiscales nacionales para obtener información fiscal de otras jurisdicciones" y se ajustan a criterios objetivos reconocidos internacionalmente, por lo que el trato en ellas previsto para los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores no constituye un trato menos favorable respecto al otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.³⁸³

7.202. Panamá considera que esta argumentación de Argentina es "errónea" y no se apoya en la jurisprudencia citada por Argentina ni en las conclusiones del Órgano de Apelación en *CE – Productos derivados de las focas*.³⁸⁴ Panamá argumenta que la jurisprudencia en el marco del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC no puede ser extrapolada sin más al ámbito del GATT de 1994 o del AGCS ya que se elaboró teniendo en cuenta el contexto específico de dicha disposición. Asimismo, Panamá señala que la interpretación de "trato no menos favorable" desarrollada en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* tuvo también otros aspectos relevantes, como por ejemplo el hecho de que el Acuerdo OTC no cuente con una disposición que contenga excepciones generales similar al Artículo XX del GATT de 1994.³⁸⁵

7.203. Panamá considera que su posición encuentra sustento en la afirmación del Órgano de Apelación en *CE – Productos derivados de las focas* de que "no tiene por qué darse un 'sentido idéntico a los criterios jurídicos correspondientes a obligaciones similares', como los artículos I:1 y III:4 del GATT, por una parte, y el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, por otra".³⁸⁶ Panamá argumenta que las diferencias contextuales que dieron lugar a diversas interpretaciones de la expresión "trato no menos favorable" en el marco del Acuerdo OTC, por un lado, y el GATT de 1994, por el otro, también se producen entre el Acuerdo OTC y el AGCS. Panamá menciona a este respecto la existencia del Artículo XIV del AGCS, que contiene excepciones generales a semejanza del Artículo XX del GATT de 1994, y que descarta, por tanto, la transposición de la interpretación desarrollada bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC a los Artículos II y XVII del AGCS. Panamá concluye que "[e]n el contexto de los artículos II:1 y XVII del AGCS, existe 'trato menos favorable' cuando hay modificación de las condiciones de competencia, sin que se requiera examinar la existencia de una distinción reglamentaria legítima".³⁸⁷

7.204. De los argumentos de las partes destacamos que, ciertamente, la expresión "trato no menos favorable" del Artículo II:1 del AGCS también se encuentra en los Artículos 2.1 del Acuerdo OTC y III:4 del GATT de 1994 así como en el Artículo XVII del AGCS. Consideramos que estas disposiciones pueden constituir contexto relevante a la hora de interpretar la expresión "trato no menos favorable" bajo el Artículo II:1 del AGCS. Sin embargo, antes de acudir al contexto, recordamos que el Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 estipula que el punto de partida en un ejercicio interpretativo es el "sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado".³⁸⁸ El Artículo 31.1 de la Convención de Viena añade que la interpretación se hará no sólo en base al sentido corriente de los términos sino también "en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Así lo reiteró el Órgano de Apelación en *CE – Amianto* al observar que un mismo término³⁸⁹ presente en diversas disposiciones "debe interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición".³⁹⁰

³⁸² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 230 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 182).

³⁸³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 231, 232, 235 y 236.

³⁸⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.68.

³⁸⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.69.

³⁸⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.71 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.123).

³⁸⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.72. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.73.

³⁸⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27.

³⁸⁹ La expresión objeto de interpretación en *CE – Amianto* al que hace referencia esta cita es "productos similares".

³⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párr. 88.

Comenzaremos, pues, por el sentido corriente de los términos que componen la expresión "trato no menos favorable".

7.205. Recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española para definir el sentido corriente de los términos "trato", "menos" y "favorable".³⁹¹ En lo que se refiere a "trato", el diccionario lo define como "acción y efecto de tratar".³⁹² Por "tratar", debemos entender "[p]roceder con una persona de determinada manera, de obra o de palabra".³⁹³ Si miramos el sentido corriente del término "menos" encontramos que "[a]nte adjetivos o adverbios, indica que el grado de la propiedad que expresan es bajo en comparación con otro explícito o sobrentendido".³⁹⁴ Finalmente, por "favorable" cabe entender "que favorece".³⁹⁵ "Favorecer" ha sido definido como "[d]ar o hacer un favor", entendiendo como "favor" una "honra, beneficio, gracia".³⁹⁶ Del sentido corriente de los términos se desprende que la expresión "trato no menos favorable" se refiere a la acción de no otorgar un beneficio a unos en menor medida que a otros. Procedamos sin embargo a enmarcar este sentido corriente en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado en el que se encuentra la expresión, tal y como prevé el Artículo 31.1 de la Convención de Viena.

7.206. El Grupo Especial observa que ambas partes han desarrollado sus argumentos sobre la interpretación de la expresión "trato no menos favorable" enfatizando el importante rol que juega el contexto, haciendo especial referencia a la interpretación del mismo concepto en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*. De hecho, como señala Panamá, el propio Órgano de Apelación en *CE – Productos derivados de las focas* resaltó la relevancia del contexto en la interpretación al afirmar que "es el contexto específico del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC ... el que apoya la interpretación de que el efecto del párrafo 1 del artículo 2 no es prohibir *a priori* cualquier restricción del comercio internacional".³⁹⁷

7.207. Coincidimos con las partes en la necesidad de mirar al contexto de la expresión "trato no menos favorable" a la hora de interpretar esta expresión, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 31.1 de la Convención de Viena, y así lo hacemos a continuación. En primer lugar, abordaremos el contexto inmediato de la expresión, conformado por los propios términos del Artículo II, antes de examinar el contexto más amplio de la misma, integrado por otras disposiciones del AGCS, así como por otros acuerdos abarcados.

7.208. Recordamos que el texto del Artículo II:1 del AGCS estipula lo siguiente:

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.

7.209. De la lectura del texto destacamos dos aspectos que consideramos relevantes en la interpretación de la expresión "trato no menos favorable". El primero de estos aspectos es la amplitud del alcance de la obligación contenida en el Artículo II del AGCS, ya que se aplica "con

³⁹¹ Recordamos, no obstante, que tal y como afirmó el Órgano de Apelación, "los diccionarios no bastan necesariamente para resolver cuestiones de interpretación complejas" sino que "son guías importantes para determinar el sentido de las palabras que figuran en los tratados, pero no formulaciones concluyentes a ese respecto". Véase el informe del Órgano de Apelación, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 348 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 164; *Estados Unidos – Madera blanda IV*, párr. 59; *Canadá – Aeronaves*, párr. 153; *CE – Amianto*, párr. 92 y *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párr. 248).

³⁹² *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 2165.

³⁹³ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 2165.

³⁹⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1446.

³⁹⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 1015.

³⁹⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 1015.

³⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.124 (citado en la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.71) (las cursivas figuran en el original; se omite nota del original).

respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo". El segundo aspecto es la referencia a los servicios y los proveedores de servicios en el texto de dicha disposición. A continuación explicaremos en qué medida estos dos aspectos pueden informar la labor interpretativa que llevamos a cabo.

7.210. Por lo que respecta al primer aspecto, observamos que el alcance del AGCS es muy amplio ya que se aplica a "las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios".³⁹⁸ El Artículo XXVIII(a) del AGCS define el término "medida" como "cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma". La amplitud del alcance viene reforzada por el hecho de que la jurisprudencia ha señalado que el término "afectar" debe interpretarse como tener "un efecto sobre", lo que indica un amplio campo de aplicación.³⁹⁹ Asimismo, la amplitud del acuerdo también se refleja en el hecho de que el comercio de servicios en el AGCS se define como el suministro de un servicio a través de cuatro modos⁴⁰⁰, dos de los cuales contemplan que los proveedores de servicios puedan encontrarse fuera del territorio del Miembro que "importa" el servicio.⁴⁰¹

7.211. El segundo aspecto relevante que señalamos arriba es el de la referencia no sólo a los servicios sino también a los proveedores de servicios. Consideramos que esta mención a los servicios y a los proveedores de servicios es especialmente significativa, sobre todo si trazamos una comparación con otros acuerdos como el GATT de 1994 o el Acuerdo OTC, que sólo se refieren a los productos, y no a los productores. De ahí que a continuación desarrollemos más en detalle las implicaciones que esta referencia a los proveedores de servicios puede tener a la hora de interpretar la expresión "trato no menos favorable".

7.212. Como acabamos de indicar, la obligación de "trato no menos favorable" contenida en el Artículo II:1 del AGCS afecta tanto a los servicios como a los proveedores de servicios similares. A nuestro entender, esta referencia a los proveedores de los servicios está ligada a la naturaleza de los servicios y, por ende, a la naturaleza del propio comercio de los mismos. Su intangibilidad, así como la relación 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 les diferencian de las mercancías y que, a nuestro juicio, influyen de manera decisiva en su producción, comercialización y uso. A nuestro entender, este 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 servicios⁴⁰², 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" sólo puede hacerse caso por caso.

7.213. Esta postura parece ser respaldada por el preámbulo del AGCS. En particular, observamos que el cuarto considerando del preámbulo del AGCS reconoce expresamente "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, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho". A su vez, el tercer considerando menciona la necesidad de que los niveles más elevados de liberalización del comercio

³⁹⁸ Artículo I:1 del AGCS. Véase la sección 7.3.1 *supra*.

³⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 220.

⁴⁰⁰ El Artículo I:2 del AGCS contempla cuatro de modos de suministro:

- a) del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;
- b) en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro;
- c) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;
- d) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.

⁴⁰¹ Nos referimos al suministro de un servicio desde el territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro (modo 1) y al suministro en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro (modo 2).

⁴⁰² Observamos al respecto que el AGCS se refiere a proveedores de servicios en numerosas disposiciones como, por ejemplo, los Artículos IV:2, V:6, VII:1 y VII:3, VIII:5 y IX:1.

de servicios se consigan "respetando debidamente al mismo tiempo los objetivos de las políticas nacionales".

7.214. Este respeto a los objetivos de política nacional plasmado en el preámbulo del AGCS parece encontrar su contrapunto en el propio preámbulo y, en particular, en los considerandos segundo y quinto. Estos considerandos se refieren al establecimiento del AGCS "con miras a la expansión de[*l*] ... comercio [de servicios] en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico...y el desarrollo" y a la importancia de "facilitar la participación creciente de los países en desarrollo ...y la expansión de sus exportaciones de servicios mediante, en particular, el fortalecimiento de su capacidad nacional". Este equilibrio entre liberalización del comercio de servicios y respeto de los objetivos de política nacional se refleja también en el Artículo XIX del AGCS, que dispone que "[e]l proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales y el nivel de desarrollo de los distintos Miembros".

7.215. No encontramos en el preámbulo ni en el Artículo XIX del AGCS una definición o enumeración de "objetivos de política nacional" sobre la base de los cuales los Miembros puedan ejercer su derecho a reglamentar el suministro de servicios en su territorio. Quizás esos objetivos pudieran referirse a los supuestos cubiertos por las excepciones generales del Artículo XIV del AGCS, a saber: protección de la moral y el orden público; protección de la vida y la salud de las personas y de los animales o preservación de los vegetales; observancia de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con el AGCS; imposición o recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros o supuestos de doble imposición. No obstante, dichos supuestos de por sí poco numerosos⁴⁰³, no están reflejados en el preámbulo del AGCS. Tampoco se reflejan en el preámbulo las excepciones relativas a la seguridad previstas en el Artículo XIV bis del AGCS ni otras disposiciones como el párrafo 2(a) del Anexo de Servicios Financieros que recoge la llamada "Excepción Cautelar". A nuestro parecer, equiparar los objetivos de política nacional mencionados en el preámbulo y en el Artículo XIX del AGCS a los supuestos previstos en las escasas excepciones generales 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. A nuestro juicio, si éste fuese el caso, los redactores del AGCS lo habrían consignado en el enunciado del acuerdo.

7.216. Entendemos, por lo tanto que, si bien el derecho de los Miembros a reglamentar de acuerdo con sus objetivos de política nacional en el marco del AGCS no puede entenderse como un derecho ilimitado, éste no debería circunscribirse a los objetivos previstos en los Artículos XIV y XIV bis. Tal y como estipula el propio preámbulo del AGCS, este derecho reconocido en el Acuerdo encuentra su contrapunto en el deseo expreso de los firmantes del Acuerdo de expandir el comercio de servicios en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico y el desarrollo.

7.217. 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.

7.218. Seguimos nuestra labor interpretativa examinando el contexto que ofrece otra disposición del AGCS que contiene la expresión "trato no menos favorable": el Artículo XVII del AGCS relativo al principio de trato nacional. A diferencia del Artículo II del AGCS, el párrafo 3 del Artículo XVII define lo que considera trato menos favorable en el contexto de dicha disposición como sigue:

[U]n trato formalmente idéntico o formalmente diferente ...[que] 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.

⁴⁰³ En efecto, si tomamos como referencia el Artículo XX del GATT de 1994, que ha sido utilizado frecuentemente en la interpretación de las excepciones del Artículo XIV debido a su similar redacción, vemos que la lista de excepciones contempladas en el Artículo XX es más extensa.

7.219. En consecuencia, "[e]l trato en cuestión ha de evaluarse desde el punto de vista de las 'condiciones de competencia' entre servicios similares o proveedores de servicios similares".⁴⁰⁴

7.220. Como mencionamos anteriormente, si bien el Órgano de Apelación ha mostrado cautela respecto a transponer directamente todas las interpretaciones desarrolladas bajo el Artículo XVII al Artículo II del AGCS⁴⁰⁵, consideramos de utilidad el contexto proporcionado por esta disposición ya que el Órgano de Apelación ha trasladado interpretaciones desarrolladas bajo el Artículo XVII al Artículo II del AGCS.⁴⁰⁶ No encontramos impedimento alguno para utilizar la definición de "trato no menos favorable" del Artículo XVII en el marco del Artículo II del AGCS. Al igual que en *CE – Banano III*, donde el Órgano de Apelación estableció que los Artículos II y XVII del AGCS cubren tanto discriminación *de jure* como discriminación *de facto*, aunque sólo el Artículo XVII lo disponga de manera explícita, consideramos que en el Artículo II, el concepto de "trato no menos favorable" gira también en torno a las "condiciones de competencia", aunque no se establezca expresamente. El contexto que ofrecen las interpretaciones de "trato no menos favorable" desarrolladas por el Órgano de Apelación en el marco del GATT de 1994 y del Acuerdo OTC sustenta, a nuestro juicio, esta afirmación. Por ello, pasamos a examinarlas a continuación como parte de un contexto más amplio del Artículo II del AGCS.

7.221. En lo que respecta al contexto proporcionado por otros acuerdos abarcados, las partes nos instan a tener en cuenta la interpretación de "trato no menos favorable" desarrollada por el Órgano de Apelación en relación a los Artículos I:1 y III:4 del GATT de 1994 y el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.⁴⁰⁷ Recordamos a continuación el enunciado de estas disposiciones:

Artículo I

Trato general de la nación más favorecida

1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

Artículo III

Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores

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

Artículo 2

Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central

⁴⁰⁴ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.978.

⁴⁰⁵ Véase la nota de pie de página 316 *supra*.

⁴⁰⁶ Véase la nota de pie de página 317 *supra*.

⁴⁰⁷ Panamá alude a los Artículos I y III:4 del GATT de 1994, mientras que Argentina se centra en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Véanse la primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.20 y 4.26; y la primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 225 y 226.

1. Los Miembros se asegurarán 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.

7.222. En lo que respecta al Artículo I:1 del GATT de 1994, Panamá opina que debería tenerse en cuenta a la hora de interpretar el Artículo II del AGCS.⁴⁰⁸ Según Panamá, "[a] la luz del contexto proporcionado por las disposiciones de trato NMF del GATT, en especial el artículo I:1, cabe entender que en el marco de servicios, la expresión 'trato no menos favorable' contenida en el artículo II:1 del AGCS se refiere a la obligación de cada Miembro de otorgar a los servicios y proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, *cualquier ventaja que cree oportunidades más favorables de competir* concedida a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país."⁴⁰⁹ A juicio de Panamá, esta interpretación se ve reforzada por la jurisprudencia desarrollada bajo el Artículo III del GATT de 1994, que también se refiere a las condiciones de competencia.⁴¹⁰

7.223. Observamos que el Artículo I:1 del GATT de 1994 no menciona expresamente los términos "trato no menos favorable". Como observamos del enunciado de la disposición, lo que se concede "inmediata e incondicionalmente" en ese caso es "cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad". En todo caso, dado que el Artículo I del GATT de 1994 contempla, al igual que el Artículo II del AGCS, la obligación del trato de la nación más favorecida, nos será de utilidad en la labor interpretativa que estamos llevando a cabo. En este sentido, señalamos que anteriores grupos especiales vincularon el término "ventaja" a la existencia de "'oportunidades más favorables de competir' o [que] afectan a la relación comercial entre productos de distinto origen".⁴¹¹ A nuestro juicio, esto sigue la senda que iniciamos anteriormente al destacar la mención a la modificación de las condiciones de competencia contenida en el Artículo XVII del AGCS.

7.224. Las otras dos disposiciones que examinamos como contexto (los Artículos III:4 del GATT de 1994 y 2.1 del Acuerdo OTC) sí que incluyen la expresión "trato no menos favorable". En el Artículo III:4 del GATT de 1994, el trato no menos favorable aparece reflejado en relación a la obligación de trato nacional en materia de reglamentaciones interiores. Si bien el Artículo II del AGCS se refiere a la obligación del trato de la nación más favorecida, y no del trato nacional, consideramos que el Artículo III:4 puede proporcionar un contexto útil ya que contiene la expresión objeto de interpretación.⁴¹² Tal y como indicó Argentina, también encontramos esta expresión en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC, el cual recoge las obligaciones de trato nacional y de nación más favorecida.

7.225. El principal aspecto en común que identificamos en el Artículo II del AGCS y en estas dos disposiciones es el texto. Las tres disposiciones se refieren a la expresión "trato no menos favorable".⁴¹³ Sin embargo, cabe señalar que, como dijimos anteriormente, el hecho de que la formulación textual sea la misma no indica necesariamente que el significado que se deba atribuir a dicha expresión sea idéntico⁴¹⁴, por lo que avanzamos en nuestro análisis observando cómo ha sido interpretado el concepto de "trato no menos favorable" en los Artículos III:4 del GATT de 1994 y 2.1 del Acuerdo OTC, a la luz del contexto proporcionado por sus respectivos acuerdos, y en qué medida pueden informar dichas interpretaciones nuestra aproximación en el marco del Artículo II del AGCS.

7.226. En el marco del Artículo III:4 del GATT de 1994, el Órgano de Apelación ha establecido que existe trato menos favorable "si una medida modifica las *condiciones de competencia* en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados".⁴¹⁵ En *Tailandia – Cigarrillos*

⁴⁰⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.20.

⁴⁰⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.22 (las cursivas figuran en el original).

⁴¹⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.23.

⁴¹¹ Informes de los grupos especiales, *Colombia – Puertos de entrada*, párr. 7.341; y *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párr. 7.415 (donde se cita el informe del grupo especial, *CE – Banano III (Guatemala/Honduras)*, párr. 7.239).

⁴¹² Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.26.

⁴¹³ En el caso del Artículo III:4 del GATT de 1994, la formulación exacta es "...no deberán recibir un trato menos favorable...".

⁴¹⁴ Véase párr. 7.204 *supra*.

⁴¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 137 (las cursivas figuran en el original).

(Filipinas), el Órgano de Apelación clarificó que "es necesario que haya siempre una relación auténtica entre la medida en litigio y su repercusión desfavorable en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares".⁴¹⁶ Encontramos esta idea también en *CE – Productos derivados de las focas*, en donde el Órgano de Apelación explicó que existe trato menos favorable si, tras evaluar "las repercusiones de la medida impugnada para la igualdad de las condiciones de competencia entre los productos importados y los productos nacionales similares" se llega a la conclusión de que "la medida tiene un efecto perjudicial en las condiciones de competencia para los productos importados similares".⁴¹⁷

7.227. En el marco del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación ha establecido que para determinar si existe trato menos favorable hay que 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" y si dicho efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.⁴¹⁸ Tal y como afirmó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*:

[C]uando el reglamento técnico en litigio no establece una discriminación *de jure* contra las importaciones, la existencia de un efecto perjudicial para las oportunidades de competencia del grupo de productos importados frente al de productos nacionales similares no es determinante con respecto a la existencia de trato menos favorable ... En cambio, 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. Al formular esta determinación, un grupo especial debe examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste es imparcial, para determinar si discrimina contra el grupo de productos importados.⁴¹⁹

7.228. Ya hemos visto, en relación al Artículo II del AGCS, que uno de los aspectos que lo diferencia de otros acuerdos abarcados es la mención a los "proveedores de servicios".⁴²⁰ Mientras que los acuerdos en el ámbito de mercancías se refieren sólo a los "productos" (y no a los "productores"), el trato no menos favorable afecta tanto a los servicios como a los proveedores de servicios. Consideramos que esta diferencia entre el AGCS, por un lado, y el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC, por el otro, influye de manera decisiva en la utilización que podamos hacer de las interpretaciones desarrolladas en estos acuerdos en el contexto del AGCS.

7.229. Otro aspecto destacado que consideramos necesario señalar es la existencia de una cláusula de excepciones generales tanto en el Artículo XX del GATT de 1994 como en el Artículo XIV del AGCS aunque observamos que las excepciones enumeradas bajo el Artículo XIV del AGCS son menos numerosas que bajo el Artículo XX del GATT de 1994. No es el caso del Acuerdo OTC, en el que no existe una disposición similar. Recordamos que ése fue precisamente uno de los aspectos que el Órgano de Apelación tuvo en cuenta a la hora de interpretar la expresión "trato no menos favorable" en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.⁴²¹

7.230. Observamos, no obstante, ciertas similitudes entre el AGCS y el Acuerdo OTC en lo que se refiere a la importancia del elemento regulatorio en ambos acuerdos. En efecto, encontramos en los preámbulos de ambos acuerdos un reconocimiento del derecho de los Miembros a reglamentar con miras a alcanzar determinados objetivos. Por un lado, el sexto considerando del Acuerdo OTC plasma el "reconocimiento expreso del derecho de los Miembros a reglamentar con miras a alcanzar ciertos objetivos legítimos"⁴²², derecho que, tal y como afirmó el Órgano de Apelación,

⁴¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 134.

⁴¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.116.

⁴¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrs. 180 y 181.

Señalamos que en dicha diferencia, el análisis de trato no menos favorable del grupo especial versó sobre la obligación de trato nacional contenida en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Esta disposición también contiene la obligación de la nación más favorecida.

⁴¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 182.

⁴²⁰ La mención a los proveedores de servicios también está presente en el Artículo XVII del AGCS.

⁴²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 101. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 109.

⁴²² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 94.

viene limitado por lo dispuesto en el quinto considerando, que establece que no se deberían crear "obstáculos innecesarios al comercio internacional".⁴²³ Por otro lado, tal y como explicamos anteriormente, el cuarto considerando del preámbulo del AGCS reconoce expresamente "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, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho". A su vez, el tercer considerando menciona la necesidad de que los niveles más elevados de liberalización del comercio de servicios se consigan "respetando debidamente al mismo tiempo los objetivos de las políticas nacionales".

7.231. Tras haber examinado el contexto de la expresión "trato no menos favorable" en el Artículo II:1 del AGCS, conformado por disposiciones del propio AGCS así como por interpretaciones de dicha expresión desarrolladas bajo otros acuerdos abarcados, llegamos a la conclusión de que no podemos ignorar la referencia a los "proveedores de servicios" en el Artículo II:1 del AGCS a la hora de dotar de significado el concepto de "trato no menos favorable" ya que están también abarcados por la obligación de trato de la nación más favorecida. Por ello, no creemos que puedan transponerse directamente al Artículo II:1 del AGCS las interpretaciones desarrolladas bajo los Artículos III:4 del GATT de 1994 y 2.1 del Acuerdo OTC.

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.

7.233. A nuestro entender, esta visión parece ser confirmada por el objeto y fin del AGCS tal y como se enuncia en su preámbulo. Es el preámbulo del AGCS el que recoge un equilibrio entre, por un lado, el objetivo de expandir el comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y, por el otro, 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.⁴²⁴

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 para determinar, medida por medida, si Argentina otorga un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores. Para ello, en primer lugar determinaremos si Argentina otorga un trato distinto a estas dos categorías de servicios y proveedores de servicios, y seguidamente examinaremos si dicho trato resulta menos favorable para los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores. 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. A este respecto, aplicando a esta diferencia lo dicho por el Órgano de Apelación en *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)* y *Estados Unidos – EPO*, consideramos que también forma parte de nuestro examen la evaluación del diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas en litigio.⁴²⁵ De

⁴²³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 95.

⁴²⁴ Véanse los párrs. 7.213 y 7.214 *supra*.

⁴²⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 134; y *Estados Unidos – EPO*, párr. 269. Señalamos que esta afirmación del Órgano de Apelación se enmarca en la evaluación de alegaciones bajo los Artículos III:4 del GATT de 1994 (en el caso de *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*) y 2.1 del Acuerdo OTC (en el caso de *Estados Unidos – EPO*).

lo contrario, no cumpliríamos con nuestro deber de estudiar cuidadosamente las circunstancias particulares de este caso.

(i) Si las medidas en litigio otorgan un trato diferente 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

7.236. Comenzaremos por analizar si las medidas en litigio tratan de manera diferente a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores y a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores. El Grupo Especial observa que tanto Panamá como Argentina han reconocido que las medidas en litigio diferencian en función de si el país de origen del servicio y del proveedor del servicio es un país cooperador o no cooperador.⁴²⁶ El Grupo Especial observa que, en ocasiones, el propio texto de las disposiciones argentinas impugnadas recoge el distinto trato otorgado a servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores.⁴²⁷ A continuación veremos en qué consiste el trato diferente contemplado en cada una de las medidas impugnadas por Panamá.

1. Si Argentina otorga un trato diferente en el marco de la Medida 1

7.237. Como describimos en la sección 2.3.2 *supra*, la Medida 1 consiste en una presunción legal de que los pagos realizados a bancos o entidades financieras ubicados en países no cooperadores como contraprestación al otorgamiento de créditos o préstamos o a la colocación de fondos desde el extranjero representan una ganancia neta para los proveedores del 100% a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias. Esta presunción, que no admite prueba en contrario, se encuentra estipulada en el Artículo 93(c) de la LIG.⁴²⁸

7.238. El Grupo Especial observa que el Artículo 93(c) de la LIG incluye, asimismo, el trato otorgado cuando la entidad bancaria o financiera que presta el servicio al contribuyente argentino esté radicada en un país cooperador. En tal caso, la ganancia neta presumida no es del 100% sino del 43%. Señalamos que la alícuota aplicable sobre la ganancia neta establecida para ambos casos es la misma, a saber, el 35%.

7.239. Por lo tanto, el trato diferente otorgado a proveedores de servicios de países cooperadores y proveedores de servicios similares de países no cooperadores se desprende de los propios términos del Artículo 93(c) de la LIG.

2. Si Argentina otorga un trato diferente en el marco de la Medida 2

7.240. Como describimos en la sección 2.3.3 *supra*, la Medida 2 consiste en la presunción 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 por parte de la AFIP de la materia imponible a efectos del impuesto a las ganancias. Esta presunción puede ser refutada siempre y cuando se "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". Argentina mantiene esta medida en virtud del artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT.⁴²⁹

7.241. Tal y como indicamos al examinar el contexto fáctico de esta medida, las presunciones legales del Artículo 18 de la LPT, que se aplican a los contribuyentes argentinos, entran en juego cuando la AFIP estima de oficio la base imponible como consecuencia de que el contribuyente no

⁴²⁶ Excepto ciertos requisitos que forman parte de la Medida 5. En particular, nos referimos a los requisitos mantenidos en virtud del punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 y el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011. Véanse la primera comunicación de Panamá, párrs. 4.35, 4.113, 4.256, 4.311, 4.340, 4.398, 4.424 y 4.450; la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.134, 2.415, 2.517, 2.583, 2.602, 2.698, 2.734, 2.738 y 2.791; y la primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 102, 109-110, 112, 123, 125, 196, 202-203, 347, 360-362, 364-365, 369, 373-374, 393 y 396-398.

⁴²⁷ Este es el caso de las Medidas 1, 5 y 6.

⁴²⁸ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁴²⁹ Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

haya presentado declaración jurada o ésta resulte impugnabile.⁴³⁰ La presunción de incremento patrimonial no justificado prevista en el apartado (f) del Artículo 18 de la LPT no prevé ninguna distinción en función de la procedencia de los ingresos de fondos. Sin embargo, el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT, en virtud del cual se mantiene la medida en litigio, sí que se refiere expresamente a los ingresos de fondos provenientes de países no cooperadores, que automáticamente generarán para el contribuyente argentino que los reciba una presunción de que constituyen incrementos patrimoniales no justificados.⁴³¹

7.242. Observamos pues, que, en principio, el concepto de incremento patrimonial no justificado contenido en el Artículo 18 de la LPT puede resultar aplicable en relación a cualquier ingreso de fondos, provenga éste de un sujeto nacional o extranjero y, en éste último caso, sin importar si procede de un país cooperador o no cooperador. Asimismo, el Artículo 18 de la LPT estipula la posibilidad de refutar las presunciones en él contenidas. Sin embargo, observamos que en la presente diferencia, la medida en litigio impugnada por Panamá no se refiere a la presunción de incremento patrimonial no justificado prevista en el apartado (f) del Artículo 18 de la LPT sino a la presunción de incremento patrimonial no justificado prevista en el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT que se aplica de manera automática a ingresos provenientes de países no cooperadores, "cualquiera que sea su naturaleza, concepto o tipo de operación".⁴³² Esta disposición, por tanto, es una excepción a la regla de autodeterminación de la materia imponible por parte del contribuyente argentino, regla que no se aplicará cuando el ingreso de fondos provenga de un país no cooperador.

7.243. Consideramos, por lo tanto, que Argentina otorga un trato diferente a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores y no cooperadores ya que el ingreso de fondos proveniente de uno u otro país tendrá consecuencias diferentes para el contribuyente argentino a la hora de determinar su base imponible del impuesto a las ganancias. Mientras que en el caso de los ingresos de fondos provenientes de países cooperadores, la AFIP aplicará la regla general de la autodeterminación de la materia imponible, recurriendo a la determinación de oficio sólo cuando el contribuyente no haya presentado declaración jurada o ésta resulte impugnabile; en el caso de los ingresos de fondos provenientes de países no cooperadores la AFIP automáticamente determinará de oficio la materia imponible aplicando la presunción de incremento patrimonial no justificado. Asimismo, a nuestro juicio, el hecho de que esta presunción pueda ser refutada por el contribuyente no afecta al hecho de que el trato otorgado por Argentina a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores y no cooperadores sea, en efecto, diferente.

3. Si Argentina otorga un trato diferente en el marco de la Medida 3

7.244. Como describimos en la sección 2.3.4 *supra*, la Medida 3 consiste en la aplicación de métodos de valoración de transacciones basados en precios de transferencia a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos. Argentina mantiene esta medida en virtud del Artículo 15.2 de la LIG.⁴³³

7.245. Anteriormente hemos señalado que el Artículo 14 de la LIG establece como regla que las transacciones entre un contribuyente argentino y un sujeto extranjero serán consideradas como celebradas entre partes independientes "cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes".⁴³⁴ De no ser ése el caso, la valoración se regirá por lo dispuesto en el Artículo 15 de la LIG, que hace referencia al uso por parte de la AFIP de "promedios, índices o coeficientes ... con base en resultados obtenidos por empresas independientes dedicadas a actividades de iguales o similares características" para determinar la ganancia neta sujeta al impuesto.

⁴³⁰ Véase la sección 2.4.2.2 *supra*.

⁴³¹ La consecuencia de la aplicación de dicha presunción es el incremento de la base imponible sujeta al impuesto. En este sentido, el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT establece en su segundo párrafo que "los incrementos patrimoniales no justificados...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...".

⁴³² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.284.

⁴³³ En lo que respecta a las alegaciones bajo el GATT de 1994, Panamá indica que la Medida 3 se mantiene en virtud del Artículo 8.5 de la LIG. Véase la Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁴³⁴ Véase la sección 2.4.2.3 *supra*.

7.246. La medida en litigio dispone que las transacciones entre contribuyentes argentinos y sujetos de países no cooperadores "no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes". Observamos, por consiguiente, que independientemente de que exista o no vinculación entre las partes de la transacción, el hecho de que una de las partes esté domiciliada, constituida o ubicada en un país no cooperador implica que la valoración de la transacción se hará en base a las normas del Artículo 15 de la LIG, y no del "precio normal de mercado", como sucede en el caso de transacciones entre partes independientes.

7.247. A nuestro juicio, la medida en litigio dispone un trato diferente a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores y no cooperadores ya que las normas del Artículo 15 de la LIG se aplican siempre que una de las partes sea de un país no cooperador, mientras que dichas normas sólo se aplicarán a los países cooperadores cuando sus prestaciones y condiciones no se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes. La norma no prevé, por lo tanto, que las transacciones entre contribuyentes argentinos y sujetos de países no cooperadores puedan ajustarse a las prácticas normales del mercado entre entes independientes, presumiendo en todo caso su vinculación.

7.248. Esto nos lleva a concluir que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores es diferente al otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores.

4. Si Argentina otorga un trato diferente en el marco de la Medida 4

7.249. Como describimos en la sección 2.3.5 *supra*, la Medida 4 consiste en la aplicación de la regla de lo percibido cuando se imputen gastos por transacciones concluidas por contribuyentes argentinos con sujetos de países no cooperadores. Argentina mantiene esta medida al amparo del último párrafo del Artículo 18 de la LIG.⁴³⁵

7.250. Al explicar el contexto fáctico de la Medida 4, se indicó que el criterio de lo *devengado* es considerado la regla general de imputación de ingresos y gastos.⁴³⁶ La medida en litigio establece, sin embargo, que cuando el gasto del contribuyente argentino constituya ganancia de fuente argentina para sujetos ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en países no cooperadores, la imputación del mismo se producirá en el año fiscal en el que se realice el pago (criterio de lo *percibido*). Cabe señalar que dicha 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.

7.251. Si bien es cierto que el criterio de lo *percibido* no está reservado exclusivamente a la imputación de gastos que constituyan ganancias de fuente argentina de sujetos ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en países no cooperadores⁴³⁷, observamos diferencias de criterio en la norma argentina. Esto es así porque no se permite la imputación de gastos que constituyan ganancias para sujetos de países no cooperadores en base al criterio de lo *devengado*, independientemente de que exista vinculación o no entre el contribuyente argentino y el sujeto que recibe la ganancia de fuente argentina. Sin embargo, en el caso de la imputación de gastos que constituyan ganancias para sujetos de países cooperadores, el contribuyente argentino puede aplicar la regla de lo *devengado*, siempre y cuando no exista vinculación entre él y el sujeto extranjero para el que se genera la ganancia.

7.252. Consideramos, por lo tanto, que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores es diferente al otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores.

⁴³⁵ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁴³⁶ Véase la sección 2.4.2.4 *supra*.

⁴³⁷ Por ejemplo, el propio Artículo 18 de la LIG, en su último párrafo, establece que el criterio de lo *percibido* también se aplicará en los casos "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".

5. Si Argentina otorga un trato diferente en el marco de la Medida 5

7.253. Como describimos en la sección 2.3.6 *supra*, a efectos de las alegaciones bajo el Artículo II:1 del AGCS, la Medida 5 consiste en la imposición por parte de Argentina de requisitos a proveedores de servicios de países no cooperadores para que éstos puedan acceder al mercado argentino de servicios de reaseguro. Argentina mantiene esta medida al amparo de los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011.⁴³⁸

7.254. Tal y como se observa en el propio enunciado de dos de las disposiciones por las que se mantiene la Medida 5 (los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 modificada por la Resolución SSN No. 38.284/2014), Argentina establece un trato diferente en función de si los proveedores de servicios de reaseguro están o no constituidos e inscriptos en países cooperadores. Así, en el caso de que la empresa extranjera no acredite que ella⁴³⁹ o su casa matriz⁴⁴⁰ se encuentran constituidas e inscriptas en un país cooperador, deberán acreditar que: (i) la sociedad extranjera o su casa matriz se encuentra sujeta al control y fiscalización de un organismo que cumpla similares funciones a las de la SSN; y (ii) que dicho organismo de control y fiscalización al que está sujeta la sociedad extranjera o su casa matriz ha firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la SSN.

7.255. Consideramos que queda patente, a la luz del texto de los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, que el trato otorgado a los proveedores de servicios de países cooperadores es diferente al otorgado a los proveedores de servicios similares de países no cooperadores.

6. Si Argentina otorga un trato diferente en el marco de la Medida 6

7.256. Como describimos en la sección 2.3.7 *supra*, la Medida 6 consiste en la imposición de requisitos a intermediarios bursátiles⁴⁴¹ para poder dar curso a operaciones ordenadas por sujetos de países no cooperadores. Argentina mantiene esta medida en virtud del Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (CNV).⁴⁴²

7.257. El Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV permite a los intermediarios bursátiles argentinos dar curso a operaciones efectuadas u ordenadas por sujetos constituidos, domiciliados o que residan en países no cooperadores 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 siempre y cuando se cumplan dos requisitos: (i) que los sujetos constituidos, domiciliados o residentes en países no cooperadores que den la orden al intermediario bursátil ostenten la calidad de intermediarios registrados en una entidad bajo control y fiscalización de un organismo que cumpla funciones similares a las de la CNV argentina, y (ii) que dicho organismo haya firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la CNV argentina.⁴⁴³ En cambio, los intermediarios bursátiles argentinos no están sujetos a estos requisitos para dar curso a operaciones efectuadas u ordenadas por sujetos de países cooperadores.

7.258. A la luz del texto del Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV, concluimos que el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios de países cooperadores es diferente al otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores.

7. Si Argentina otorga un trato diferente en el marco de la Medida 7

7.259. Como describimos en la sección 2.3.8 *supra*, la Medida 7 consiste en la supuesta imposición a las sucursales de sociedades de países no cooperadores de requisitos adicionales para

⁴³⁸ Resolución SSN No. 35.615/2011, pruebas documentales PAN-36 / ARG-27.

⁴³⁹ En el caso de suministro transfronterizo (modo 1).

⁴⁴⁰ En el caso de suministro mediante presencia comercial (modo 3).

⁴⁴¹ Por intermediarios bursátiles se entiende los sujetos indicados en el Artículo 1º de las Normas de la CNV 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."

⁴⁴² Normas CNV 2013, pruebas documentales PAN-58 / ARG-50.

⁴⁴³ Véanse los párrs. 2.35–2.36 *supra*.

la inscripción en el Registro Público de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina mantiene esta medida al amparo del Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005.⁴⁴⁴

7.260. Observamos que una de las principales discrepancias de las partes en relación a esta medida se refiere a si, tal y como afirma Panamá, el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 impone requisitos adicionales a las sociedades de países no cooperadores o, por el contrario, como sostiene Argentina, los "requisitos suplementarios" del Artículo 192 se solicitan a toda sociedad, sea de países cooperadores o no cooperadores, en los casos en los que la IGJ considere que la documentación aportada no permite constatar que la sociedad desarrolla de manera efectiva actividad empresarial económicamente significativa.⁴⁴⁵ En este sentido, Argentina sostiene que la evaluación de los requisitos del Artículo 188 responde a la necesidad de verificar si una sociedad extranjera (de un país cooperador o no cooperador) desarrolla tal actividad.⁴⁴⁶

7.261. A continuación examinaremos si, tal y como aduce Argentina, no distingue entre sociedades extranjeras que quieran constituirse en Argentina y aplica tanto el Artículo 188 como el 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 a toda sociedad extranjera, independientemente de si procede de un país cooperador o no cooperador.⁴⁴⁷

7.262. De entrada, nos fijaremos en el título de ambas disposiciones, antes de entrar en el enunciado de las mismas. El Artículo 188 se titula "Primera inscripción. Requisitos" y el Artículo 192 lleva por título "Sociedades provenientes de jurisdicciones de baja o nula tributación o no colaboradoras en la lucha contra el 'lavado de dinero' y el crimen transnacional". A primera vista, observamos que el Artículo 188 establece unos requisitos relativos a la primera inscripción de sociedades, mientras que el Artículo 192 se centra en una categoría determinada de sociedades extranjeras, a saber, las "provenientes de jurisdicciones de baja o nula tributación o no colaboradoras en la lucha contra el 'lavado de dinero' y el crimen transnacional".

7.263. Si vamos al enunciado del Artículo 188, vemos que los requisitos mencionados en el título se refieren a la "inscripción prevista por el artículo 118, tercer párrafo, de la Ley N° 19.550". El Artículo 118 de la Ley No. 19.550, como vimos anteriormente, se refiere a sociedades constituidas en el extranjero. Vemos, por lo tanto, que los requisitos del Artículo 188 se refieren a la primera inscripción de sociedades extranjeras, sin importar si proceden de países cooperadores o no cooperadores. Esto significa que la dispensa de requisitos prevista en el Artículo 188 en virtud de la cual la IGJ puede "en forma fundada dispensar determinados recaudos en casos de notoriedad y conocimiento público de que la sociedad desarrolla en el exterior efectiva actividad empresarial económicamente significativa y que el centro de dirección de la misma se localiza también allí" se aplica a sociedades tanto de países cooperadores como de países no cooperadores.

7.264. Pasamos a analizar el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005, disposición que, según sostiene Argentina, se aplica a todas las sociedades extranjeras. De entrada, como observamos anteriormente, la posición de Argentina nos parece cuestionable a la luz del título de dicha disposición, que sólo se refiere a "sociedades provenientes de jurisdicciones de baja o nula tributación o no colaboradoras en la lucha contra el 'lavado de dinero' y el crimen transnacional". No concebimos sobre qué base una disposición que lleva ese título podría ser aplicada a otro tipo de sociedades diferentes a las descritas en el mismo.

7.265. Observamos que el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 requiere que la IGJ aprecie "con criterio restrictivo" el cumplimiento de una serie de requisitos en el caso del registro del tipo de sociedades indicadas en su título. Estos requisitos son los contemplados en el inciso 3, subincisos b) y c) del Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005, a saber: documentación que acredite (i) 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 (inciso b)); y (ii) la individualización de quienes sean los socios al tiempo de la decisión de solicitar la inscripción (inciso c)).⁴⁴⁸ Tal y como se estipula en el propio Artículo 192 de la Resolución IGJ

⁴⁴⁴ Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁴⁴⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 608, 624, 630-631, 651 y 656.

⁴⁴⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 618 y 628.

⁴⁴⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 626 y 631.

⁴⁴⁸ Artículo 188.3 de la Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

No. 7/2005, esta apreciación restrictiva lleva aparejada la presentación de documentación adicional.

7.266. A la luz de lo anterior, no consideramos que, tal y como sostiene Argentina, el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 sea aplicable a las sociedades extranjeras de países cooperadores. Tal y como se desprende del título y el enunciado de los Artículos 188 y 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005, el Artículo 188 se aplica a toda sociedad extranjera, mientras que el Artículo 192 sólo se aplica a las sociedades extranjeras "provenientes de jurisdicciones de baja o nula tributación o no colaboradoras en la lucha contra el 'lavado de dinero' y el crimen transnacional".

7.267. En consecuencia, concluimos que las sociedades de países no cooperadores reciben un trato diferente en lo que respecta a su registro en el Registro Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que el trato otorgado a sociedades de países cooperadores ya que la ley argentina sólo dispone la apreciación restrictiva de los requisitos contenidos en el Artículo 188.3.c) y 188.3.f) de la Resolución IGJ No. 7/2005 en caso de tratarse de sociedades de países no cooperadores.⁴⁴⁹

8. Si Argentina otorga un trato diferente en el marco de la Medida 8

7.268. Como describimos en la sección 2.3.9 *supra*, la Medida 8 consiste en la imposición a proveedores de servicios de países no cooperadores del requisito de obtener la conformidad previa del BCRA para poder repatriar sus inversiones directas. Argentina mantiene esta medida en virtud de la Comunicación "A" 4940, Numeral I del BCRA.⁴⁵⁰

7.269. Observamos una primera diferencia entre las partes relativa al ámbito de aplicación del requisito de conformidad previa del BCRA. Mientras que Panamá sostiene que este requisito sólo se aplica a los proveedores de servicios de países no cooperadores, Argentina sostiene que se aplica también a los proveedores de servicios de países cooperadores cuando éstos no cumplan ciertas condiciones.

7.270. En la sección expositiva de este informe hemos indicado que el Numeral I de la Comunicación "A" 4940 establece el requisito de conformidad previa para realizar la repatriación de la inversión "cuando el beneficiario del exterior sea una persona física o jurídica que resida o que esté constituida o domiciliada en" un país no cooperador. Este requisito es una excepción a la regla de no requerir la conformidad previa para dichas repatriaciones estipulada en el punto 1.13 de la Comunicación "A" 4662", modificado por la Comunicación "A" 4692. Sin embargo, también hemos observado que hay otros supuestos de repatriación de inversiones en los que es necesario solicitar la conformidad previa del BCRA. Se trata de aquellos supuestos previstos en el punto 4 de la Comunicación "A" 5237, que establece que "las operaciones de repatriaciones de inversiones directas que estando sujetas a los requisitos establecidos, no puedan demostrar su cumplimiento a la fecha de acceso al mercado local de cambios, deberán contar con la previa conformidad del Banco Central". Uno de los requisitos establecidos está contemplado en el punto 1 de esa misma Comunicación.⁴⁵¹ El punto 4 de la Comunicación "A" 4662 recoge otros requisitos que se imponen sobre las entidades autorizadas a operar en cambios antes de dar curso a las operaciones exceptuadas de la conformidad previa.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Observamos que la apreciación restrictiva de los requisitos arriba mencionados se podría aplicar a sociedades extranjeras constituidas, registradas o incorporadas en países cooperadores en el caso de que dichos países no sean considerados colaboradores en el marco de la lucha contra el lavado de dinero y el crimen transnacional.

⁴⁵⁰ Comunicación "A" No. 4940, pruebas documentales PAN-71 / ARG-31.

⁴⁵¹ El requisito contemplado en el punto 1 de la Comunicación "A" 5237 consiste en "la demostración del ingreso de fondos por el mercado local de cambios por toda nueva inversión que se origine en nuevos aportes y compras de participaciones en empresas locales e inmuebles, que sean desembolsados en divisas a partir de la fecha de vigencia de la presente [28 de octubre de 2011] por parte del inversor del exterior". Véase la prueba documental ARG-75.

⁴⁵² Estos requisitos establecidos en el punto 4 de la Comunicación "A" 4662 son los siguientes: (a) Verificar el concepto declarado por el que se accede al mercado de cambios; (b) Contar con la documentación que permita avalar que el deudor residente hubiera tenido acceso al mercado de cambios por el concepto y monto abonado al no residente en el país (en casos de cobros en el país de importaciones, servicios, rentas y otras transferencias corrientes con el exterior y de deudas comerciales y financieras con el exterior); (c) Contar con la declaración jurada del cliente o su representante en el país, de no haber realizado previamente otra

7.271. Por lo tanto, de la lectura conjunta de los puntos 1 y 4 de la Comunicación "A" 5237 y el punto 4 de la Comunicación "A" 4662 se desprende que el requisito de conformidad previa del BCRA no está circunscrito a las repatriaciones de inversión extranjera directa en el sector privado no financiero por parte de proveedores de servicios de países no cooperadores, sino que también puede ser necesario en casos en los que los proveedores de servicios sean de países cooperadores.

7.272. Observamos que en los casos en los que una persona física o jurídica que resida o 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" 4662, necesitará la conformidad previa del BCRA, independientemente de que cumpla con los requisitos establecidos a tal fin en la legislación argentina. No es así en el caso de repatriaciones de inversiones directas por parte de personas físicas o jurídicas que residan o estén constituidas o domiciliadas en un país cooperador que, en principio, no necesitarán dicha conformidad previa, salvo que no cumplan con alguno de los requisitos establecidos en la ley.

7.273. El Grupo Especial constata, por tanto, que el trato proporcionado a los proveedores de servicios de países cooperadores es diferente al otorgado a proveedores de servicios similares de países no cooperadores.

(ii) Si 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

7.274. Tal y como mencionamos arriba, una vez determinado si el trato otorgado por Argentina a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores es diferente al otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores, procederemos a examinar si ese trato diferente constituye un trato no menos favorable en el sentido del Artículo II:1 del AGCS.

7.275. Recordamos que la mera diferencia formal de trato entre los servicios y proveedores de servicios pertinentes no es "ni necesaria ni suficiente" para demostrar la existencia de trato menos favorable.⁴⁵³

7.276. Para ello, examinaremos si las medidas modifican las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores. Recordamos que, a efectos de este análisis, hemos considerado que, en la presente diferencia, hay un elemento adicional que debe ser tenido en cuenta en nuestro análisis: la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores extranjeros.

7.277. Asimismo, dentro de nuestro análisis examinaremos las consecuencias para las condiciones de competencia derivadas del diseño y el funcionamiento de las medidas en litigio.

1. Si Argentina otorga un trato no menos favorable en el marco de la Medida 1

7.278. Como vimos al analizar la existencia o no de trato diferente⁴⁵⁴, la Medida 1 consiste en una presunción legal de que los pagos realizados a bancos o entidades financieras ubicados en países

transferencia por la misma operación; (d) Verificar que desde la fecha de cobro de los fondos en el país por el concepto declarado, hasta la fecha de acceso al mercado local de cambios, los fondos recibidos no hayan sido aplicados a otras inversiones en el país; (e) Contar con una certificación de la previa liquidación en el mercado de cambios de tales cobros en los casos en que, como consecuencia de la venta de la inversión o del cobro del crédito, se hubieran recibido en forma parcial o total cobros en moneda extranjera; (f) Contar (la autoridad autorizada a operar en cambios) con todos los elementos necesarios para certificar la razonabilidad y genuinidad de la operación y la documentación exigida en la norma cambiaria; y (g) Verificar el cumplimiento de las restantes normas cambiarias que sean de aplicación. Véanse las pruebas documentales PAN-67 / ARG-69.

⁴⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.101 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 177 (donde, a su vez, se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 137 y *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 128 (donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párr. 100))).

⁴⁵⁴ Véase párr. 7.237 *supra*.

no cooperadores como contraprestación al otorgamiento de créditos o préstamos o a la colocación de fondos desde el extranjero representan una ganancia neta para el proveedor del 100% a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias.⁴⁵⁵ Esta presunción no admite prueba en contrario.

7.279. Panamá estima que esta medida genera una desventaja tributaria para los proveedores de servicios de países no cooperadores ya que la carga tributaria que recae sobre ellos es mayor que la establecida para proveedores de servicios similares de países cooperadores.⁴⁵⁶ Según Panamá, esta distinción a efectos de establecer la base imponible del impuesto, siendo el resto de las condiciones iguales, deriva en un trato menos favorable para los proveedores de servicios de países no cooperadores, cuya base imponible es superior como resultado de la aplicación de la medida. Para Panamá, la medida modifica las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores de servicios de países no cooperadores porque afecta negativamente a su rentabilidad.⁴⁵⁷

7.280. Argentina considera que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios panameños no es menos favorable ya que Panamá forma parte de la lista de países cooperadores.⁴⁵⁸

7.281. Observamos que, ante el pago de una suma idéntica en concepto de contraprestación al otorgamiento de créditos o préstamos o a la colocación de fondos desde el extranjero, la aplicación de la medida en litigio tiene como resultado un aumento de la base imponible sujeta al impuesto a las ganancias en el caso de que el pago vaya dirigido a proveedores de servicios de países no cooperadores.

7.282. Consideramos, por tanto, que como resultado de la Medida 1 los proveedores de servicios de países no cooperadores soportan una carga tributaria mayor que afecta negativamente a su rentabilidad en el mercado argentino y, en consecuencia, modifica las condiciones de competencia entre los proveedores de países cooperadores y los proveedores de países no cooperadores en el mercado argentino en detrimento de éstos últimos.

7.283. Sin embargo, observamos otro factor que no puede ser ignorado en un análisis de trato no menos favorable bajo el Artículo II:1 del AGCS en el caso que nos ocupa y que afecta de manera directa al suministro de servicios en el mercado argentino, pudiendo alterar las condiciones de competencia en dicho mercado. Este factor consiste en la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores de servicios extranjeros que suministren servicios en Argentina.

7.284. En la presente diferencia, Argentina aduce que el establecimiento de un trato diferenciado entre proveedores de servicios de jurisdicciones cooperadoras y proveedores de servicios de jurisdicciones no cooperadoras es consecuencia directa del acceso o no a la información fiscal.⁴⁵⁹ Observamos que sólo existiría la obligación de intercambiar información fiscal entre partes que han concluido 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 y éste ha entrado en vigor. Según Argentina, el acceso a la información fiscal es clave en esta diferencia ya que la Medida 1, al igual que el resto de medidas impugnadas por Panamá, son medidas defensivas que hacen frente a riesgos para el sistema fiscal y tributario argentino derivados de la competencia fiscal nociva que generan proveedores de servicios de jurisdicciones con las que no se intercambia información a los fines de la transparencia fiscal.⁴⁶⁰

7.285. Vimos anteriormente que el Decreto No. 589/2013, que consideramos inherente a todas y cada una de las medidas en litigio al ser la pieza legislativa clave que define su diseño y

⁴⁵⁵ Argentina mantiene esta medida en virtud del Artículo 93(c) de la LIG, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁴⁵⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.37; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.139.

⁴⁵⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.38; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.134.

⁴⁵⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

⁴⁵⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 76. Véanse también las respuestas de Argentina a las preguntas del Grupo Especial Nos. 49 y 71.

⁴⁶⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 1, 16 y 31.

funcionamiento, establece las condiciones para que un país sea considerado cooperador, a saber: (i) haber suscrito con 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 cumpla el efectivo intercambio de información; o (ii) haber iniciado con Argentina las negociaciones necesarias a los fines de suscribir dicho acuerdo y/o convenio. En este último caso, la AFIP será la entidad encargada de determinar si se dan las condiciones necesarias para el inicio de las negociaciones.⁴⁶¹

7.286. Observamos que en el caso del criterio relativo al inicio del proceso de negociación de un Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información no existe un mecanismo formal que permita un intercambio efectivo de información entre Argentina y el país con el que está negociando. Argentina, no obstante, otorga estatus de país cooperador a países en proceso de negociación respecto de los cuales no tiene acceso a la información fiscal dado que no existe un acuerdo o convenio. Dejando de lado la polémica entre las partes sobre si Panamá cumplió con este requisito y, de hecho, inició negociaciones⁴⁶², éste sería el caso de Panamá, por ejemplo, que está considerado como un país cooperador por Argentina pero no ha suscrito ningún acuerdo de los previstos en el Decreto No. 589/2013. Esto significa que las jurisdicciones con las que Argentina está en proceso de negociación de acuerdos de intercambio de información fiscal deberían ser consideradas cooperadoras a pesar de que Argentina sigue sin tener acceso a la información fiscal cuyo intercambio es la razón de ser de sus medidas defensivas.

7.287. Argentina declara que la razón por la que otorga estatus de país cooperador a países con los que está negociando un Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información es "promover este tipo de cooperación", en vista de "la expectativa de las autoridades tributarias de poder tener a su disposición la posibilidad de acceder a la información fiscal sobre las operaciones que se realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países cooperadores".⁴⁶³

7.288. Observamos además que países que se encuentran en situaciones similares en lo que se refiere al acceso a la información fiscal por parte de Argentina son tratados de manera diferente. Por ejemplo, según Argentina, ha iniciado las negociaciones de un Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información con Panamá y Hong Kong (China).⁴⁶⁴ Al no existir ningún acuerdo suscrito con estas dos jurisdicciones, no se da, en principio, un intercambio de información fiscal entre éstas y Argentina. Sin embargo, Panamá ostenta el estatus de país cooperador mientras que Hong Kong (China) no.⁴⁶⁵

7.289. Si observamos la lista de países cooperadores también observamos que países en circunstancias diferentes en lo que respecta al intercambio de información fiscal son tratados de igual manera por Argentina. Tomemos a modo de ejemplo el caso de Panamá y el de Alemania. Los dos forman parte de la categoría de países cooperadores. Argentina suscribió un Acuerdo de Doble Imposición con Alemania que está en vigor desde el 25 de noviembre de 1979⁴⁶⁶, lo que le da acceso a la información fiscal.⁴⁶⁷ Sin embargo, en el caso de Panamá, Argentina no tiene acceso

⁴⁶¹ Artículo 1º del Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

⁴⁶² Recordamos que Panamá sostiene que nunca inició negociaciones con Argentina, mientras que Argentina afirma que estas negociaciones se iniciaron en noviembre de 2013. Véanse la primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 131 y 132; la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7(a); y la respuesta de Argentina a la preguntas del Grupo Especial No. 10(c).

⁴⁶³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 9(a).

⁴⁶⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 131 y 132; y respuesta de Argentina a las preguntas del Grupo Especial Nos. 10(b)(i) y 10(b)(ii). Otros países con los que Argentina ha iniciado negociaciones desde la entrada en vigor del Decreto No. 589/2013 y que no forman parte de la lista de países cooperadores actualmente en vigor son Belarús, Camerún, Chipre, Costa de Marfil, Gabón y Gibraltar. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(b)(i), párr. 5.

⁴⁶⁵ Argentina alega que la razón por la que Hong Kong (China) no forma parte de la lista de países cooperadores aún es porque la lista se actualiza al inicio de cada año fiscal. Señalamos, sin embargo, que al inicio del año fiscal 2015 la lista no fue actualizada. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(b)(ii).

⁴⁶⁶ Protocolo modificatorio en vigor desde 30 de junio de 2011. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 13.

⁴⁶⁷ Asimismo, Alemania suscribió la Convención de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal, de la que es parte Argentina, el 3 de noviembre de 2011, aunque aún no ha entrado en vigor. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 13.

a la información fiscal ya que no ha suscrito ningún acuerdo de intercambio de información fiscal con Panamá.

7.290. A la luz de los ejemplos que acabamos de mostrar, resulta evidente que 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. Creemos que esta falta de consistencia se deriva directamente del diseño del Decreto No. 589/2013, que establece el mecanismo para conformar las dos categorías de países. Los ejemplos arriba mencionados demuestran que: (i) Argentina trata igual a países con los que ha firmado acuerdos de intercambio de información fiscal y a países con los que no ha firmado dichos acuerdos y (ii) Argentina otorga un trato diferente a países con los que ha iniciado negociaciones para suscribir dichos acuerdos.

7.291. A esto se añade la cuestión de la actualización de la lista de países cooperadores. La lista de países cooperadores en vigor, tal y como se indicó en la parte expositiva de este informe, es la publicada en la página web de la AFIP el 1 de enero de 2014 en virtud de la Resolución AFIP No. 3.576/2013.⁴⁶⁸ Esta lista no ha sido actualizada al momento de distribuir este informe a las partes, a pesar de que según indica Argentina, la lista se actualiza al inicio de cada año fiscal.⁴⁶⁹ Este sistema de actualización anual también puede generar distorsiones en el trato otorgado a determinados países respecto a otros que se encuentran en la misma situación. Es el caso, por ejemplo, de países como Belarús, Camerún, Chipre, Costa de Marfil, Gabón, Gibraltar y Hong Kong (China) que, a pesar de estar supuestamente en la misma situación que Panamá al estar negociando un acuerdo de intercambio de información fiscal con Argentina, no son consideradas jurisdicciones cooperadoras debido a que el inicio de las negociaciones tuvo lugar tras la entrada en vigor del Decreto No. 589/2013.⁴⁷⁰ Panamá, sin embargo, sigue integrando la lista de los países cooperadores a pesar de haber negado el inicio de negociaciones con Argentina para 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.⁴⁷¹ La negativa de Panamá a aceptar que se han iniciado negociaciones es indicativo de que no ha accedido aún a tal intercambio de información.⁴⁷²

7.292. Habida cuenta de lo expuesto anteriormente, consideramos que el diseño de la Medida 1, en virtud del Decreto No. 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. Esto lo demuestra el hecho de que países que están en proceso de negociar un acuerdo de intercambio de información fiscal tengan estatus de cooperador a pesar de no estar el acuerdo concluido y de no existir, por ende, un mecanismo formal de intercambio de información. A esto se añade el funcionamiento de la lista de países cooperadores establecido por Argentina, que resulta en un trato desigual entre jurisdicciones en proceso de negociación del acuerdo, ya que algunas están en la lista mientras que otras siguen a la espera de una actualización de la lista.

7.293. Constatamos, por lo tanto, que el diseño y el funcionamiento de la Medida 1, en virtud del Decreto No. 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

⁴⁶⁸ Resolución AFIP No. 3.576/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-37.

⁴⁶⁹ El Artículo 2º del Decreto No. 589/2013 establece que la AFIP mantendrá actualizada la lista de países cooperadores, sin especificar la periodicidad de dicha actualización. Argentina ha precisado que dicha actualización se lleva a cabo al inicio de cada año fiscal. Esto coincide con lo dispuesto por el Artículo 3 de la Resolución AFIP No. 3.576/2013, que se refiere al "listado publicado por [AFIP] vigente al inicio del ejercicio fiscal", pruebas documentales PAN-3 / ARG-37. Véanse las respuestas de Argentina a las preguntas del Grupo Especial No. 9(b), párr. 14 y No. 10(b)(ii) y la declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 41. Durante la segunda reunión del Grupo Especial, Argentina declaró que "[e]n atención a la posición actual de Panamá de no negociar un acuerdo con Argentina, la AFIP se encuentra reconsiderando el mantenimiento de dicho país [Panamá] en la calidad de país cooperador a los fines de la transparencia fiscal. Esta reconsideración se inscribe en la adecuación dinámica de altas y bajas en la listas de países cooperantes en la actualización de este año, conforme a los criterios que establece la legislación". Véase la declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrs. 42 y 43.

⁴⁷⁰ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(b)(i), párr. 5.

⁴⁷¹ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7(a).

⁴⁷² Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7(a).

cooperadores y, por lo tanto, otorga un trato menos favorable a éstos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

2. Si Argentina otorga un trato no menos favorable en el marco de la Medida 2

7.294. Como dijimos anteriormente, la Medida 2 consiste en la presunción de incremento patrimonial no justificado que recae sobre todo ingreso de fondos procedente de países no cooperadores que recibe un contribuyente argentino.⁴⁷³

7.295. Panamá aduce que la mera existencia de esta presunción de incremento patrimonial no justificado aplicable a los ingresos de fondos procedentes de países no cooperadores constituye un trato menos favorable para los servicios y proveedores de servicios de los países no cooperadores porque implica una prescripción adicional para el contribuyente argentino (refutar la presunción) que no se daría si hubiera contratado los servicios (que dan lugar a ese ingreso de fondos) de un proveedor de un país cooperador.⁴⁷⁴

7.296. Argentina, al igual que para la medida anterior, argumenta que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios panameños no es menos favorable ya que Panamá forma parte de la lista de países cooperadores.⁴⁷⁵

7.297. El Grupo Especial observa que el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT establece (i) el tipo de fondos cubiertos por dicha disposición; (ii) la naturaleza de la presunción legal en ella dispuesta; y (iii) el trato otorgado a los incrementos patrimoniales no justificados. En primer lugar, en lo que se refiere a los fondos que caen dentro del ámbito de aplicación del artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT, el Grupo Especial destaca el amplio ámbito de aplicación de la disposición, ya que se refiere a ingresos de fondos provenientes de países no cooperadores "cualquiera sea su naturaleza, concepto o tipo de operación de que se trate". Es decir, la norma se aplica a toda transacción que genere un ingreso de fondos desde esos países. Esto implica que los envíos de fondos derivados de la prestación de un servicio a un contribuyente argentino por parte de un proveedor de un país no cooperador caerían dentro del ámbito de esta disposición.⁴⁷⁶ En segundo lugar, en lo que respecta a la naturaleza de la presunción establecida en esta disposición, el Grupo Especial señala que dicha presunción puede ser refutada cuando "el interesado pruebe fehacientemente que [los ingresos de fondos] se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados". En ese caso, dicho incremento patrimonial se considerará justificado. Finalmente, en lo referente al trato que se otorga a los incrementos patrimoniales considerados no justificados, el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT dispone que dichos incrementos más un 10% "en concepto de renta dispuesta o consumida en gastos no deducibles" serán considerados ganancia neta a los efectos de la determinación del impuesto a las ganancias y, "en su caso, [representan] base para estimar las operaciones gravadas omitidas del respectivo ejercicio comercial en los impuestos al valor agregado e internos". Así pues, 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.

7.298. Convenimos con Panamá en que esta presunción legal comporta un requisito adicional para los contribuyentes que hayan contratado servicios con proveedores de países no cooperadores y que quieran justificar el ingreso de fondos derivado de la obtención de dichos servicios. Observamos que el requisito adicional consistente en refutar la presunción legal

⁴⁷³ Véase la sección 2.3.3 *supra*.

⁴⁷⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.126; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.281.

⁴⁷⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

⁴⁷⁶ Según Panamá, esos ingresos de fondos pueden originarse, por ejemplo, en: (i) préstamos otorgados por proveedores de servicios financieros establecidos en un país no cooperador a los fines de la transparencia fiscal; (ii) pagos por un siniestro en ejecución de un contrato de seguro, reaseguro o retrocesión celebrado por un residente argentino con una compañía de seguros sita en un país no cooperador a los fines de la transparencia fiscal; o (iii) pagos por un siniestro en ejecución de un contrato de seguro de transporte marítimo o aéreo, celebrado por un residente argentino con una compañía de seguros sita en un país no cooperador a los fines de la transparencia fiscal. Véase la primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.57 y 4.58.

estipulada en el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT puede generar desincentivos para que los contribuyentes argentinos contraten con proveedores de países no cooperadores, ya que saben que dicha contratación genera de manera automática la aplicación de la presunción legal de incremento patrimonial no justificado. Consideramos que este desincentivo se traduce en una ventaja competitiva para los proveedores de servicios de países cooperadores, cuyos servicios no se ven alcanzados por esta presunción legal. Asimismo, consideramos que, independientemente de la dificultad que implique refutar la presunción y el mayor o menor éxito de dicha refutación por parte del contribuyente argentino, la mera existencia de esta presunción sitúa a los proveedores de servicios de países no cooperadores en una posición menos favorable que los proveedores de servicios similares de países cooperadores, ya que demanda del contribuyente argentino un paso adicional (el de probar fehacientemente "que [los ingresos de fondos] se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados").

7.299. Creemos que nuestra postura encuentra respaldo en la jurisprudencia bajo el GATT de 1994 que, si bien no puede ser considerada directamente aplicable en el marco del AGCS, puede proporcionar una valiosa guía para nuestro análisis. Por ejemplo, en el caso *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, en donde el Órgano de Apelación afirmó que "el simple hecho de que las prescripciones administrativas adicionales se impongan en el caso de los cigarrillos importados y no en el de los cigarrillos nacionales similares constituye, por sí mismo, un indicio significativo de que existe una modificación desfavorable de las condiciones de competencia en detrimento de los cigarrillos importados".⁴⁷⁷ Encontramos que, en el caso de la Medida 2, existe una "prescripción adicional" que sólo recae en el caso de ciertos servicios suministrados por proveedores de servicios de países no cooperadores.

7.300. Por ello, concluimos de manera preliminar que existe un trato menos favorable para los proveedores de servicios de países no cooperadores, que son los que generan en el contribuyente argentino la carga adicional que supone refutar la presunción. No obstante, al igual que en relación con la Medida 1, nos parece necesario tener en cuenta en nuestro análisis el marco regulatorio resultante de la firma o no de acuerdos de intercambio de información fiscal. Es decir, la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de proveedores de servicios extranjeros que suministran servicios en Argentina mediante uno de los cuatro modos de suministro previstos en el AGCS.

7.301. Sin embargo, tal y como sucede en relación con la Medida 1, el diseño y funcionamiento de la Medida 2, en virtud del Decreto No. 589/2013, genera distorsiones por lo que respecta a (i) el otorgamiento de estatus cooperador a jurisdicciones 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. En efecto, el diseño de la Medida 2 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, en virtud del Decreto No. 589/2013, no responde, como argumenta Argentina, al acceso o no a la información fiscal por parte de Argentina. Esto lo demuestra el hecho de que países que están en proceso de negociar un acuerdo de intercambio de información fiscal tengan estatus de cooperador a pesar de no estar el acuerdo concluido y de no existir, por ende, un mecanismo formal de intercambio de información. A esto se añade el funcionamiento de la lista de países cooperadores establecido por Argentina, que resulta en un trato desigual entre jurisdicciones en proceso de negociación del acuerdo, ya que algunas están en la lista mientras que otras siguen a la espera de una actualización de la lista.⁴⁷⁸

7.302. Constatamos, por lo tanto, que el diseño y el funcionamiento de la Medida 2, en virtud del Decreto No. 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 éstos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

⁴⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 138.

⁴⁷⁸ Véanse los párrs. 7.284-7.291 *supra*.

3. Si Argentina otorga un trato no menos favorable en el marco de la Medida 3

7.303. La Medida 3 impugnada por Panamá se refiere a la aplicación del régimen de precios de transferencia a la hora de valorar transacciones entre contribuyentes argentinos y sujetos de países no cooperadores.⁴⁷⁹

7.304. Panamá argumenta que la utilización del régimen de precios de transferencia "implica requisitos administrativos, cargas económicas y contingencias tributarias"⁴⁸⁰ que alteran las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.⁴⁸¹

7.305. Argentina, al igual que para las medidas anteriores, argumenta que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios panameños no es menos favorable ya que Panamá forma parte de la lista de países cooperadores.⁴⁸²

7.306. Cuando el contribuyente argentino realiza una transacción con un sujeto de un país cooperador, la valoración de esta transacción se hace sobre la base del valor convenido entre las partes, salvo si existe vinculación entre las partes, en cuyo caso se aplica el régimen de precios de transferencia.⁴⁸³ En cambio, las transacciones entre contribuyentes argentinos y sujetos domiciliados, constituidos o ubicados en países no cooperadores no se consideran "ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes".⁴⁸⁴ En estos casos, la ley argentina exige que se aplique el régimen de precios de transferencia como si se tratara de una transacción entre partes vinculadas, independientemente de si dicha vinculación existe en realidad. Por lo tanto, la valoración de transacciones a través del régimen de precios de transferencia se aplica automáticamente para valorar transacciones entre contribuyentes argentinos y proveedores de servicios de países no cooperadores.⁴⁸⁵

7.307. Observamos, pues, que no hay opción para el contribuyente argentino, que se ve obligado a recurrir a este régimen para valorar las transacciones realizadas con proveedores de servicios de países no cooperadores. Así lo establece el Artículo 15 de la LIG, que estipula que las transacciones que establecimientos estables domiciliados o ubicados en Argentina o ciertas sociedades y fideicomisos "realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países de baja o nula tributación ..., no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes". Asimismo, cabe señalar que tanto Panamá como Argentina consideran que el régimen de valoración de precios de transferencia es un método de valoración más gravoso para el contribuyente ya que "requiere[n] una mayor tarea" que otros métodos.⁴⁸⁶

7.308. Por consiguiente, el hecho de que este régimen de valoración implique mayores costes para el contribuyente argentino nos permite concluir de manera preliminar que la medida altera las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores de servicios de países no cooperadores, ya que desincentiva su contratación por parte de contribuyentes argentinos.

7.309. Sin embargo, tal y como sucede en relación con las Medidas 1 y 2, el diseño y funcionamiento de la Medida 3, en virtud del Decreto No. 589/2013, genera distorsiones por lo que respecta a (i) el otorgamiento de estatus cooperador a jurisdicciones 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. En efecto, el diseño de la Medida 3

⁴⁷⁹ Véase la sección 2.3.4 *supra*.

⁴⁸⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.247. Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.425 y 2.426.

⁴⁸¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.248; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.428.

⁴⁸² Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

⁴⁸³ Véase la sección 2.4.2.3 *supra*.

⁴⁸⁴ Artículo 15.2 de la LIG, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁴⁸⁵ Se establece una regla similar en el Artículo 8 de la LIG en relación a "las ganancias provenientes de la exportación de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país". Véanse las pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁴⁸⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 104. Véase también la primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.218 y 4.238.

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, en virtud del Decreto No. 589/2013, no responde, como argumenta Argentina, al acceso o no a la información fiscal por parte de Argentina. Esto lo demuestra el hecho de que países que están en proceso de negociar un acuerdo de intercambio de información fiscal tengan estatus de cooperador a pesar de no estar el acuerdo concluido y de no existir, por ende, un mecanismo formal de intercambio de información. A esto se añade el funcionamiento de la lista de países cooperadores establecido por Argentina, que resulta en un trato desigual entre jurisdicciones en proceso de negociación del acuerdo, ya que algunas están en la lista mientras que otras siguen a la espera de una actualización de la lista.⁴⁸⁷

7.310. Constatamos, por lo tanto, que el diseño y el funcionamiento de la Medida 3, en virtud del Decreto No. 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 éstos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

4. Si Argentina otorga un trato no menos favorable en el marco de la Medida 4

7.311. En virtud de la Medida 4, las empresas argentinas que contraten con un proveedor de servicios de un país no cooperador sólo podrán deducir el gasto incurrido en dicha transacción de su base imponible del impuesto a las ganancias cuando dicho gasto se realice, es decir, cuando se produzca el pago derivado de dicha transacción.⁴⁸⁸

7.312. Panamá argumenta que la aplicación de esta regla conlleva que los contribuyentes argentinos que contraten con proveedores de servicios de países no cooperadores soporten una carga tributaria mayor, ya que su base imponible será mayor al no poder deducirse de la misma los gastos en el momento en el que se genera la obligación contractual.

7.313. Argentina argumenta que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios panameños no es menos favorable ya que Panamá forma parte de la lista de países cooperadores.⁴⁸⁹

7.314. En primer lugar, el Grupo Especial observa que la medida en litigio no impide la deducción de los gastos por parte del contribuyente argentino. Tanto en el caso de la regla de lo devengado como de la regla de lo percibido, los gastos en los que incurre el contribuyente argentino pueden ser deducidos de su base imponible. A nuestro juicio, lo que varía de una a otra regla es el momento de la imputación de dichos gastos, es decir, si los gastos se imputan al año fiscal en el que se devenga la obligación o al año fiscal en el que se produce la erogación o pago, pudiendo coincidir o no en el mismo año fiscal el devengo y el pago de la obligación. Por consiguiente, convenimos con Argentina en que la regla aplicada a las transacciones con proveedores de servicios de países no cooperadores no impide la deducción de los gastos por parte de empresas argentinas.⁴⁹⁰

7.315. En vista de lo anterior, el análisis del Grupo Especial se centrará en determinar si esta diferencia temporal que puede producirse en el momento de la imputación de los gastos constituye un trato menos favorable para los proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el trato que surge de la regla aplicable a las transacciones con proveedores de servicios de países cooperadores.

7.316. A este respecto, señalamos que la cantidad que se imputará en el año fiscal del devengo o en el año fiscal del pago será la misma dado que el gasto efectuado por dicha empresa al contratar servicios de proveedores de países no cooperadores para obtener un ingreso no varía. Sin embargo, entendemos que el valor real de esa cantidad disminuye a medida que pasa el tiempo ya que, por efecto de la inflación, el dinero se deprecia con el paso del tiempo.

⁴⁸⁷ Véanse los párrs. 7.284-7.291 *supra*.

⁴⁸⁸ Véase la sección 2.3.5 *supra*.

⁴⁸⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

⁴⁹⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 1, párr. 127.

7.317. Asimismo, estamos de acuerdo con Panamá en que la aplicación de esta medida puede generar una carga adicional para las empresas ya que puede obligarles a realizar ajustes contables para reflejar en su contabilidad las dos reglas de imputación de gastos. En este sentido, nos hemos referido con anterioridad a la jurisprudencia bajo el GATT de 1994 y, en particular, a la diferencia *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, en donde el Órgano de Apelación consideró que la existencia de prescripciones adicionales sobre ciertos productos y no sobre otros podría constituir un "indicio significativo" de que existe una modificación de las condiciones de competencia en detrimento del grupo de productos afectado por la prescripción adicional.⁴⁹¹

7.318. Entendemos que los efectos que despliega la medida en litigio en términos de la disminución del valor del gasto deducido y los posibles costes adicionales vinculados a la modificación del manejo contable derivado de la aplicación de dos reglas de imputación de gastos (una para las transacciones con proveedores de servicios de países cooperadores –regla de lo devengado- y otra para las transacciones con proveedores de servicios de países no cooperadores –regla de lo percibido-) pueden suponer un desincentivo para que las empresas argentinas contraten servicios prestados por proveedores de países no cooperadores. Esto nos conduciría de manera preliminar a concluir que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores es menos favorable que el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

7.319. Sin embargo, tal y como sucede en relación con las Medidas 1, 2 y 3, el diseño y funcionamiento de la Medida 4, en virtud del Decreto No. 589/2013, genera distorsiones por lo que respecta a (i) el otorgamiento de estatus cooperador a jurisdicciones 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. En efecto, el diseño de la Medida 4 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, en virtud del Decreto No. 589/2013, no responde, como argumenta Argentina, al acceso o no a la información fiscal por parte de Argentina. Esto lo demuestra el hecho de que países que están en proceso de negociar un acuerdo de intercambio de información fiscal tengan estatus de cooperador a pesar de no estar el acuerdo concluido y de no existir, por ende, un mecanismo formal de intercambio de información. A esto se añade el funcionamiento de la lista de países cooperadores establecido por Argentina, que resulta en un trato desigual entre jurisdicciones en proceso de negociación del acuerdo, ya que algunas están en la lista mientras que otras siguen a la espera de una actualización de la lista.⁴⁹²

7.320. Constatamos, por lo tanto, que el diseño y el funcionamiento de la Medida 4, en virtud del Decreto No. 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 éstos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

5. Si Argentina otorga un trato no menos favorable en el marco de la Medida 5

7.321. La Medida 5, en lo que respecta a las alegaciones bajo el Artículo II:1 del AGCS, consiste en exigir el cumplimiento de ciertos requisitos a las sucursales de empresas de países no cooperadores que prestan sus servicios vía presencia comercial (modo 3) y a las sociedades en países no cooperadores que prestan los servicios de reaseguro de manera transfronteriza (modo 1) para poder acceder al mercado argentino de servicios de reaseguro.

7.322. Los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, tras la modificación de marzo de 2014, establecen que los proveedores de servicios de reaseguro extranjeros podrán ser habilitados para aceptar operaciones de reaseguro desde su país de origen (punto 20(f)) o a través de sucursal en Argentina (punto 18) siempre y cuando reúnan dos requisitos que, según Argentina⁴⁹³, se aplican cumulativamente:

⁴⁹¹ Véase párr. 7.299 *supra*.

⁴⁹² Véanse los párrs. 7.284-7.291 *supra*.

⁴⁹³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 63.

1) Acreditar que se encuentran constituidos e inscriptos en países "cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" conforme lo previsto en el Decreto No. 589/2013 y reglamentación complementaria (en el caso de las sucursales, dicha acreditación se refiere a su casa matriz);⁴⁹⁴ y

2) Acreditar que se encuentran constituidos e inscriptos en países 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 GAFI (en el caso de las sucursales, dicha acreditación se refiere a su casa matriz).⁴⁹⁵

7.323. La propia Medida 5 prevé que, en el caso de que los proveedores de servicios vía modo 1 o modo 3 no acrediten su constitución e inscripción en un país cooperador a los fines de la transparencia fiscal, deberán acreditar que se encuentran sujetos al control y fiscalización de un organismo (i) que cumpla similares funciones a las de la SSN, y (ii) con el cual se haya firmado memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información.⁴⁹⁶ Asimismo, la Medida 5 también prevé que, en el caso de que los proveedores de servicios vía modo 1 o modo 3 no acrediten su constitución e inscripción en un país cooperador en el marco de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo según los criterios del GAFI, se evaluarán sus solicitudes de autorización aplicando una mayor diligencia debida, proporcional a los riesgos, pudiendo aplicarse las contramedidas indicadas en la Recomendación 19 del GAFI y su Nota Interpretativa.⁴⁹⁷

7.324. Panamá, que sólo impugna los requisitos relativos a la cooperación a los fines de la transparencia fiscal⁴⁹⁸, argumenta que el cumplimiento de estas condiciones estipuladas en los párrafos (a) y (I) de los puntos 18 y 20(f) de la Resolución SSN No. 35.615/2011 es la única manera que tienen los proveedores de servicios de reaseguro de países no cooperadores de acceder al mercado argentino de estos servicios vía comercio transfronterizo (modo 1) o presencia comercial (modo 3).⁴⁹⁹ En su opinión, la imposición de estas condiciones conlleva incertidumbre para los proveedores de servicios de reaseguro procedentes de países no cooperadores, que ven modificadas las condiciones de competencia en el mercado argentino.⁵⁰⁰

7.325. Argentina argumenta, al igual que para el resto de medidas en litigio, que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios panameños no es menos favorable ya que Panamá forma parte de la lista de países cooperadores.⁵⁰¹

7.326. En virtud de lo estipulado en los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 en lo que a cooperación a los fines de la transparencia fiscal se refiere, observamos que las situaciones en las que se pueden encontrar los proveedores de servicios de reaseguro extranjeros que quieran acceder al mercado argentino de reaseguro son las siguientes:

a. Proveedores de servicios de reaseguro de países cooperadores

En este caso, no se les aplicaría ningún requisito para poder acceder al mercado argentino de servicios de reaseguro mediante suministro transfronterizo (modo 1) o presencia comercial (modo 3).

⁴⁹⁴ Puntos 18(a) y 20(f)(I) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, prueba documental ARG-27.

⁴⁹⁵ Puntos 18(b) y 20(f)(II) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, prueba documental ARG-27.

⁴⁹⁶ Puntos 18(a) y 20(f)(I) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, prueba documental ARG-27.

⁴⁹⁷ Puntos 18(b) y 20(f)(II) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, prueba documental ARG-27.

⁴⁹⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.341 y 4.342; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.610 y 2.611.

⁴⁹⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.610.

⁵⁰⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.612.

⁵⁰¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

b. Proveedores de servicios de reaseguro de países no cooperadores

En este caso, el acceso de estos proveedores al mercado argentino de servicios de reaseguro vía modo 1 y modo 3 queda condicionado al cumplimiento de los dos requisitos arriba mencionados: (i) que el proveedor (o su casa matriz) se encuentren sujetos al control y fiscalización de un organismo que cumpla similares funciones a las de la SSN, y (ii) que dicho organismo haya firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la SSN.

7.327. Sobre la base de esta categorización, observamos que la medida no requiere que los proveedores de países cooperadores estén sujetos al control y fiscalización de un organismo que cumpla funciones similares a la SSN ni que dicho organismo haya firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información para tener acceso al mercado de reaseguro argentino. Esto no significa, sin embargo, que no estén sujetos a otros condicionantes derivados de su naturaleza cooperadora (o no) a los fines de la lucha contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en el marco del GAFI, tema que Panamá no aborda en sus comunicaciones.⁵⁰²

7.328. Consideramos con carácter preliminar que el condicionamiento del acceso al mercado para los proveedores de países no cooperadores modifica las condiciones de competencia en detrimento de estos proveedores frente a los proveedores de servicios similares de países cooperadores, que podrán acceder al mercado argentino de servicios de reaseguro vía modo 1 y modo 3 sin necesidad de cumplir estos dos requisitos.

7.329. Sin embargo, tal y como sucede en relación con las Medidas 1, 2, 3 y 4, el diseño y funcionamiento de la Medida 5, en virtud del Decreto No. 589/2013, genera distorsiones por lo que respecta a (i) el otorgamiento de estatus cooperador a jurisdicciones 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. En efecto, el diseño de la Medida 5 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, en virtud del Decreto No. 589/2013, no responde, como argumenta Argentina, al acceso o no a la información fiscal por parte de Argentina. Esto lo demuestra el hecho de que países que están en proceso de negociar un acuerdo de intercambio de información fiscal tengan estatus de cooperador a pesar de no estar el acuerdo concluido y de no existir, por ende, un mecanismo formal de intercambio de información. A esto se añade el funcionamiento de la lista de países cooperadores establecido por Argentina, que resulta en un trato desigual entre jurisdicciones en proceso de negociación del acuerdo, ya que algunas están en la lista mientras que otras siguen a la espera de una actualización de la lista.⁵⁰³

7.330. Constatamos, por lo tanto, que el diseño y el funcionamiento de la Medida 5, en virtud del Decreto No. 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 éstos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

6. Si Argentina otorga un trato no menos favorable en el marco de la Medida 6

7.331. Como indicamos anteriormente, la Medida 6 consiste en la imposición de condiciones a los intermediarios bursátiles argentinos para que puedan dar curso a operaciones efectuadas u ordenadas por sujetos de países no cooperadores.⁵⁰⁴

⁵⁰² Como hemos indicado, las solicitudes de autorización de los proveedores de países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal pero no en el ámbito de la lucha contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, serán evaluadas "aplicando una mayor diligencia debida, proporcional a los riesgos" y se podrán aplicar contramedidas enumeradas en la Recomendación 19 del GAFI y su Nota Interpretativa. Véase el párr. 7.323 *supra*.

⁵⁰³ Véanse los párrs. 7.284-7.291 *supra*.

⁵⁰⁴ Véase la sección 2.3.7 *supra*.

7.332. Panamá argumenta que la imposición de estas condiciones de acceso al mercado desincentiva a los consumidores argentinos a contratar servicios (tales como los servicios de administración de cartera de inversión) prestados por proveedores sujetos a estas condiciones, es decir, proveedores de servicios de países no cooperadores, ya que no tienen acceso a todas las plazas financieras, incluido el mercado argentino. Según Panamá, esto conllevará que el cliente argentino incurra en costes adicionales al deber contratar otro administrador de carteras de inversión que sí que tenga acceso al mercado argentino a través de los intermediarios bursátiles argentinos.⁵⁰⁵

7.333. Argentina argumenta, al igual que para el resto de medidas en litigio, que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios panameños no es menos favorable ya que Panamá forma parte de la lista de países cooperadores.⁵⁰⁶ En todo caso, Argentina añade que la medida no constituye una prohibición absoluta, tal y como sostiene Panamá, sino que permite que se dé curso a operaciones efectuadas u ordenadas por sujetos constituidos, domiciliados o que residan en países no cooperadores siempre y cuando se cumplan las dos condiciones estipuladas en el Artículo 5 del Texto ordenado de la CNV.⁵⁰⁷

7.334. En primer lugar, queremos abordar la cuestión de los servicios afectados por esta medida. Panamá alega que, si bien la medida en litigio contenida en el Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV no se refiere expresamente al servicio de administración de carteras, la medida afecta al suministro transfronterizo de este servicio, ya que impone obligaciones a los intermediarios autorizados "cuyo servicio es esencial para los administradores de carteras". A juicio de Panamá, "el servicio de intermediación bursátil es un servicio auxiliar esencial para la prestación efectiva del servicio de administración de carteras".⁵⁰⁸ Por ello, la medida en litigio afecta al suministro "del servicio de administración de carteras a clientes argentinos vía modo 1".⁵⁰⁹ Argentina no ha objetado a esta afirmación de Panamá. De hecho, Argentina identifica los servicios de administración de carteras en su primera comunicación escrita al resumir los servicios y modos de suministro que Argentina entiende como afectados por las medidas impugnadas por Panamá.⁵¹⁰

7.335. Observamos que ambas partes coinciden en que los proveedores de servicios de administración de carteras procedentes de países no cooperadores sólo tendrán acceso al mercado argentino de capitales si cumplen las dos condiciones estipuladas en el Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV. Observamos, asimismo, que este acceso al mercado argentino de capitales se produce necesariamente a través de intermediarios bursátiles⁵¹¹, que son los que dan curso a las 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. No vemos necesidad de entrar a determinar si, efectivamente, los servicios de intermediación bursátil son servicios auxiliares a los servicios de administración de carteras, tal y como aduce Panamá, para concluir que la medida en litigio tiene un impacto en la prestación transfronteriza de servicios de administración de carteras a consumidores argentinos por parte de proveedores de servicios de países no cooperadores. Consideramos, por lo tanto, que los servicios en litigio en el marco de la Medida 6 son los servicios de administración de carteras.

7.336. Una vez abordado el tema del servicio afectado por la medida en litigio, nos centraremos en si el trato otorgado por la Medida 6 es menos favorable para los proveedores de servicios de países no cooperadores. A este respecto, hemos observado que la imposición de condiciones para acceder al mercado de capitales argentino a través de intermediarios bursátiles sólo afecta a los proveedores de servicios de países no cooperadores. Consideramos que la mera imposición de estos requisitos modifica las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores de servicios de países no cooperadores ya que, a los ojos del consumidor, éstos no tienen la misma facilidad de acceso al mercado de capitales argentino.

⁵⁰⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.706.

⁵⁰⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

⁵⁰⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 491.

⁵⁰⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.387.

⁵⁰⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.394.

⁵¹⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 142.

⁵¹¹ Recordamos que por intermediarios bursátiles se entiende los sujetos indicados en el Artículo 1º de las Normas de la CNV 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." Véase la nota de pie de página 53 *supra*.

7.337. Creemos, al igual que Panamá, que la imposición de estas condiciones a los intermediarios bursátiles argentinos puede desincentivar la contratación de servicios prestados por proveedores de países no cooperadores ya que éstos últimos no tienen acceso al mercado argentino (acceso que sí tienen los proveedores de servicios de países cooperadores) y, por ello, puede generar la necesidad de contratar servicios de algún otro proveedor que sí que tenga acceso al mercado argentino, generando costes adicionales para los consumidores argentinos.

7.338. Esto nos conduce de manera preliminar a concluir que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores es menos favorable que el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

7.339. Sin embargo, tal y como sucede en relación con las Medidas 1, 2, 3, 4 y 5, el diseño y funcionamiento de la Medida 6, en virtud del Decreto No. 589/2013, genera distorsiones por lo que respecta a (i) el otorgamiento de estatus cooperador a jurisdicciones 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. En efecto, el diseño de la Medida 6 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, en virtud del Decreto No. 589/2013, no responde, como argumenta Argentina, al acceso o no a la información fiscal por parte de Argentina. Esto lo demuestra el hecho de que países que están en proceso de negociar un acuerdo de intercambio de información fiscal tengan estatus de cooperador a pesar de no estar el acuerdo concluido y de no existir, por ende, un mecanismo formal de intercambio de información. A esto se añade el funcionamiento de la lista de países cooperadores establecido por Argentina, que resulta en un trato desigual entre jurisdicciones en proceso de negociación del acuerdo, ya que algunas están en la lista mientras que otras siguen a la espera de una actualización de la lista.⁵¹²

7.340. Constatamos, por lo tanto, que el diseño y el funcionamiento de la Medida 6, en virtud del Decreto No. 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 éstos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

7. Si Argentina otorga un trato no menos favorable en el marco de la Medida 7

7.341. La Medida 7, como describimos con anterioridad, se refiere a los requisitos de inscripción aplicables a las sociedades de países no cooperadores que se quieran registrar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁵¹³

7.342. Panamá argumenta que la imposición de requisitos adicionales dificulta el modelo de negocio consistente en la implantación simultánea en varios países, por lo que desincentiva de entrada el establecimiento en Argentina de proveedores de servicios de países no cooperadores.⁵¹⁴

7.343. Argentina, una vez más, aduce que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios panameños no es menos favorable ya que Panamá forma parte de la lista de países cooperadores.⁵¹⁵ A su vez, en lo que se refiere al argumento de Panamá de que la IGJ procede a la evaluación del cumplimiento de los requisitos con discrecionalidad, Argentina replica que esta discrecionalidad es inherente al ejercicio de la función administrativa.⁵¹⁶

7.344. Hemos visto anteriormente que Argentina impone un trato diferente a las sociedades de países no cooperadores ya que les aplica el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005, que tal y como indica su título, no es aplicable a las sociedades de países cooperadores.

7.345. Entendemos que la IGJ pueda evaluar de manera más o menos restrictiva el cumplimiento de los requisitos estipulados en el Artículo 188 por parte de una sociedad de un país cooperador en

⁵¹² Véanse los párrs. 7.284-7.291 *supra*.

⁵¹³ Véase la sección 2.3.8 *supra*.

⁵¹⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.742 y 2.743.

⁵¹⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

⁵¹⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 620.

función de las circunstancias particulares de cada caso, pudiendo solicitar documentación adicional similar a la establecida en el Artículo 192 si lo considera necesario. Sin embargo, no consideramos que nuestro análisis de la medida en litigio nos exija evaluar la apreciación más o menos estricta por parte de la IGJ del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 188.

7.346. Tampoco creemos que el hecho de que la dispensa de documentación prevista en el Artículo 188 se pueda aplicar a países no cooperadores altere el hecho de que el mandato legal contenido en el Artículo 192 de que la IGJ aprecie "con criterio restrictivo el cumplimiento de los requisitos del artículo 188, inciso 3, subincisos b) y c)" se refiere exclusivamente a las sociedades de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y la lucha contra el lavado de dinero y el crimen transnacional.

7.347. No consideramos, tal y como afirma Panamá, que el requisito de acreditar que la sociedad desarrolla de manera efectiva actividad empresarial económicamente significativa se aplica sólo a las sociedades de países no cooperadores.⁵¹⁷ A este respecto, observamos que la dispensa prevista en el Artículo 188, artículo que se aplica a toda sociedad extranjera, se puede producir "en casos de notoriedad y conocimiento público de que la sociedad desarrolla en el exterior efectiva actividad empresarial económicamente significativa y que el centro de dirección de la misma se localiza también allí". Esto encaja con lo indicado por Argentina al afirmar que la evaluación de la suficiencia de la documentación aportada por la sociedad extranjera de conformidad con el Artículo 188 se produce en relación a dos aspectos: el desarrollo de efectiva actividad empresarial económicamente significativa y el centro de dirección de la misma.⁵¹⁸ Entendemos, por lo tanto, que al evaluar el cumplimiento de los requisitos del Artículo 188, la IGJ también busca determinar que la sociedad desarrolla efectiva actividad empresarial económicamente significativa, tal y como sostiene Argentina.⁵¹⁹

7.348. Sin embargo, y a pesar de que los extremos que la documentación solicitada busca comprobar son los mismos tanto en el Artículo 192 como en los incisos (b) y (c) del Artículo 188.3, no podemos ignorar el mandato dirigido a la IGJ en el Artículo 192 de apreciar con criterio restrictivo el cumplimiento de dichos requisitos cuando se trate de sociedades de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y la lucha contra el lavado de dinero y el crimen transnacional.

7.349. A nuestro juicio, el hecho de que la IGJ aprecie con criterio restrictivo el cumplimiento de estos requisitos altera las modificaciones de competencia en detrimento de las sociedades de países no cooperadores frente a sociedades de países cooperadores ya que puede generar desincentivos para la inscripción de sociedades de países no cooperadores, que se ven expuestas a un mayor escrutinio por parte de la IGJ, pudiendo acarrear un mayor volumen de documentación requerida. El hecho de que la mayoría de sociedades se registren exitosamente⁵²⁰ no elimina los desincentivos que genera el trato estipulado en el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005.

7.350. Habida cuenta de lo anterior, llegamos a la conclusión preliminar de que la apreciación con carácter restrictivo por parte de la IGJ de ciertos requisitos necesarios para la inscripción de sociedades de países no cooperadores modifica las condiciones de competencia en detrimento de éstos últimos, situándoles en una posición más desfavorable que los proveedores de servicios similares de países cooperadores.

7.351. Sin embargo, tal y como sucede en relación con las Medidas 1, 2, 3, 4, 5 y 6, el diseño y funcionamiento de la Medida 7, en virtud del Decreto No. 589/2013, genera distorsiones por lo que respecta a (i) el otorgamiento de estatus cooperador a jurisdicciones 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. En efecto, el diseño de la Medida 7 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, en virtud del Decreto No. 589/2013, no responde, como argumenta Argentina, al acceso o no a la información fiscal por parte de Argentina. Esto lo demuestra el hecho de que países que están en proceso de

⁵¹⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.425 y 4.431; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.738.

⁵¹⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 627.

⁵¹⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 630.

⁵²⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 648.

negociar un acuerdo de intercambio de información fiscal tengan estatus de cooperador a pesar de no estar el acuerdo concluido y de no existir, por ende, un mecanismo formal de intercambio de información. A esto se añade el funcionamiento de la lista de países cooperadores establecido por Argentina, que resulta en un trato desigual entre jurisdicciones en proceso de negociación del acuerdo, ya que algunas están en la lista mientras que otras siguen a la espera de una actualización de la lista.⁵²¹

7.352. Constatamos, por lo tanto, que el diseño y el funcionamiento de la Medida 7, en virtud del Decreto No. 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 éstos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

8. Si Argentina otorga un trato no menos favorable en el marco de la Medida 8

7.353. Como vimos anteriormente, la Medida 8 consiste en el requisito impuesto a las personas físicas o jurídicas de países no cooperadores de contar con la conformidad previa del BCRA para repatriar inversiones directas en Argentina.⁵²²

7.354. Panamá argumenta que el requisito de obtener la conformidad previa del BCRA para que los proveedores de servicios puedan repatriar sus inversiones directas, que "recae únicamente" sobre los proveedores de servicios de países no cooperadores⁵²³, genera incertidumbre, lo que provoca un desincentivo para que los proveedores de servicios de países no cooperadores se establezcan en Argentina.⁵²⁴ Panamá considera que este requisito genera una carga administrativa adicional y, a su vez, conlleva el riesgo de que la conformidad sea denegada o concedida demasiado tarde.⁵²⁵ En este sentido, Panamá señala la discrecionalidad que rodea a la aprobación de la solicitud por parte del BCRA y los plazos de espera que un proveedor debe afrontar antes de que se produzca la repatriación.⁵²⁶

7.355. Argentina, por su parte, aduce que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios panameños no es menos favorable ya que Panamá forma parte de la lista de países cooperadores.⁵²⁷ Argentina añade que no considera que la repatriación de inversiones esté cubierta por el AGCS ni afecte a la prestación de ningún servicio, ya que se trata de un "requisito de verificación previa" de acceso al mercado argentino de cambios.⁵²⁸ No obstante, Argentina argumenta que el requisito de conformidad previa del BCRA para repatriaciones de inversión extranjera directa en el sector privado no financiero se aplica a proveedores de países tanto cooperadores como no cooperadores siempre que no se cumplan ciertas condiciones.⁵²⁹ Asimismo, Argentina añade que las solicitudes de conformidad previa presentadas hasta la fecha no han sido denegadas⁵³⁰ y que el plazo para otorgar la conformidad es un plazo razonable acorde con las condiciones de transparencia del AGCS, la complejidad de las operaciones y las exigencias de las instituciones competentes.⁵³¹ Finalmente, Argentina niega que la repatriación de inversiones esté supeditada a la discrecionalidad del BCRA, ya que dicha repatriación se autorizará cuando se cumplan las condiciones establecidas.⁵³²

7.356. En primer lugar, observamos que, en virtud del Numeral I de la Comunicación "A" 4940, el requisito de conformidad previa se aplica automáticamente a los casos de repatriaciones de inversiones directas en el sector no financiero en los que el beneficiario de la repatriación es una persona física o jurídica de un país no cooperador, independientemente de que se hayan cumplido

⁵²¹ Véanse los párrs. 7.284-7.291 *supra*.

⁵²² Véase la sección 2.3.9 *supra*.

⁵²³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.438. Véanse también la primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.449, 4.450 y 4.453; y la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.793.

⁵²⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.794 y 2.795.

⁵²⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.795.

⁵²⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.793.

⁵²⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 165 y 166.

⁵²⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 124 y Anexo explicativo No. 2, párrs. 27-29 y 41.

⁵²⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 2, párrs. 38 y 42.

⁵³⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 124 y Anexo explicativo No. 2, párrs. 39 y 41.

⁵³¹ Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 2, párr. 41.

⁵³² Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 2, párr. 43.

el resto de requisitos establecidos en la legislación argentina para este tipo de operaciones. De entrada, esta automaticidad nos parece que sitúa a los sujetos de países no cooperadores en una posición menos favorable que aquéllos de países cooperadores ya que en ningún caso se les podrá aplicar la regla del punto 1.13 de la Comunicación "A" 4940 que exime de este requisito.

7.357. A esto se le une el hecho de que, tal y como afirma Panamá, la solicitud de conformidad previa *per se* implica una carga administrativa adicional que en todo caso deben afrontar los sujetos de países no cooperadores que quieran repatriar su inversión directa en el sector no financiero. Reconocemos que toda solicitud conlleva no sólo un cierto coste en términos de tiempo⁵³³ sino también un riesgo de que sea finalmente rechazada, lo cual puede generar un desincentivo al establecimiento de proveedores de países no cooperadores.

7.358. Entendemos que toda decisión empresarial que involucra una inversión en el extranjero responde a un análisis del mercado receptor de la inversión que no sólo cubre las condiciones de entrada de la inversión sino también el trato que recibe post-establecimiento, incluido el trato referente a la retirada de la inversión del país. Esto incluye la consideración no sólo del trámite de solicitar la conformidad, sino también de los riesgos de denegación que toda solicitud conlleva y el tiempo que pasa entre la solicitud y la resolución final por parte del BCRA. El hecho de que ninguna solicitud haya sido denegada a fecha de hoy, tal y como afirma Argentina, puede dar un indicio a los inversores extranjeros de cuál es la práctica habitual del BCRA pero no es óbice para que apreciemos, a la luz de lo anterior, que la medida impugnada por Panamá puede tener el efecto potencial de desincentivar ciertas inversiones por parte de proveedores de servicios de países no cooperadores, que se ven sometidos de manera automática a un requisito que no se aplica de manera automática a los proveedores de servicios similares de países cooperadores.

7.359. En consecuencia, consideramos de forma preliminar que el requisito de conformidad previa del BCRA impuesto en relación a la repatriación de inversión directa en el sector no financiero cuando el beneficiario es un sujeto de un país no cooperador modifica las condiciones de competencia en detrimento de éstos últimos, situándoles en una posición más desfavorable que los proveedores de servicios similares de países cooperadores.

7.360. Sin embargo, tal y como sucede en relación con las Medidas 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, el diseño y funcionamiento de la Medida 8, en virtud del Decreto No. 589/2013, genera distorsiones por lo que respecta a (i) el otorgamiento de estatus cooperador a jurisdicciones 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. En efecto, el diseño de la Medida 8 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, en virtud del Decreto No. 589/2013, no responde, como argumenta Argentina, al acceso o no a la información fiscal por parte de Argentina. Esto lo demuestra el hecho de que países que están en proceso de negociar un acuerdo de intercambio de información fiscal tengan estatus de cooperador a pesar de no estar el acuerdo concluido y de no existir, por ende, un mecanismo formal de intercambio de información. A esto se añade el funcionamiento de la lista de países cooperadores establecido por Argentina, que resulta en un trato desigual entre jurisdicciones en proceso de negociación del acuerdo, ya que algunas están en la lista mientras que otras siguen a la espera de una actualización de la lista.⁵³⁴

7.361. Constatamos, por lo tanto, que el diseño y el funcionamiento de la Medida 8, en virtud del Decreto No. 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 éstos en comparación con el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

(iii) Conclusión

7.362. A tenor de lo anterior, constatamos que Panamá ha acreditado que las ocho medidas en litigio no otorgan un "trato no menos favorable" a los servicios y proveedores de servicios de

⁵³³ Entendemos que este coste en términos de tiempo cubre el tiempo que se dedica a preparar la solicitud de conformidad previa y, principalmente, el tiempo que transcurre entre la presentación de la solicitud y la aceptación o denegación de la misma.

⁵³⁴ Véanse los párrs. 7.284-7.291 *supra*.

países no cooperadores en comparación con el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores.

(c) Si el trato no menos favorable es otorgado inmediata e incondicionalmente a los servicios y proveedores de servicios similares

7.363. Habiendo concluido que las ocho medidas en litigio no otorgan un trato no menos favorable a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores y no cooperadores, no creemos necesario continuar nuestro 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.

7.3.2.2.4 Conclusión

7.364. En primer lugar, hemos concluido que Panamá ha acreditado que las ocho medidas en litigio en la presente diferencia están abarcadas por el AGCS.

7.365. A continuación, hemos concluido que Panamá ha acreditado que, en el marco de las ocho medidas en litigio, los servicios y los proveedores de servicios de los países cooperadores y no cooperadores son similares por razón del origen. A ese respecto, también concluimos que Argentina no nos ha persuadido de que el intercambio de información fiscal es "otro factor" que se refleja en la relación de competencia entre los servicios y los proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores.

7.366. Asimismo, hemos concluido que Panamá ha acreditado que las ocho 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, por lo que no hemos considerado necesario continuar nuestro 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.

7.367. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial constata que la Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados), la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia), la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos), la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro), la Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales), la Medida 7 (requisitos para el registro de sucursales) y la Medida 8 (requisito de autorización cambiaria) son incompatibles con el Artículo II:1 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 cooperadores.

7.3.3 Alegaciones de Panamá al amparo de los Artículos XVI:1 y XVI:2 del AGCS

7.3.3.1 Principales argumentos de las partes

7.3.3.1.1 Panamá

7.368. Panamá alega que la Medida 5 es incompatible con los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS porque Argentina limita el número de proveedores de servicios extranjeros y les otorga un trato menos favorable que el especificado en su Lista de compromisos.⁵³⁵ Debido a los cambios sufridos por esta medida que se explican en las secciones 2.3.6 y 7.1.3 *supra*, Panamá ha indicado que existe de sus alegaciones bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS con respecto al suministro de servicios de reaseguro por parte de proveedores de países no cooperadores vía modo 3 (punto 18 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011) y modo 1 (punto 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011). Asimismo, Panamá ha recalcado que persiste en sus alegaciones "bajo el Artículo XVI del AGCS por lo que respecta al punto 19 del Anexo I de la

⁵³⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.e(ii).

Resolución 35.615".⁵³⁶ En esta sección incluimos un resumen de todos los argumentos de Panamá bajo sus alegaciones al amparo de los Artículos XVI:1 y XVI:2 del AGCS.

7.369. A juicio de Panamá, Argentina contrajo compromisos de acceso a los mercados en los modos 1 (suministro transfronterizo) y 3 (presencia comercial) en relación al sector de reaseguros y retrocesión.⁵³⁷ Por lo que respecta al modo de suministro transfronterizo (modo 1), Panamá alega que, al inscribir el término "Ninguna" en la columna de acceso a los mercados bajo el modo 1, Argentina tiene un compromiso pleno para este modo.⁵³⁸ En cuanto al suministro vía presencia comercial (modo 3), Panamá afirma que la limitación inscrita ("La autorización para la instalación de nuevas entidades se encuentra suspendida") se refiere a la capacidad de Argentina de autorizar la constitución de nuevas entidades. Panamá alega que el sentido corriente de esta inscripción comprende sólo la suspensión temporal de las autorizaciones para la instalación de nuevas entidades en Argentina para la prestación de servicios de reaseguro, suspensión que se encontraba vigente a 15 de abril de 1994, fecha en la cual la Lista se adoptó. Dado que la Resolución SSN No. 13.828/1977, que se encontraba vigente a 15 de abril de 1994, fue derogada en 1998 mediante la Resolución SSN No. 25.804/1998, Panamá considera que la limitación contenida en la Lista de Argentina perdió vigencia desde el momento en que el otorgamiento de autorizaciones para la instalación de nuevas entidades se reactivó, esto es, desde el 1 de octubre de 1998.⁵³⁹ Panamá concluye, por lo tanto, que la prohibición total impuesta por Argentina al suministro de servicios de reaseguro, mediante presencia comercial, por parte de proveedores de servicios de países no cooperadores – en virtud del punto 18 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 – es incompatible con los compromisos de Argentina en dicho sector y modo de suministro porque equivale a un contingente nulo, comprendido en el Artículo XVI:2(a) del AGCS.⁵⁴⁰

7.370. Con respecto al modo 1, Panamá observa que, en virtud del punto 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, los proveedores de servicios de los países no cooperadores tienen prohibido prestar servicios de reaseguro de forma transfronteriza. Según Panamá, la prohibición, por razones de nacionalidad, de suministrar un servicio respecto del cual se ha contraído un compromiso específico equivale a un contingente nulo comprendido en el ámbito del Artículo XVI:2(a) del AGCS.⁵⁴¹

7.371. Panamá señala también que, si bien los proveedores de países cooperadores no se hayan sujetos a esta prohibición del suministro transfronterizo de servicios de reaseguro, sí que se hayan sometidos a ciertas limitaciones. Más concretamente, Panamá explica que los proveedores extranjeros de servicios de reaseguro de países cooperadores que operen únicamente desde sus sedes solamente pueden suministrar sus servicios a consumidores ubicados en el mercado argentino en dos situaciones: (i) de conformidad con el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, "cuando por la magnitud y las características de los riesgos cedidos [las] operaciones de reaseguro no puedan ser cubiertas en el mercado reasegurador argentino", y (ii) de conformidad con el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011, en casos en que los riesgos individuales superen los USD 50.000.000 y "por aquella porción que supere la citada suma". Según Panamá, esta medida constituye una "limitación" al número de proveedores de servicios ... mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas", en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS.⁵⁴²

⁵³⁶ Véase la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 60.

⁵³⁷ El Grupo Especial recuerda que, en la sección 7.1.4 *supra*, llegó a la conclusión de que los servicios de retrocesión no están incluidos en la Medida 5 impugnada por Panamá. Por lo tanto, nos referiremos solamente a los "servicios de reaseguro" en el resto de esta Sección.

⁵³⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.367 y 4.368 (donde se cita el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 6.279).

⁵³⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.369-4.374.

⁵⁴⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.380 y 4.381 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 237).

⁵⁴¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.376.

⁵⁴² Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.376-4.379 (donde se hace referencia al Punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, pruebas documentales PAN-36 / ARG-27; al Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011, prueba documental PAN-40 / ARG-48; y a las Directrices para la consignación en listas de 1993, donde se incluye, como ejemplo de limitación al número de proveedores de servicios, la "[l]icencia para abrir un nuevo restaurante basada en un prueba de necesidades económicas". Véase "Consignación en Listas de los compromisos iniciales en la esfera del comercio de servicios: Nota

7.372. Panamá aduce que dichas medidas son incompatibles también con el Artículo XVI:1 del AGCS puesto que conceden a los proveedores de los países no cooperadores un trato menos favorable que el previsto en la Lista de compromisos de Argentina.⁵⁴³

7.373. En su segunda comunicación escrita, Panamá observa que Argentina modificó la Resolución SSN No. 35.615/2011 a través de la Resolución SSN No. 38.284/2014 el mismo día en que Panamá presentaba su primera comunicación escrita, a saber, el 25 de marzo de 2014. Esta Resolución SSN No. 38.284/2014 modifica dos puntos de la Resolución SSN No. 35.615/2011 sobre los que Panamá presentó alegaciones, a saber, los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de dicha resolución y mantiene el trato diferenciado a proveedores de servicios de reaseguro en función de su origen, tanto para el modo 1 como para el modo 3. Panamá argumenta que, dado que había identificado la Resolución SSN No. 35.615/2011 en su solicitud de establecimiento de un grupo especial como el instrumento a través del cual Argentina mantenía sus medidas sobre servicios de reaseguro incompatibles con el AGCS y había indicado "que dicha solicitud 'abarca en su ámbito ... posibles modificaciones, ampliaciones o complementaciones de ser el caso'"⁵⁴⁴, la modificación de Argentina forma parte de los términos de referencia de este Grupo Especial.⁵⁴⁵

7.374. Panamá alega que el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 y el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 siguen vigentes y observa que la propia Argentina admite no permitir un acceso pleno a su mercado reasegurador, sino un acceso "parcial". Panamá mantiene que la normativa argentina no permite el suministro transfronterizo de servicios de reaseguro a menos que exista la necesidad económica para ello, lo que constituye una "limitaci[ón] al número de proveedores de servicios ... mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas", en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS. Panamá alega que la Nota de la Secretaría de la OMC sobre las pruebas de necesidades económicas, a la cual el Órgano de Apelación se ha referido en alguna ocasión, pone como ejemplo de limitación mediante una prueba de necesidades económicas a medidas "que permiten contratar la cobertura de seguros a proveedores extranjeros cuando no se pueda conseguir dicha cobertura en el país". A juicio de Panamá, este ejemplo refleja de forma casi idéntica lo que se establece en el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011. Panamá argumenta que la Nota de la Secretaría señala que el carácter cuantitativo de las medidas que adoptan la forma de pruebas de necesidades económicas comporta que "se basan en criterios cuyo cumplimiento escapa al control del proveedor de servicios de que se trate". Según Panamá, al permitir el suministro de servicios de reaseguro transfronterizos únicamente por la porción de riesgos individuales que superen los 50 millones de dólares, el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 establece un criterio cuyo cumplimiento claramente "escapa al control" del reasegurador extranjero.⁵⁴⁶

7.375. Panamá alega que Argentina aprovecha la pregunta del Grupo Especial No. 76 para desarrollar por primera vez su respuesta a la alegación de Panamá relativa al punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011. Panamá considera que la respuesta de Argentina claramente excede el alcance de la pregunta del Grupo Especial. Panamá subraya que Argentina no había mencionado con anterioridad, por ejemplo, las pruebas de necesidades económicas sobre las cuales Panamá argumentó en detalle en sus dos comunicaciones escritas. Según Panamá, la réplica de Argentina no puede ser aceptada porque iría en contra de lo señalado por el Órgano de Apelación en cuanto a la división de fases en el procedimiento de grupo especial, y el propósito de la regla 8 del Procedimiento de Trabajo de este Grupo Especial. Panamá aduce que afectaría a su derecho de defensa ya que en el plazo de siete días no ha contado con la debida oportunidad de sopesar, refutar y defender su posición. Panamá insiste en que no ha podido tratar estos argumentos con Argentina y el Grupo Especial en ninguna reunión, de conformidad con los principios de debido proceso de intermediación procesal y de oralidad. Panamá sostiene que el aceptar estos argumentos de Argentina presentados tardíamente afectaría también a los derechos

explicativa" (Directrices de 1993), MTN.GNS/W/164, de 3 de septiembre de 1993, pruebas documentales PAN-46 / ARG-79, párr. 6(a), punto 1°).

⁵⁴³ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.376 y 4.379; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.631.

⁵⁴⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.576 (donde se hace referencia a su solicitud de establecimiento de un grupo especial, pág. 7).

⁵⁴⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.575-2.583.

⁵⁴⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.628-2.630 (donde se hace referencia a la Nota de la Secretaría, *Las pruebas de necesidades económicas*, S/CSS/W/118, de 30 de noviembre de 2001, prueba documental PAN-47; y al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, nota de pie de página 269).

de los terceros, los cuales no han podido conocer ni comentar la posición de Argentina en relación con esta alegación de Panamá bajo el Artículo XVI del AGCS. Panamá argumenta que, a la luz de lo dispuesto en el Artículo 11 del ESD, el Grupo Especial debería observar la precaución debida para evitar que alguna de las partes – aprovechando la oportunidad de clarificar argumentos que le brinda el Grupo Especial – presente su caso por primera vez. Según Panamá, Argentina no ha demostrado que existan hechos o fundamentos sobrevenidos que justifiquen la presentación de los argumentos y nuevas pruebas a esas alturas del procedimiento.⁵⁴⁷

7.3.3.1.2 Argentina

7.376. En su primera comunicación escrita, Argentina alega que la descripción que realiza Panamá de la medida argentina no se ajusta a la realidad ya que el marco regulatorio del reaseguro en la Argentina ha sido modificado.⁵⁴⁸

7.377. Por lo que respecta al suministro de servicios de reaseguro mediante presencia comercial (modo 3), Argentina alega que el punto 18 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, modificado por la Resolución SSN No. 38.284/2014, no prohíbe a los proveedores de servicios de países no cooperadores prestar servicios de reaseguro en Argentina mediante presencia comercial, sino que les permite hacerlo siempre y cuando estén sujetos a la supervisión regulatoria de una entidad similar a la SSN, con la cual exista intercambio de información.⁵⁴⁹

7.378. A esto se le suma el hecho de que, según Argentina, la limitación consignada bajo el modo 3 en el sector de servicios de reaseguro sigue en vigor ya que Argentina no ha modificado su lista de compromisos de conformidad con el Artículo XXI del AGCS. Argentina argumenta que, en virtud de esta limitación, la autorización para la instalación de nuevas entidades se encuentra suspendida, lo que significa que la instalación de nuevas entidades sólo será posible en tanto la SSN evalúe el mérito de exceptuar la suspensión en cada caso particular. Argentina no considera que, tal y como alega Panamá, el término "está suspendido" pueda leerse de modo tal que sugiera que la suspensión de la autorización de establecimiento de nuevas reaseguradoras en la Argentina se halla limitada temporalmente. Argentina aduce que, independientemente de cualquier modificación en su legislación interna, la limitación inscrita bajo modo 3 sigue en vigor, dando así a Argentina el derecho de suspender la autorización para el establecimiento de nuevas reaseguradoras.⁵⁵⁰

7.379. En referencia al suministro transfronterizo de servicios de reaseguro (modo 1), Argentina alega que, en virtud del punto 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, modificado por la Resolución SSN No. 38.284/2014, no se prohíbe a los proveedores de servicios de países no cooperadores prestar servicios de reaseguro transfronterizos. Argentina explica que la nueva redacción del punto 20(f), en virtud de la Resolución SSN No. 38.284/2014, establece que las entidades ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras pueden ser autorizadas a prestar servicios de reaseguro o retrocesión transfronterizos en Argentina, siempre que se certifique que están sujetas a la supervisión regulatoria de una entidad similar a la SSN, con la cual exista intercambio de información.⁵⁵¹ Asimismo, Argentina argumenta también que el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 tampoco prohíbe el suministro transfronterizo de servicios de reaseguro desde las casas centrales (modo 1), sino que lo somete a ciertas condiciones. En particular, Argentina explica que el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 (desarrollado por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011) prevé la participación de empresas extranjeras en el suministro de servicios de reaseguro vía modo 1 en forma parcial y por los excedentes de lo que considera un umbral para ciertos tipos de riesgo asegurado, normalmente denominados "grandes riesgos". Argentina justifica dicha limitación parcial en base a razones de fortalecimiento del mercado reasegurador nacional y de incremento del control para evitar prácticas fraudulentas.⁵⁵² Argentina alega que la gran cantidad de compañías extranjeras de reaseguros que actualmente prestan servicios de reaseguro y retrocesión en Argentina corrobora

⁵⁴⁷ Observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 76 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Textiles y prendas de vestir*, párr. 79).

⁵⁴⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 407.

⁵⁴⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 431.

⁵⁵⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 476-479; y segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 56-58.

⁵⁵¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 435 y 436; y segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 54 y 55.

⁵⁵² Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 456-458.

la ausencia de "cualquier limitación en la cantidad de proveedores de servicios" en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS.⁵⁵³

7.380. Argentina observa, a su vez, que el régimen de la retrocesión está regulado en la Resolución SSN No. 35.794/2011, que no fue cuestionada por Panamá en la presente diferencia. Según Argentina, los servicios de retrocesión no sólo no están limitados por ninguna disposición normativa sino que, en la práctica, son suministrados en forma mayoritaria por empresas extranjeras.⁵⁵⁴

7.381. Durante la segunda reunión sustantiva de las partes con el Grupo Especial, Argentina alega que la medida cuestionada no es incompatible con los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS porque no se encuentra abarcada por dichas obligaciones. Según Argentina, el Artículo XVI:2(a) se refiere exclusivamente a las limitaciones al número de "proveedores" de servicios. Sin embargo, la medida cuestionada por Panamá no se encuentra dirigida a limitar el número de "proveedores" de servicios de reaseguro sino que regula las "operaciones" de reaseguro. Argentina sostiene que si una medida no limita el número de proveedores de servicios *per se*, la medida se encuentra fuera del alcance del Artículo XVI:2(a) del AGCS. Argentina alega que, en el improbable caso de que el Grupo Especial considere que la Medida 5 se refiere a los "proveedores" de servicios, Argentina ya ha explicado que se trata una medida de tipo cualitativo y, por lo tanto, tampoco se encuentra dentro del alcance del Artículo XVI:2(a) del AGCS, que apunta a medidas de naturaleza cuantitativa.⁵⁵⁵

7.3.3.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.3.3.2.1 Introducción

7.382. La cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial es si la Medida 5 es incompatible con los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS porque, tal y como alega Panamá, dicha medida limita el número de proveedores de servicios extranjeros mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas y, en consecuencia, les otorga un trato menos favorable que el especificado en su Lista de compromisos.⁵⁵⁶ Argentina, por su parte, responde que la Medida 5 no se aplica a "proveedores" de servicios y, por lo tanto, no está abarcada por el Artículo XVI:2(a) del AGCS. Argentina sostiene que, en el caso de que el Grupo Especial considere que la medida está abarcada por el Artículo XVI:2(a), Argentina considera que se trata de una medida de tipo cualitativo.⁵⁵⁷

7.383. Tal y como se describe en la sección 2.3.6 *supra*, la Medida 5 ha sido objeto de desarrollo y modificaciones acaecidas antes y después del establecimiento de este Grupo Especial. Recordamos nuestra decisión de pronunciarnos sobre la Medida 5, tal como ha sido desarrollada por la Resolución SSN No. 35.794/2011 y conforme a la modificación introducida por la Resolución SSN No. 38.284/2014.⁵⁵⁸

7.384. Los cambios sufridos por la Medida 5 han llevado a Panamá a reducir el alcance de sus alegaciones bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS.⁵⁵⁹ En particular, en vista de la modificación de los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 por la Resolución SSN No. 38.284/2014 y la consiguiente desaparición de la prohibición absoluta inicialmente prevista en dichos puntos, Panamá confirmó al Grupo Especial que desistía de sus alegaciones bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS, con respecto al suministro de servicios

⁵⁵³ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 55.

⁵⁵⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 443 y 449.

⁵⁵⁵ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 21.

⁵⁵⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 3.1.e(ii).

⁵⁵⁷ Véase la nota de pie de página 555 *supra*.

⁵⁵⁸ Véase la sección 7.1.3 *supra*.

⁵⁵⁹ En su primera comunicación escrita, Panamá presentó alegaciones bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS en relación a los puntos 18, 19 (desarrollado por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011) y 20(f) de la Resolución SSN No. 35.615/2011. Los puntos 18 y 20(f) estipulaban prohibiciones de suministro de servicios de reaseguro vía modo 3 y modo 1, respectivamente. El punto 19, desarrollado por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011, limita el suministro de servicios de reaseguro vía modo 1 a situaciones en las que los riesgos individuales sean superiores a los 50 millones de dólares, y sólo por la porción que supere dicha suma. Véase la primera comunicación escrita de Panamá, Sección 4.5.3.

de reaseguro vía modos 1 y 3 por proveedores de países no cooperadores.⁵⁶⁰ Panamá precisó, sin embargo, que la exigencia de una prueba de necesidades económicas que recaía sobre todos los proveedores extranjeros en virtud del punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 (desarrollado por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011) no había sido modificada y, en consecuencia, Panamá mantenía su alegación bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS. En este sentido, Panamá sostiene que Argentina limita el acceso transfronterizo (modo 1) al mercado argentino de reaseguros a situaciones en las que los riesgos individuales sean superiores a los 50 millones de dólares, y sólo por la porción que supere dicha suma.⁵⁶¹

7.385. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial ceñirá su examen únicamente a las alegaciones de Panamá bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS con respecto al punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, tal y como es desarrollado por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011. En consecuencia, cuando aludamos a la Medida 5 en esta sección dedicada a las alegaciones de Panamá bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a), nos estaremos refiriendo únicamente al punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, tal y como es desarrollado por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011

7.386. Empezaremos por examinar el enunciado de los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS.

7.3.3.2.2 Las disposiciones jurídicas pertinentes

7.387. El Artículo XVI del AGCS, titulado "Acceso a los mercados", estipula lo siguiente en su parte relevante:

1. En lo que respecta al acceso a los mercados a través de los modos de suministro identificados en el artículo I, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista.⁸

2. En los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente:

- a) limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

⁸ Si un Miembro contrae un compromiso en materia de acceso a los mercados en relación con el suministro de un servicio por el modo de suministro mencionado en el apartado a) del párrafo 2 del artículo I y si el movimiento transfronterizo de capital forma parte esencial del propio servicio, ese Miembro se compromete al mismo tiempo a permitir dicho movimiento de capital. Si un Miembro contrae un compromiso en materia de acceso a los mercados en relación con el suministro de un servicio por el modo de suministro mencionado en el apartado c) del párrafo 2 del artículo I, se compromete al mismo tiempo a permitir las correspondientes transferencias de capital a su territorio.

7.388. En *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación explicó que el Artículo XVI del AGCS "establece obligaciones específicas para los Miembros, que se aplican en la medida en que éstos han asumido en sus Listas 'compromisos específicos de acceso a los mercados'".⁵⁶² Asimismo, el Órgano de Apelación aclaró la función de los párrafos de esta disposición invocados por Panamá:

⁵⁶⁰ Panamá confirmó que mantiene las alegaciones bajo el Artículo II:1 del AGCS en relación a los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011. El Grupo Especial ha examinado estas alegaciones en la sección 7.3.2.2 *supra*. Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.587.

⁵⁶¹ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 60.

⁵⁶² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 214.

El primer párrafo del artículo XVI obliga a cada Miembro a otorgar a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato "no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista". El segundo párrafo del artículo XVI define, en seis apartados, las medidas que ningún Miembro que haya contraído un compromiso específico mantendrá ni adoptará, "a menos que en su Lista se especifique lo contrario".⁵⁶³

7.389. Las alegaciones de Panamá bajo los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) plantean la cuestión de la relación entre ambos párrafos del Artículo XVI con miras a decidir el orden que el Grupo Especial debe seguir en su análisis. Precisamente, en *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, el grupo especial decidió comenzar por examinar si la Lista del demandado contenía un compromiso específico pertinente de acuerdo con el apartado específico del Artículo XVI:2 de que se trataba, antes de examinar la compatibilidad de la medida con el Artículo XVI:1 del AGCS.⁵⁶⁴ El grupo especial razonó como sigue:

El párrafo 1 del artículo XVI establece el principio general de que los Miembros deben otorgar a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable que el especificado de conformidad con los "términos, limitaciones y condiciones" que figuren en su Lista. El párrafo 2 es más específico: define, en seis apartados, las medidas que un Miembro que haya inscrito un compromiso sectorial específico no puede adoptar ni mantener "a menos que en su Lista se especifique lo contrario". ... De conformidad con el artículo XVI, los Miembros se comprometen a un nivel de trato mínimo, y por tanto son libres de mantener un régimen de acceso a los mercados menos restrictivo que el que figure en su Lista, como se confirma en el párrafo 1, que hace referencia a un criterio de trato "no menos favorable"...

El texto del artículo XVI indica que a continuación debemos examinar los términos exactos de la Lista de China para determinar si, en lo que se refiere a los servicios en litigio, hay un compromiso sobre el acceso a los mercados y, en caso afirmativo, cuáles son los "términos, limitaciones y condiciones" anotados en lo relativo a esos compromisos.⁵⁶⁵

7.390. El grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico* siguió el mismo enfoque.⁵⁶⁶ No vemos ninguna razón para apartarnos del enfoque adoptado por grupos especiales anteriores y, por lo tanto, comenzaremos nuestro análisis con la alegación de Panamá bajo el Artículo XVI:2(a) del AGCS.

7.3.3.2.3 La cuestión de si la Medida 5 es incompatible con el Artículo XVI:2(a) del AGCS

7.3.3.2.3.1 El criterio jurídico bajo el Artículo XVI:2(a) del AGCS

7.391. En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación definió el criterio jurídico a seguir bajo el Artículo XVI:2 del AGCS. Examinando el Artículo XVI:2 y, en particular, sus apartados (a) y (c), el Órgano de Apelación explicó:

Este texto sugiere que Antigua debía acreditar *prima facie* su reclamación alegando, en primer lugar, que los Estados Unidos habían asumido un compromiso de acceso a los mercados en su Lista anexa al AGCS; y, en segundo lugar, especificando, con el apoyo de pruebas, en qué forma las leyes impugnadas constituyen "limitaciones" inadmisibles, comprendidas en los párrafos 2 a) o 2 c) del artículo XVI.⁵⁶⁷

⁵⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 214.

⁵⁶⁴ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.1353.

⁵⁶⁵ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrs. 7.1353 y 7.1354.

⁵⁶⁶ Véase el informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.511.

⁵⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 143. Posteriormente, los grupos especiales en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* y *China – Servicios de pago electrónico* siguieron el mismo enfoque. Véanse los informes del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.1354 y *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.511.

7.392. Aplicando dicho razonamiento al presente asunto, para acreditar *prima facie* una infracción del Artículo XVI:2(a) del AGCS, Panamá deberá (i) en primer lugar, acreditar que Argentina ha contraído compromisos pertinentes en materia de acceso a los mercados en su Lista anexa al AGCS; y (ii) en segundo lugar, especificar, con el apoyo de pruebas, en qué forma la Medida 5 constituye una "limitación inadmisibles" en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS.

7.393. Examinamos, a continuación, si Panamá ha cumplido con ambos requisitos separadamente.

(a) Primer requisito: Si Argentina ha contraído compromisos específicos bajo el modo 1 respecto del subsector "servicios de reaseguro"

7.394. Comenzamos por recordar que incumbe a Panamá acreditar que Argentina ha contraído compromisos en materia de acceso a los mercados con respecto a los servicios de reaseguro. A este respecto, observamos que Panamá ha identificado los compromisos asumidos por Argentina en los sectores y modos de suministro que se reproducen a continuación:⁵⁶⁸

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional
c) Servicios de reaseguro y retrocesión (CCP 81299*)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) La autorización para la instalación de nuevas entidades se encuentra suspendida 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales

(las cursivas no figuran en el original)

7.395. De conformidad con el Artículo XX:3 del AGCS, las Listas de compromisos específicos de los Miembros son parte integrante del AGCS y, por lo tanto, su significado debe determinarse conforme a las reglas de interpretación de la Convención de Viena.⁵⁶⁹

7.396. Como vemos en el extracto de Lista de compromisos que acabamos de reproducir, Argentina ha inscrito el término "Ninguna" en la columna de "Limitaciones al acceso a los mercados" respecto al modo 1 (suministro transfronterizo).

7.397. Panamá alega que, al inscribir el término "Ninguna" en dicha columna, Argentina debe mantener un "acceso pleno a los mercados" en el sentido del AGCS, es decir, que no deberá mantener ninguna de las seis limitaciones y medidas enumeradas en el Artículo XVI:2, incluyendo el apartado (a), que es el relevante a los efectos de esta diferencia. Según Panamá, esta inscripción significa que Argentina tiene un compromiso pleno en materia de acceso a los mercados respecto del suministro del servicio de reaseguro de forma transfronteriza.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Lista de compromisos específicos de Argentina, Documento GATS/SC/4, pág. 16, prueba documental PAN-19.

⁵⁶⁹ El Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Juegos de azar*, dispuso: En el contexto del AGCS, el párrafo 3 del artículo XX dispone expresamente que las Listas de los Miembros forman "parte integrante" de ese Acuerdo. También en este caso la tarea de verificar el significado de una concesión incluida en una Lista del AGCS, como la de interpretar el texto de cualquier otro tratado, supone la determinación de la *intención común* de los Miembros. Consideramos, como el Grupo Especial -y, por cierto, los dos participantes- que el significado de la Lista de los Estados Unidos anexa al AGCS debe determinarse conforme a las reglas codificadas en el artículo 31 y, en cuanto corresponda, en el artículo 32, de la *Convención de Viena*.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 160 (no se reproducen las notas de pie de página, las cursivas figuran en el original).

⁵⁷⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.367 y 4.368.

7.398. Argentina parece estar de acuerdo ya que reconoce que su Lista de compromisos específicos incluye un compromiso pleno bajo el modo 1 para el suministro de servicios de reaseguro.⁵⁷¹

7.399. El Grupo Especial observa que el AGCS no contiene una definición expresa del término "Ninguna". En *Estados Unidos – Juegos de azar* el Órgano de Apelación explicó que el término "Ninguna" en la columna de acceso a los mercados significa que el Miembro en cuestión se ha "comprometido a conceder pleno acceso a los mercados, en el sentido del artículo XVI, respecto de los servicios incluidos en el alcance de su compromiso" en el subsector concernido.⁵⁷² El Órgano de Apelación concluyó que, "[a]l hacerlo, [los Estados Unidos] se han comprometido a no mantener ninguno de los tipos de medidas que se enumeran en los seis apartados del párrafo 2 del artículo XVI".⁵⁷³

7.400. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye que, al haber inscrito el término "Ninguna" en la columna "Limitaciones al acceso a los mercados", Argentina ha contraído un compromiso específico pleno bajo el modo 1 para los "servicios de reaseguro". Esto significa que Argentina se ha comprometido a no mantener ninguna de las seis medidas comprendidas en cualquiera de los apartados del Artículo XVI:2, y por ende, el apartado (a), para este modo y este sector.

(b) Segundo requisito: Si la Medida 5 constituye una limitación inadmisble al suministro transfronterizo de servicios de reaseguro en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS

7.401. Proseguimos examinando el segundo requisito, a saber, si, como alega Panamá, el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, tal y como es desarrollado por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011, constituye una limitación inadmisble al suministro transfronterizo (modo 1) de servicios de reaseguro en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS.

7.402. Al respecto, Argentina sostiene que el Artículo XVI:2(a) del AGCS no es aplicable a la Medida 5 porque dicha disposición se refiere exclusivamente a limitaciones al número de "proveedores" de servicios, mientras que la normativa cuestionada por Panamá regula "operaciones" de reaseguro.⁵⁷⁴ De todas formas, y en el caso de que el Grupo Especial considerase que la Medida 5 se aplica a "proveedores" de servicios, Argentina sostiene que dicha medida establece requisitos cualitativos y, por lo tanto, se encuentra fuera del alcance del Artículo XVI:2(a) del AGCS.⁵⁷⁵

7.403. El Grupo Especial observa que los argumentos de las partes plantean dos cuestiones distintas en cuanto al alcance del Artículo XVI:2(a) del AGCS: (i) si la Medida 5 regula "proveedores" de servicios en el sentido del Artículo XVI:2(a) y, (ii) asumiendo que tal es el caso, si dicha medida constituye una limitación al "número de proveedores" de servicios en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS.

7.404. Antes de pasar a examinar estas cuestiones, deseamos tratar una cuestión de procedimiento planteada por Panamá en relación a parte de la argumentación presentada por Argentina para refutar la alegación de Panamá bajo el Artículo XVI:2(a) del AGCS.

⁵⁷¹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 54 ("Con respecto al modo 1, en el que Argentina ha asumido compromisos plenos de acceso al mercado para los servicios de reaseguro y retrocesión, ...").

⁵⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 215. En una nota de pie de página, el Órgano de Apelación recalca que "[l]o opuesto a esta anotación es 'Sin consolidar', que significa que un Miembro no asume *ningún* compromiso específico." Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, nota de pie de página 257 (las cursivas figuran en el original).

⁵⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 215.

⁵⁷⁴ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 21 y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 76.

⁵⁷⁵ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 21 y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 76.

(i) Cuestión procesal planteada por Panamá

7.405. Panamá alega que los contraargumentos de Argentina relativos al punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 no pueden ser aceptados por este Grupo Especial porque llegaron demasiado tarde. De aceptarlos, Panamá sostiene que estaríamos afectando su derecho de defensa ya que en el plazo de siete días no ha contado con la debida oportunidad de sopesar y refutar los argumentos presentados por Argentina ni defender su posición plenamente. Panamá además aduce que no ha contado con la oportunidad de tratar estos argumentos con Argentina y el Grupo Especial en ninguna reunión, de conformidad con los principios de debido proceso de intermediación procesal y de oralidad.⁵⁷⁶

7.406. Observamos que Argentina abordó las alegaciones de Panamá de incompatibilidad de la Medida 5 con el Artículo XVI:2(a) del AGCS de forma sucinta en su primera comunicación escrita. Luego presentó un argumento adicional durante la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, y posteriormente desarrolló su argumentación en respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 76 durante la segunda reunión sustantiva.⁵⁷⁷

7.407. Observamos asimismo que Panamá tuvo la oportunidad de comentar la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 76 durante la segunda reunión sustantiva así como dentro del plazo de siete días previsto en el calendario adoptado por el Grupo Especial. Sin embargo, Panamá optó por únicamente solicitar al Grupo Especial que ignorase la respuesta de Argentina por motivos de debido proceso. Panamá tampoco solicitó al Grupo Especial un plazo adicional para responder a la argumentación que Argentina había presentado en respuesta a nuestra pregunta.

7.408. Estamos de acuerdo en que el debido proceso es una característica esencial del sistema de solución de diferencias de la OMC.⁵⁷⁸ Ello no significa, no obstante, que se infrinja el derecho al debido proceso de Panamá si aceptamos la argumentación presentada por Argentina en respuesta a una de nuestras preguntas. Si bien hubiera sido preferible que Argentina presentara sus argumentos relativos a la aplicación del Artículo XVI:2(a) del AGCS a la Medida 5 en una etapa más temprana del procedimiento, Panamá tuvo la oportunidad de responder a los argumentos jurídicos de Argentina relacionados con la medida en cuestión. En efecto, Panamá podría haber comentado dichos argumentos durante la segunda reunión sustantiva y/o en sus comentarios a las respuestas de Argentina a las preguntas del Grupo Especial tras la segunda reunión del Grupo Especial. Panamá también podría haber solicitado un plazo adicional para comentar dichos argumentos si hubiera considerado que necesitaba más tiempo.

7.409. En cuanto a la jurisprudencia y las disposiciones invocadas por Panamá – la regla 8 del Procedimiento de Trabajo en estas actuaciones y el Artículo 11 del ESD –, hacemos notar que se refieren a la presentación de pruebas, no de argumentos jurídicos. Tampoco compartimos la opinión de Panamá según la cual "los argumentos de las partes deben presentarse en sus comunicaciones escritas", ya que tal proceder tornaría irrelevante la celebración de reuniones sustantivas con las partes, que forman parte esencial del procedimiento de trabajo de los grupos especiales y que precisamente plasman los principios de intermediación procesal y de oralidad evocados por Panamá.

7.410. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial declina la solicitud de Panamá de que rechacemos los argumentos presentados por Argentina en respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 76.

(ii) Si la Medida 5 se aplica a "proveedores" de servicios en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS

7.411. Proseguimos nuestro análisis examinando si la Medida 5 se aplica a "proveedores" de servicios en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS. Para ello, nos centraremos en establecer

⁵⁷⁶ Observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 76 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Textiles y prendas de vestir*, párr. 79).

⁵⁷⁷ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 76.

⁵⁷⁸ De hecho, "[l]a protección del debido proceso garantiza que los procedimientos se lleven a cabo con equidad e imparcialidad y que una de las partes no sea injustamente desfavorecida con respecto a otras partes en una diferencia." Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, párr. 433.

cuál es el alcance del concepto de "proveedores" de servicios cubierto por el Artículo XVI:2(a) para poder así determinar si la Medida 5 está abarcada por dicha disposición jurídica.

7.412. Comenzamos examinando el enunciado del Artículo XVI:2(a) del AGCS que dispone:

- a) limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.

7.413. Por lo tanto, esta disposición se refiere a limitaciones al número de proveedores de servicios. Para comprender el alcance de esta disposición, creemos útil referirnos al contexto en el que se enmarca y en particular, a los otros apartados que conforman el Artículo XVI:2 del AGCS.

7.414. Junto al apartado (a), el Artículo XVI:2 contiene cinco apartados adicionales que disponen lo siguiente:

- b) limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- c) limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- e) 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; y
- f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas.

7.415. El preámbulo del Artículo XVI:2 estipula que la finalidad de los apartados (a) a (f) es definir "[e]n los sectores en que se contraigan compromisos específicos, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará ...". Tal y como observó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Juegos de azar*:

El preámbulo contempla ... aquellas circunstancias en que la Lista de un Miembro *incluye* un compromiso en materia de acceso a los mercados, y señala que la función de los apartados del párrafo 2 del artículo XVI es definir determinadas limitaciones que están prohibidas a menos que hayan sido consignadas específicamente en la Lista de ese Miembro.⁵⁷⁹

7.416. Si examinamos el enunciado de los cuatro primeros apartados ((a) a (d)), vemos que comparten un lenguaje parecido en cuanto a que todos se refieren a tipos de limitaciones cuantitativas al acceso a los mercados. Efectivamente, sólo cambia el objeto de la limitación. En este sentido, el apartado (a), que es el que nos ocupa, se refiere al "número de proveedores de servicios", el apartado (b) al "valor total de los activos o transacciones de servicios", el apartado (c) al "número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios" y el apartado (d) al "número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios puede emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él".

⁵⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 233 (las cursivas figuran en el original).

7.417. El quinto apartado (e) "abarca las medidas que restringen o prescriben los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio"; y el sexto apartado (f) se refiere a limitaciones a la participación de capital extranjero.⁵⁸⁰

7.418. Concurrimos con grupos especiales anteriores en que los seis tipos de medidas forman una lista cerrada o exhaustiva, como indica el preámbulo del Artículo XVI:2 al disponer que las seis medidas enumeradas a continuación "se definen del modo siguiente".⁵⁸¹ La palabra "definir" significa "[f]ijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa".⁵⁸² A nuestro juicio, la lista de medidas contenidas en los seis apartados del Artículo XVI:2 es no solamente exhaustiva, sino que cumple la función de fijar con claridad, exactitud y precisión los tipos de limitaciones al acceso a los mercados que están prohibidas y que, por lo tanto, no pueden ser mantenidas ni adoptadas en los sectores en los cuales un Miembro haya adoptado compromisos específicos, a menos que se haya hecho expresa mención de tal posibilidad en la Lista.⁵⁸³ Tal función es fundamental ya que permite a los Miembros que desean contraer compromisos específicos de acceso a los mercados, así como a todos los demás Miembros, comprender exactamente el alcance de tales compromisos. En efecto, teniendo en cuenta que, en los sectores donde contraigan compromisos específicos, los Miembros tienen el derecho de mantener una (o más) de estas seis limitaciones siempre que estén inscritas en su Lista, la función de la lista de medidas de "fijar con claridad, exactitud y precisión" obliga a los Miembros a definir e identificar clara y exactamente el alcance de tales limitaciones – y por lo tanto el alcance del compromiso específico que han contraído.

7.419. Centrándonos en los apartados (a) a (d) que se refieren a las limitaciones cuantitativas de acceso a los mercados, observamos que identifican explícitamente los objetos que buscan regular, a saber "el número total de proveedores de servicios", el "valor total de los activos o transacciones de servicios", el "número total de operaciones de servicios o la cuantía total de la producción de servicios" y el "número total de personas físicas" que pueden ser empleadas en un sector de servicios o por un proveedor de servicios. El enunciado de los apartados en cuestión, a tenor de sus propios términos, nos lleva a concluir que los apartados (a) a (d) del Artículo XVI abarcan únicamente los objetos que están explícitamente mencionados en los mismos. En efecto, aun cuando pudiera concebirse algún otro objeto distinto de los cuatro identificados en los apartados (a) a (d) cuyo acceso a los mercados pudiese ser hipotéticamente limitado cuantitativamente, tal objeto no formaría parte de las limitaciones reguladas por el Artículo XVI:2 puesto que no fue identificado por sus redactores. En este sentido, consideramos que una interpretación del Artículo XVI:2 que lo hiciera aplicable a medidas que no regulan, a tenor de sus propios términos, uno de los cuatro objetos abarcados por los apartados (a) a (d), ampliaría indebidamente el alcance del Artículo XVI del AGCS y, por ende, el alcance de los compromisos específicos de los Miembros.

7.420. Otro elemento importante a tener en cuenta es que toda interpretación del Artículo XVI:2 del AGCS debe otorgar un efecto útil a cada uno de los seis apartados contenidos en esta disposición. No descartamos que, en la práctica, una medida que regule, por ejemplo, el número de operaciones de servicios, en el sentido del apartado (c), pueda tener el efecto indirecto de limitar el número de proveedores de servicios. De la misma manera, medidas dirigidas a limitar el valor total de los activos o transacciones (apartado (b)) o el número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios (apartado (d)) también podrían tener el

⁵⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 214. En ese informe, el Órgano de Apelación hizo una distinción entre los cuatro primeros párrafos y los últimos dos párrafos ("Los cuatro primeros apartados se refieren a las limitaciones cuantitativas al acceso a los mercados; el quinto apartado abarca las medidas que restringen o prescriben los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y el sexto apartado indica las limitaciones a la participación de capital extranjero").

⁵⁸¹ Informes de los grupos especiales en *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.1353, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.629. Véase también el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 6.298.

⁵⁸² *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 716.

⁵⁸³ Sobre el alcance del Artículo XVI:2, véase también el informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.652 ("... en contraste con lo dispuesto en el artículo XVII, el alcance de la obligación en materia de acceso a los mercados no abarca en general 'todas las medidas que afecten al suministro de servicios', sino que se aplica a seis categorías de medidas, cuidadosamente definidas, de carácter principalmente cuantitativo").

efecto de limitar indirectamente el número de proveedores de servicios. En este sentido, se podría argumentar que las limitaciones abarcadas por los apartados (b), (c) y (d) del Artículo XVI:2 podrían resultar en la práctica en una limitación indirecta al número de proveedores aun si, a tenor de sus propios términos, estas medidas específicamente regulan, respectivamente, el valor total de los activos, el número de las operaciones o el número total de personas físicas que pueden emplearse en un determinado sector. Por consiguiente, ampliar el alcance del apartado (a) del Artículo XVI:2 para cubrir medidas que, limitando cuantitativamente alguno de los objetos regulados bajo los apartados (b), (c) o (d), provocasen de forma indirecta una limitación cuantitativa de los proveedores de servicios, privaría de efecto útil a los apartados (b), (c) y (d). Al final, cada medida podría reducirse a una limitación del número de proveedores. Consideramos que tal interpretación iría en contra de una interpretación efectiva del AGCS.

7.421. A tenor de lo anterior, consideramos que los apartados (a) a (d) del Artículo XVI:2 abarcan medidas que están dirigidas a limitar específicamente el número o valor de "proveedores de servicios" (apartado (a)), "activos o transacciones de servicios" (apartado (b)), "operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios" (apartado (c)) o "personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios puede emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicios específico y estén directamente relacionadas con él" (apartado (d)). Por lo tanto, cualquier medida que tenga solamente el efecto indirecto de limitar alguno de los objetos cubiertos en los apartados (a) a (d) no estaría abarcada por dicho apartado.⁵⁸⁴

7.422. Nuestra interpretación del Artículo XVI:2 es compatible con el objeto y fin del AGCS, tal y como se refleja en el preámbulo del AGCS. El preámbulo confirma la intención de los Miembros de liberalizar el comercio de servicios en condiciones de transparencia y de manera progresiva.⁵⁸⁵ Al mismo tiempo, se hace hincapié en "el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios, ... y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional".⁵⁸⁶

7.423. El preámbulo confirma que los Miembros quisieron liberalizar el comercio de servicios de manera transparente y progresiva. En los sectores en que hayan contraído compromisos específicos, los Miembros están facultados para mantener las limitaciones enumeradas en los apartados (a) a (d) del Artículo XVI:2, siempre que las hayan consignado en sus Listas de manera expresa y transparente. Por otro lado, el derecho a reglamentar es un pilar esencial de la liberalización progresiva del comercio de servicios, que, conforme al Artículo XIX del AGCS, "se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales". Los Miembros conservan el derecho a reglamentar con el fin de realizar sus objetivos de política nacional, sujeto a las disciplinas del AGCS relevantes, en particular el Artículo VI, incluso en los sectores en los cuales han contraído compromisos específicos bajo el Artículo XVI del AGCS.

7.424. Sobre la base de lo anterior y centrándonos en el apartado (a), el Grupo Especial considera que una medida estará abarcada por el Artículo XVI:2(a) del AGCS si regula los "proveedores de servicios" como tales, es decir, cuando la medida esté dirigida a sujetos en su calidad de proveedores de servicios.

7.425. El Artículo XXVIII(g) del AGCS define el término "proveedor de servicios" como "toda persona que suministre un servicio".⁵⁸⁷ A su vez, el Artículo XXVIII(j) del AGCS estipula que "'persona' significa una persona física o una persona jurídica". Basándonos en estas definiciones,

⁵⁸⁴ Observamos que en *Estados Unidos – Juegos de azar*, el grupo especial consideró que medidas que se referían expresamente a los proveedores de servicios regulaban también operaciones de servicios porque, según el grupo especial, "en la práctica" prohibían el suministro de servicios" (véase el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 6.361). Por las razones expuestas anteriormente, este Grupo Especial no comparte el razonamiento del grupo especial en *Estados Unidos – Juegos de azar*.

⁵⁸⁵ Segundo considerando del preámbulo del AGCS.

⁵⁸⁶ Cuarto considerando del preámbulo del AGCS.

⁵⁸⁷ Una nota al apartado (g) del Artículo XXVIII del AGCS estipula que: "Cuando el servicio no sea suministrado por una persona jurídica directamente sino a través de otras formas de presencia comercial, por ejemplo una sucursal o una oficina de representación, se otorgará no obstante al proveedor de servicios (es decir, a la persona jurídica), a través de esa presencia, el trato otorgado a los proveedores de servicios en virtud del Acuerdo. Ese trato se otorgará a la presencia a través de la cual se suministre el servicio, sin que sea necesario otorgarlo a ninguna otra parte del proveedor situada fuera del territorio en el que se suministre el servicio".

estimamos que el Artículo XVI:2(a) abarca las medidas que tienen por objeto limitar el número de personas, físicas o jurídicas, que suministran un servicio.

7.426. Examinamos a continuación si la Medida 5 es una medida que tiene por objeto limitar el número de personas, físicas o jurídicas, que suministran un servicio. Al respecto, recordamos que el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 establece específicamente que:

19°. LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, por resolución fundada particular relativa a operaciones de reaseguro determinadas y debidamente individualizadas por la aseguradora peticionante, podrá permitir a las entidades autorizadas para operar en seguros en el país, suscribir contratos de reaseguro con entidades reaseguradoras extranjeras que realicen sus operaciones desde su sede central, cuando por la magnitud y las características de los riesgos cedidos dichas operaciones de reaseguro no puedan ser cubiertas en el mercado reasegurador nacional. La solicitud deberá formularse con carácter previo a la suscripción del contrato y tendrá que ser acompañada de todos los elementos de juicio que justifiquen el criterio excepcional.

7.427. Esta disposición fue posteriormente desarrollada por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011, que dispone lo siguiente:

Que a efecto de lo dispuesto en el punto 19° del Anexo I de la Resolución N° 35.615, se establece que aquellos riesgos individuales superiores a los USD 50.000.000 (CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES ESTADOUNIDENSES) podrán ser reasegurados en las entidades reaseguradoras a que hace mención el punto 20° de la mencionada norma ("reaseguradoras admitidas"), por aquella porción que supere la citada suma.

7.428. El Grupo Especial observa que el texto del punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 se refiere a "... operaciones de reaseguro determinadas y debidamente individualizadas por la aseguradora peticionante" y a situaciones en que "... dichas operaciones de reaseguro no puedan ser cubiertas en el mercado reasegurador nacional". El Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011, que desarrolla el punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, regula "aquellos riesgos individuales superiores a los USD 50.000.000...". Por lo tanto, a tenor de sus propios términos, ambas disposiciones regulan "operaciones de reaseguro" o "riesgos individuales", pero no regulan específicamente a ninguna persona, sea física o jurídica, que suministra servicios de reaseguro (en este caso, desde su país de origen). En otras palabras, las disposiciones citadas por Panamá no regulan a los proveedores de servicios de reaseguro como tales, sino, en todo caso, las operaciones que las reaseguradoras establecidas fuera de Argentina pueden realizar con empresas aseguradoras argentinas.

7.429. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye que la Medida 5 no está abarcada por el Artículo XVI:2(a) del AGCS porque no regula a los proveedores de servicios en el sentido de esta disposición.

(iii) Si la Medida 5 constituye una limitación al "número de proveedores" de servicios en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS

7.430. Habiendo concluido que el Artículo XVI:2(a) del AGCS no es aplicable a la Medida 5 porque no regula a los proveedores de servicios en el sentido de esta disposición, el Grupo Especial se abstiene de examinar si la Medida 5 constituye una limitación al número de proveedores en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS.

7.3.3.2.3.2 Conclusión

7.431. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial desestima la alegación de Panamá al amparo del Artículo XVI:2(a) del AGCS porque la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) no está abarcada por dicha disposición al no regular los proveedores de servicios en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS.

7.3.3.2.4 La cuestión de si la Medida 5 es incompatible con el Artículo XVI:1 del AGCS

7.432. Procedemos ahora a examinar la alegación de Panamá al amparo del Artículo XVI:1 del AGCS. Al respecto, recordamos que Panamá alega que Argentina concede a los proveedores de servicios de reaseguro extranjeros un trato menos favorable que el previsto en su Lista, de manera incompatible con el Artículo XVI:1 del AGCS, en tanto que la limitación de acceso al mercado argentino de servicios de reaseguro vía modo 1 mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas es incompatible con el Artículo XVI:2(a) de dicho acuerdo.⁵⁸⁸ Argentina responde que la Medida 5 no es incompatible con el Artículo XVI:1 del AGCS porque no se encuentra abarcada por dicha disposición.⁵⁸⁹

7.433. El Grupo Especial observa que Panamá presenta únicamente argumentos en relación con sus alegaciones de violación del Artículo XVI:2(a), sin desarrollar argumentos separados y adicionales en relación a su alegación al amparo del Artículo XVI:1 del AGCS. De hecho, Panamá parece argumentar que existe una violación del Artículo XVI:1 como consecuencia de la violación del Artículo XVI:2 del AGCS.⁵⁹⁰

7.434. En ausencia de una argumentación separada de Panamá sobre la incompatibilidad de la Medida 5 con el Artículo XVI:1, consideramos que Panamá no ha acreditado un caso *prima facie* de incompatibilidad con respecto a su alegación al amparo del Artículo XVI:1 del AGCS.

7.3.3.2.4.1 Conclusión

7.435. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial desestima la alegación de Panamá al amparo del Artículo XVI:1 del AGCS respecto a la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) porque Panamá no ha acreditado un caso *prima facie* de incompatibilidad al respecto.

7.3.4 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo XVII del AGCS

7.3.4.1 Principales argumentos de las partes

7.3.4.1.1 Panamá

7.436. Panamá alega que la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) y la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos) 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 aquél que Argentina otorga a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.⁵⁹¹

7.437. Por lo que respecta a los compromisos contraídos por Argentina en el marco de la Medida 2, Panamá alega que Argentina contrajo compromisos plenos en materia de trato nacional en los sectores de seguros de transporte marítimo y aéreo, reaseguro y retrocesión para el modo de suministro transfronterizo (modo 1). Por lo que respecta a los compromisos contraídos por Argentina en el marco de las Medidas 3 y 4, Panamá alega, en su primera comunicación escrita, que Argentina contrajo compromisos plenos en materia de trato nacional bajo el modo de suministro transfronterizo (modo 1) en relación a todos los sectores de su Lista de compromisos, salvo en una serie de servicios financieros.⁵⁹² En su segunda comunicación escrita, Panamá añade, en relación a la Medida 3, que Argentina ha contraído compromisos plenos de trato nacional para dichos sectores no solamente para suministro transfronterizo (modo 1), sino también para consumidores argentinos que se desplazan al extranjero para recibir un servicio (modo 2).⁵⁹³

⁵⁸⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.631.

⁵⁸⁹ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 21.

⁵⁹⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.376, 4.379, 4.381 y 4.382; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.631.

⁵⁹¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 5.1(b)(ii), 5.1(c)(ii) y 5.1(d)(ii); y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 3.1(b)(ii), 3.1(c)(ii) y 3.1(d)(ii).

⁵⁹² Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.152-4.153, 4.254 y 4.315.

⁵⁹³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.433. Panamá hace notar que, en el modo 2, los únicos sectores en los que Argentina no adquirió compromisos en materia de trato nacional son los siguientes:

7.438. En lo que se refiere a si las medidas afectan a los modos de suministro y los sectores de servicios pertinentes, Panamá aduce que la Medida 2 afecta a la prestación y a la utilización de dichos servicios ya que la presunción de incremento patrimonial no justificado surge sobre las cantidades monetarias que el proveedor del servicio (asegurador o reasegurador) le entrega al consumidor del servicio (asegurado) en caso de siniestro u otra circunstancia estipulada en el contrato de seguro.⁵⁹⁴ Para la Medida 3, Panamá alega que la medida afecta a la "venta" (en el sentido del Artículo XXVIII(b) del AGCS) de servicios por parte de proveedores de los países no cooperadores y, a la luz del artículo XXVIII(c), la medida afecta a la "compra" o "utilización" de dichos servicios por parte de los consumidores argentinos, tanto en Argentina (modo 1) como en el territorio del país de que se trate (modo 2).⁵⁹⁵ En cuanto a la Medida 4, Panamá sostiene que la medida afecta al suministro de servicios que generan ganancia de fuente argentina puesto que tiene un impacto sobre la percepción del consumidor / contribuyente a la hora de realizar operaciones con proveedores de determinado origen. Se afecta, por lo tanto, a la "prestación" de estos servicios, en términos del Artículo XXVIII(b) del AGCS, así como a la "utilización" de los servicios, en términos del Artículo XXVIII(c)(i) del AGCS.⁵⁹⁶

7.439. En lo que concierne a la existencia de trato menos favorable, Panamá argumenta 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 trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos. En estos tres casos, el presupuesto de similitud entre servicios y/o proveedores de servicios nacionales y servicios y/o proveedores de servicios extranjeros se verifica porque el único fundamento del trato diferenciado es el origen del servicio y/o proveedor del servicio. En cuanto a la Medida 2, el presupuesto de similitud se verifica por el hecho de que el país de procedencia de los fondos es el único elemento que determina la activación de la presunción que dichos fondos constituyen un incremento patrimonial no justificado. Para la Medida 3, Panamá explica que esta medida parte de una distinción regulatoria basada únicamente en el lugar de procedencia u origen de los servicios. De la misma manera, la Medida 4 parte de una distinción regulatoria basada únicamente en el lugar de ubicación, domicilio y/o constitución del receptor de las erogaciones, es decir, del proveedor del servicio.⁵⁹⁷ Panamá argumenta que, en el marco de las Medidas 2, 3 y 4, no existe otro criterio diferenciador entre los servicios y proveedores de servicios. En consecuencia, y en consonancia con la jurisprudencia anterior, se verifica la similitud entre proveedores de servicios de países no cooperadores y proveedores de servicios nacionales. Panamá sostiene que hay o puede haber proveedores de servicios de países no cooperadores que sean iguales a proveedores de servicios argentinos en todo menos en el origen.⁵⁹⁸

7.440. Por lo que respecta a la Medida 2, Panamá sostiene que existe trato menos favorable ya que la medida provoca una carga tributaria superior para el consumidor del servicio que conlleva un desincentivo a contratar con proveedores de servicios de países no cooperadores, modificando así las condiciones de competencia en detrimento de estos últimos. Según Panamá, el hecho de que la compra de servicios de seguro de transporte marítimo y aéreo, y de reaseguro o retrocesión ofrecidos por proveedores de países no cooperadores conlleve por mandato legal una contingencia tributaria asociada a la presunción de incremento patrimonial no justificado coloca a estos servicios en una situación de desventaja frente a los consumidores potenciales argentinos. Dada la disparidad en el trato entre uno y otro tipo de servicio, la decisión de consumo será influenciada en contra de contratar los servicios ofrecidos por proveedores de servicios de países no cooperadores. Según Panamá, una opción para este consumidor sería contratar los servicios ofrecidos por proveedores ubicados en Argentina, con lo cual quedaría liberado de la presunción de incremento patrimonial no justificado y, con ello, de las cargas probatorias y de las cargas tributarias potenciales. Panamá sostiene que la decisión tomada por el consumidor tiene una repercusión directa sobre las oportunidades de competir del proveedor del servicio. Bajo estas circunstancias, Panamá considera que la medida impugnada claramente modifica las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y de los proveedores de servicios de los países no

servicios de seguro de vida, contra accidentes y de salud; servicios de seguro distintos de los seguros de vida; y nuevos servicios financieros. Véase la Lista de Compromisos Específicos de Argentina, prueba documental PAN-19.

⁵⁹⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.154; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.304.

⁵⁹⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.434.

⁵⁹⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.539.

⁵⁹⁷ Primera comunicación de Panamá, párrs. 4.157, 4.256 y 4.317.

⁵⁹⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.305, 2.435 y 2.540.

cooperadores.⁵⁹⁹ A juicio de Panamá, el mero riesgo de que se aplique la presunción, independientemente de que pueda ser refutada o no, altera las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios similares procedentes de países no cooperadores. Panamá añade que el propio diseño y estructura de la medida en cuestión modifica las condiciones de competencia de manera que otorga un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.⁶⁰⁰

7.441. Por lo que respecta a la Medida 3, Panamá aduce que la medida concede un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios similares de los países no cooperadores en comparación con los servicios y proveedores de servicios similares de origen argentino porque implica requisitos administrativos, cargas económicas y contingencias tributarias significativas, mientras que la adquisición de los mismos servicios de un proveedor ubicado en Argentina no conlleva los mismos requisitos, cargas económicas, y contingencias tributarias. Esto supone una alteración de las condiciones de competencia entre servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores y de origen nacional.⁶⁰¹

7.442. Por lo que respecta a la Medida 4, Panamá sostiene que la medida concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países no cooperadores un trato menos favorable que el concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de origen nacional. Panamá alega que, para el contribuyente argentino, en el marco de las deducciones admisibles del impuesto a las ganancias, la adquisición de servicios de sujetos de los países no cooperadores conlleva una dificultad en el manejo de su contabilidad y asuntos tributarios. La medida en cuestión impone la regla de imputación de gastos basada en el momento en el que se realiza el pago de las obligaciones del contrato de servicios, en lugar del principio básico de imputación de lo devengado que rige la contabilidad general de las sociedades comerciales en Argentina. Esta norma especial resta oportunidades de competir a estos servicios con respecto a servicios similares suministrados por proveedores de servicios nacionales, cuyos pagos se podrán seguir imputando sobre la base de la regla de lo devengado. Panamá explica que la Medida 4 puede alterar la renta neta sujeta a impuesto de los contribuyentes argentinos, lo que genera un desincentivo para las empresas argentinas en sus relaciones con proveedores de servicios situados en los países no cooperadores. A juicio de Panamá, esto menoscaba la capacidad de los proveedores de servicios de países no cooperadores de competir en igualdad de condiciones frente a los servicios y los proveedores de servicios similares de origen nacional.⁶⁰²

7.443. Panamá aduce que Argentina ha presentado sus argumentos bajo los Artículos II:1 y XVII del AGCS de forma conjunta y para todas las medidas en litigio a la vez. Según Panamá, esto genera confusión puesto que Panamá presentó alegaciones bajo el Artículo II:1 del AGCS con respecto a las ocho medidas en litigio, pero sólo presentó alegaciones bajo el Artículo XVII del AGCS en relación con tres medidas específicas, a saber, la presunción de incremento patrimonial no justificado (Medida 2), la exigencia de valoración de transacciones basada en precios de transferencia (Medida 3), y la regla de imputación de gastos al momento del pago (Medida 4).⁶⁰³

7.3.4.1.2 Argentina

7.444. Argentina no ha presentado argumentos específicos en relación con el Artículo XVII del AGCS. En cuanto a las cuestiones de "similitud" y "trato no menos favorable", Argentina presentó argumentos comunes para los Artículos II y XVII del AGCS.⁶⁰⁴ Por lo tanto, nos remitimos a los argumentos de Argentina presentados en la sección 7.3.2.1.2 *supra*.

⁵⁹⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.160-4.167; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.306.

⁶⁰⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.168 y 4.169 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 130 y *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párr. 268); y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.307.

⁶⁰¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.257 y 4.258; y segunda comunicación de Panamá, párr. 2.436.

⁶⁰² Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.318; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.541 (donde se hace referencia a su respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 42).

⁶⁰³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.290.

⁶⁰⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 147-236; segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 16-51 y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrs. 2-20.

7.3.4.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.3.4.2.1 Introducción

7.445. La cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial es si la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) y la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos) son incompatibles con el Artículo XVII del AGCS. En respuesta a estas alegaciones de Panamá, Argentina afirma que sus medidas no son incompatibles con el Artículo XVII del AGCS porque Panamá no ha establecido una presunción *prima facie* de que el AGCS sea aplicable a dichas medidas, de que los servicios y proveedores de servicios sean similares, ni de que exista trato menos favorable.⁶⁰⁵

7.446. Comenzaremos por examinar el enunciado del Artículo XVII del AGCS para establecer el criterio jurídico aplicable. Desde esa perspectiva, procederemos a determinar si las Medidas 2, 3 y 4 infringen dicha disposición.

7.3.4.2.2 La disposición jurídica pertinente

7.447. El Artículo XVII, titulado "Trato nacional", estipula lo siguiente:

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.¹⁰
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.

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.

7.3.4.2.3 El criterio jurídico bajo el Artículo XVII del AGCS

7.448. El Grupo Especial recuerda que grupos especiales anteriores aplicaron un criterio jurídico que consta de tres requisitos para determinar si una medida de un Miembro es incompatible con el Artículo XVII del AGCS. Dichos grupos especiales consideraron que, para sostener una alegación de que una medida es incompatible con el Artículo XVII del AGCS, un reclamante debe acreditar *prima facie* los tres requisitos siguientes: (i) que el demandado ha asumido un compromiso en materia de trato nacional en el/los sector(es) y modo(s) de suministro pertinente(s), teniendo en cuenta cualesquiera condiciones y salvedades, o limitaciones establecidas en su Lista de compromisos; (ii) que la medida en cuestión "afect[a] al suministro de servicios" en el/los sector(es) y modo(s) pertinente(s); y (iii) que la medida no otorga a los servicios y los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que Argentina dispensa a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, Secciones III, III.A y III.B.

⁶⁰⁶ Informes de los grupos especiales, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.641; *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.944 y *CE – Banano III*, párr. 7.314.

7.449. Siguiendo la orientación de estos grupos especiales, empezaremos examinando si Panamá ha acreditado que Argentina ha contraído compromisos específicos en los servicios y modos citados por Panamá con respecto a las Medidas 2, 3 y 4. Determinaremos, en segundo lugar, si Panamá ha acreditado que las Medidas 2, 3 y 4 "afectan al comercio de servicios" en los sectores y modos concernidos. Finalmente, analizaremos si Panamá ha acreditado que las Medidas 2, 3 y 4 otorgan a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores un trato menos favorable que el que Argentina dispensa a sus propios servicios y proveedores de servicios similares.

7.3.4.2.3.1 Primer requisito: Si Argentina ha asumido compromisos específicos en los sectores y modos citados por Panamá con respecto a las Medidas 2, 3 y 4

7.450. Comenzamos por examinar si Panamá ha acreditado que Argentina ha contraído compromisos en materia de trato nacional en los sectores y el modo de suministro pertinentes, con respecto a las Medidas 2, 3 y 4, teniendo en cuenta cualesquiera limitaciones establecidas en su Lista. Examinaremos en primer lugar si Panamá ha cumplido con este primer requisito respecto de la Medida 2.

(a) Si Argentina ha asumido compromisos específicos en los sectores y modos señalados por Panamá con respecto a la Medida 2

7.451. Panamá alega que Argentina ha asumido compromisos específicos con respecto a la Medida 2 en relación a (i) los servicios de seguros de transporte marítimo y aéreo; y (ii) los servicios de reaseguro y retrocesión.⁶⁰⁷ En ambos casos, el modo de suministro pertinente es el modo 1. Panamá aduce que Argentina ha contraído un compromiso pleno de trato nacional para ambos sectores puesto que ha inscrito la palabra "Ninguna" en la columna de trato nacional bajo el modo 1.⁶⁰⁸ Al igual que Panamá, entendemos que Argentina no ha negado que haya contraído compromisos específicos plenos en materia de trato nacional en estos dos sectores bajo el modo 1.⁶⁰⁹

7.452. Hacemos notar que la parte relevante de la Lista de compromisos de Argentina⁶¹⁰ muestra los compromisos siguientes:

Sector o subsector	Limitaciones al trato nacional
- Servicios de seguros de transporte marítimo y aéreo (CCP 81293)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales
c) Servicios de reaseguro y retrocesión (CCP 81299*)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales

(las cursivas no figuran en el original)

7.453. Observamos que, como apunta Panamá, Argentina ha inscrito en su Lista de compromisos específicos el término "Ninguna" en la columna de "Limitaciones al trato nacional" respecto al modo 1 (suministro transfronterizo). Observamos también que Argentina no ha inscrito ninguna limitación al modo 1 en la parte horizontal (los llamados "compromisos horizontales") de su Lista de compromisos.

⁶⁰⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.152; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.302 y 2.303.

⁶⁰⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.153.

⁶⁰⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.303.

⁶¹⁰ Lista de compromisos específicos de Argentina, GATS/SC/4, 15 de abril de 1994, prueba documental PAN-19, pág. 16, y Apéndice 1 de este informe.

7.454. En la sección 7.3.3.2.3 *supra*, señalamos que el AGCS no contiene una definición expresa del término "Ninguna". Basándonos en la jurisprudencia anterior, concluimos que al haber inscrito el término "Ninguna" en la columna "Limitaciones al acceso a los mercados", Argentina contrajo un compromiso específico pleno bajo el modo 1 para los "Servicios de reaseguro". De ahí que concluyéramos que Argentina se ha comprometido a no mantener ninguna de las seis medidas comprendidas en cualquiera de los apartados del Artículo XVI:2, y por ende, el apartado (a), para este modo y este sector. En nuestra opinión, el término "Ninguna" cuando aparece inscrito en la columna del trato nacional tiene las mismas implicaciones en cuanto a la obligación de trato nacional establecida en el Artículo XVII del AGCS. Es decir, el término "Ninguna" indica que Argentina no ha establecido limitaciones por lo que respecta al trato nacional en este modo.⁶¹¹ Así pues, en lo tocante al suministro de servicios mediante modo 1 en los sectores "Servicios de seguros de transporte marítimo y aéreo" y "Servicios de reaseguro y retrocesión", la anotación "Ninguna" en la columna relativa al trato nacional indica que Argentina se ha comprometido a otorgar trato nacional pleno. Ese trato nacional es extensivo a "todas las medidas que afecten al suministro de servicios, que es el ámbito de aplicación del artículo XVII tal como se define en esta disposición".⁶¹²

(b) Si Argentina ha asumido compromisos específicos en los sectores y modos señalados por Panamá con respecto a la Medida 3

7.455. Examinamos a continuación si, como Panamá alega, Argentina ha asumido compromisos específicos con respecto a la Medida 3. Observamos al respecto que, en un primer momento, Panamá sostiene que el modo pertinente de suministro que se ve afectado es "preponderantemente el de comercio transfronterizo" (modo 1)⁶¹³ en relación a todos los sectores de su Lista de compromisos, salvo en una serie de servicios financieros.⁶¹⁴ Más adelante, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Panamá aclara que la Medida 3 "cubre y afecta" al suministro de servicios transfronterizo (modo 1) y al suministro de servicios a través del consumo en el territorio de otros Miembros (modo 2).⁶¹⁵

7.456. Entendemos, al igual que Panamá, que Argentina no ha negado que haya contraído compromisos específicos en los sectores y modos citados por Panamá.⁶¹⁶ De hecho, en su primera comunicación escrita, Argentina se limita a indicar que, "a partir de [la primera] comunicación [de Panamá] se puede inferir que Panamá considera como pertinentes, al menos, a los siguientes servicios y modos de suministro" y se refiere a los modos 1 y 2 en cuanto a la Medida 3.⁶¹⁷

7.457. Procedemos a determinar si Argentina ha asumido compromisos específicos con respecto a la Medida 3 en los modos y los sectores alegados por Panamá.

7.458. Observamos al respecto que, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Panamá se refiere, en cuanto a la Medida 3, a "servicios o ... proveedores domiciliados, constituidos o ubicados en los países listados ...", es decir a servicios suministrados desde, y proveedores ubicados en, el territorio de otro Miembro. Por lo tanto, la solicitud de establecimiento de Panamá abarca potencialmente tanto el modo 1 como el modo 2, puesto que la característica común de estos dos modos es que el proveedor del servicio "no se encuentra presente en el territorio del Miembro" que "importa" el servicio.⁶¹⁸ En consecuencia, concluimos que los modos de

⁶¹¹ El grupo especial en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* llegó a la misma conclusión en cuanto al significado de la inscripción "Ninguna" en la columna relativa al trato nacional. Véase el informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrs. 7.951 y 7.1056.

⁶¹² Véase, en el mismo sentido, el informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.651.

⁶¹³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.254. Véase también la primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.315.

⁶¹⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.254 y nota de pie de página 252; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.433 y nota de pie de página 420.

⁶¹⁵ Véanse la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 21; y la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.433.

⁶¹⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.433.

⁶¹⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 142.

⁶¹⁸ Véanse las Directrices de 1993, pruebas documentales PAN-46 / ARG-79, párr. 18; y Directrices para la consignación en Listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001 (Directrices de 2001), S/L/92, prueba documental PAN-45 / ARG-39, párr. 26.

suministro relevantes con respecto a la Medida 3 a efectos de nuestro examen son los modos 1 y 2.

7.459. Examinamos a continuación si Panamá ha identificado los sectores en los cuales, en su opinión, Argentina ha contraído compromisos específicos en su Lista. Observamos que, en su primera comunicación escrita, Panamá alega que, "salvo lo concerniente a determinados servicios puntuales en el sector de servicios financieros", Argentina contrajo compromisos plenos en materia de trato nacional "en todos los sectores de su Lista".⁶¹⁹ Luego, en referencia a la Lista de compromisos de Argentina, Panamá enumera, en una nota de pie de página, los sectores para los cuales Argentina *no* ha asumido compromisos de trato nacional en el modo 1 en lugar de enumerar aquellos en los que Argentina ha contraído compromisos. Los sectores enumerados por Panamá son los siguientes:

[S]ervicios de seguro de vida, contra accidentes y de salud; servicios de seguro distintos de los seguros de vida; aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público; préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, factoring y financiación de transacciones comerciales; servicios financieros de arrendamiento con opción de compra; todos los servicios de pago y transferencia monetaria; garantías y compromisos; intercambio comercial por cuenta propia o de clientes de instrumentos del mercado monetario (cheques, letras, certificados de depósito, etc.), divisas, productos derivados incluidos aunque no exclusivamente futuros y opciones, instrumentos de los mercados cambiarios y monetarios, p.ej. swaps y acuerdos de tipo de interés a plazo, etc., valores transferibles y otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive; participación en emisiones de toda clase de valores con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y la prestación de servicios relacionada con esas emisiones; corretaje de cambios; administración de activos; servicios de pago y compensación respecto de activos financieros; nuevos servicios financieros.⁶²⁰

7.460. En su segunda comunicación escrita, Panamá alega, con respecto a la Medida 3, que Argentina ha adquirido compromisos plenos en materia de trato nacional para "todos los sectores de su Lista en los modos 1 y 2". En una nota de pie de página, además de volver a enumerar los servicios para los cuales Argentina no ha contraído compromisos específicos bajo modo 1, agrega con respecto al modo 2 que "los únicos sectores en los que Argentina no adquirió compromisos en materia de trato nacional son los siguientes: servicios de seguro de vida, contra accidentes y de salud; servicios de seguro distintos de los seguros de vida; y nuevos servicios financieros".⁶²¹

7.461. Una cuestión que se nos plantea es si la manera como Panamá se refiere a los sectores en los que alega que Argentina ha contraído compromisos es suficiente para cumplir con el requisito de acreditar que Argentina ha asumido compromisos específicos en el sentido del Artículo XVII del AGCS. En efecto, Panamá no ha especificado los sectores en los cuales Argentina ha contraído compromisos de trato nacional bajo los modos 1 y 2. Panamá ha optado por una descripción a *contrario*, es decir, por una enumeración de los sectores en los cuales Argentina *no* ha contraído dichos compromisos. Si bien, en nuestra opinión, hubiera sido aconsejable que Panamá identificara exactamente los sectores en los cuales Argentina ha contraído compromisos específicos, consideramos que la información proporcionada por Panamá es suficiente para que Argentina comprenda qué sectores están involucrados y, por tanto, el alcance de las alegaciones de Panamá bajo el Artículo XVII del AGCS. A esto se le une el hecho de que Argentina no ha presentado ninguna observación al respecto. Por ello, aceptamos la descripción a *contrario* de Panamá a los fines de identificar los sectores abarcados por los compromisos específicos de Argentina en materia de trato nacional bajo los modos 1 y 2.

7.462. Otro punto a aclarar es si las alegaciones de Panamá bajo el Artículo XVII del AGCS abarcan también los compromisos en materia de telecomunicaciones que Argentina contrajo al ratificar el cuarto Protocolo contenidos en el Suplemento 1 de la Lista de Argentina. Dicho Suplemento "complementa la sección sobre los servicios de telecomunicaciones contenida en las

⁶¹⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.254.

⁶²⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.254, nota de pie de página 252.

⁶²¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.433, nota de pie de página 420.

páginas 9 a 12 del documento GATS/SC/4".⁶²² Observamos que Panamá no se ha referido a estos compromisos ni al Suplemento 1 de la Lista de Argentina en su solicitud de establecimiento de un grupo especial ni en sus diversas comunicaciones. Observamos también que Argentina no hace ningún comentario al respecto. Asimismo, tal Suplemento no se encuentra en el expediente de este asunto. De ahí que concluyamos que las alegaciones de Panamá bajo el Artículo XVII del AGCS no se extienden a los compromisos en materia de telecomunicaciones contenidos en dicho Suplemento.

7.463. A tenor de lo anterior, concluimos que, en lo que respecta al modo 1, los servicios pertinentes para los cuales Argentina ha contraído un compromiso pleno en materia de trato nacional incluyen todos los servicios para los cuales Argentina ha inscrito la palabra "Ninguna" en dicho modo. Estos servicios incluyen todos los sectores inscritos en la Lista de compromisos de Argentina⁶²³, exceptuando los servicios en materia de telecomunicaciones inscritos en el Suplemento 1 de dicha Lista⁶²⁴ y los sectores siguientes:

[S]ervicios de seguro de vida, contra accidentes y de salud; servicios de seguro distintos de los seguros de vida; aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público; préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, factoring y financiación de transacciones comerciales; servicios financieros de arrendamiento con opción de compra; todos los servicios de pago y transferencia monetaria; garantías y compromisos; intercambio comercial por cuenta propia o de clientes de instrumentos del mercado monetario (cheques, letras, certificados de depósito, etc.), divisas, productos derivados incluidos aunque no exclusivamente futuros y opciones, instrumentos de los mercados cambiarios y monetarios, p.ej. swaps y acuerdos de tipo de interés a plazo, etc., valores transferibles y otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive; participación en emisiones de toda clase de valores con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y la prestación de servicios relacionada con esas emisiones; corretaje de cambios; administración de activos; servicios de pago y compensación respecto de activos financieros; nuevos servicios financieros.⁶²⁵

7.464. En lo que respecta al modo 2, los servicios pertinentes para los cuales Argentina ha contraído un compromiso pleno en materia de trato nacional incluyen todos los servicios para los cuales Argentina ha inscrito la palabra "Ninguna" en dicho modo. Estos servicios incluyen todos los servicios inscritos en la Lista de compromisos de Argentina⁶²⁶, exceptuando los servicios en materia de telecomunicaciones inscritos en el Suplemento 1 de dicha Lista⁶²⁷ y los sectores siguientes: "Servicios de seguro de vida, contra accidentes y de salud; servicios de seguro distintos de los seguros de vida; y nuevos servicios financieros."⁶²⁸

(c) Si Argentina ha asumido compromisos específicos en los sectores y modos señalados por Panamá con respecto a la Medida 4

7.465. Panamá también alega que Argentina ha asumido compromisos específicos con respecto a la Medida 4. A este respecto, Panamá sostiene que Argentina ha contraído compromisos plenos en materia de trato nacional bajo el modo de suministro transfronterizo (modo 1) en la gran mayoría de sectores de servicios comprendidos en su Lista.⁶²⁹ Tal parece ser también la apreciación de Argentina.⁶³⁰

7.466. Procedemos a determinar si Argentina ha asumido compromisos específicos con respecto a la Medida 4 en el modo y los sectores alegados por Panamá.

⁶²² Lista de compromisos específicos de Argentina, Suplemento 1, GATS/SC/4/Suppl.1, 11 de abril de 1997.

⁶²³ Véase el Apéndice 1 de este informe.

⁶²⁴ Véase la nota de pie de página 622 *supra*.

⁶²⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 252; y segunda comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 420.

⁶²⁶ Véase el Apéndice 1 de este informe.

⁶²⁷ Véase la nota de pie de página 622 *supra*.

⁶²⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 420.

⁶²⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.315.

⁶³⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 142.

7.467. En lo que respecta al modo de suministro, observamos que Panamá se refiere a compromisos plenos ("Ninguna") en materia de trato nacional bajo el modo 1 que Argentina ha inscrito "en la gran mayoría de sectores de servicios comprendidos en su Lista de compromisos".⁶³¹ Al igual que Panamá, observamos que Argentina no ha negado la existencia de dichos compromisos.⁶³²

7.468. Examinamos a continuación si Panamá ha identificado los sectores en los cuales, en su opinión, Argentina ha contraído un compromiso pleno ("Ninguna") bajo el modo 1 en la columna "Limitaciones al trato Nacional" en su Lista. Observamos que, al igual que en el caso de la Medida 3, Panamá se refiere en un primer momento a todos los sectores excepto determinados servicios financieros. En su segunda comunicación escrita, en referencia a la Lista de compromisos de Argentina, Panamá enumera, en una nota de pie de página⁶³³, los sectores para los cuales Argentina *no* ha asumido compromisos de trato nacional pleno en el modo 1 en lugar de enumerar aquéllos en los que Argentina ha contraído compromisos. Esta lista de sectores es idéntica a los sectores no cubiertos por la Medida 3. Como en el caso de la Medida 3, aceptamos la descripción a *contrario* de Panamá a los fines de identificar los sectores abarcados por los compromisos específicos de Argentina en materia de trato nacional bajo el modo 1. Asimismo, por las mismas razones que explicamos en relación con la Medida 3, consideramos que las alegaciones de Panamá bajo el Artículo XVII del AGCS no se extienden a los compromisos en materia de telecomunicaciones contenidos en el Suplemento 1 de la Lista de Argentina.

7.469. A tenor de lo anterior, concluimos que, en lo que respecta al modo 1, los servicios pertinentes para los cuales Argentina ha contraído un compromiso pleno en materia de trato nacional incluyen todos los servicios para los cuales Argentina ha inscrito la palabra "Ninguna" en dicho modo. Estos servicios incluyen todos los sectores inscritos en la Lista de compromisos de Argentina contenida en el documento GATS/SC/4⁶³⁴, exceptuando los servicios en materia de telecomunicaciones inscritos en el Suplemento 1 de dicha Lista⁶³⁵ y los sectores siguientes:

[S]ervicios de seguro de vida, contra accidentes y de salud; servicios de seguro distintos de los seguros de vida; aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público; préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, factoring y financiación de transacciones comerciales; servicios financieros de arrendamiento con opción de compra; todos los servicios de pago y transferencia monetaria; garantías y compromisos; intercambio comercial por cuenta propia o de clientes de instrumentos del mercado monetario (cheques, letras, certificados de depósito, etc.), divisas, productos derivados incluidos aunque no exclusivamente futuros y opciones, instrumentos de los mercados cambiarios y monetarios, p.ej. swaps y acuerdos de tipo de interés a plazo, etc., valores transferibles y otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive; participación en emisiones de toda clase de valores con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y la prestación de servicios relacionada con esas emisiones; corretaje de cambios; administración de activos; servicios de pago y compensación respecto de activos financieros; nuevos servicios financieros.⁶³⁶

(d) Conclusión

7.470. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye que Panamá ha acreditado que Argentina ha contraído compromisos específicos en los servicios y modos citados por Panamá con respecto a las Medidas 2, 3 y 4.

7.471. Proseguimos nuestro análisis examinando si Panamá ha cumplido con el segundo requisito bajo el criterio jurídico del Artículo XVII del AGCS, es decir, si Panamá ha acreditado que las Medidas 2, 3 y 4 "afectan al comercio de servicios" en los sectores y modos concernidos.

⁶³¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.538.

⁶³² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.538.

⁶³³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.315 y nota de pie de página 305.

⁶³⁴ Véase el Apéndice 1 de este informe.

⁶³⁵ Véase la nota de pie de página 622 *supra*.

⁶³⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 252; y segunda comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 420.

7.3.4.2.3.2 Segundo requisito: Si las Medidas 2, 3 y 4 "afectan al suministro de servicios" en los sectores y modos concernidos

7.472. Panamá alega que las Medidas 2, 3 y 4 afectan al suministro de servicios bajo el modo 1. Asimismo, Panamá aduce que la Medida 3 afecta también al suministro de servicios bajo el modo 2.⁶³⁷ Como explicamos anteriormente, Argentina no ha presentado argumentos separados y adicionales bajo el Artículo XVII del AGCS en cuanto a si las Medidas 2, 3 y 4 "afect[a]n" al suministro de servicios en el sentido de dicha disposición. Sin embargo, recordamos que Argentina ha argumentado que Panamá no ha logrado establecer *prima facie* que el AGCS se aplica a las ocho medidas en litigio en el sentido del Artículo I:1 del AGCS.⁶³⁸

7.473. Por lo tanto debemos determinar si, tal y como alega Panamá, las Medidas 2, 3 y 4 "afectan al suministro de servicios" en los sectores y modos concernidos. Para resolver esta cuestión, consideramos pertinente referirnos a nuestras constataciones relativas a la aplicación del AGCS a las ocho medidas en litigio. Al respecto, recordamos que en la sección 7.3.1.2 de nuestro informe hemos constatado que Panamá había demostrado que hay "comercio de servicios" y que las ocho medidas en litigio en la presente diferencia "afectan" al comercio de servicios en el sentido del Artículo I:1 del AGCS.

7.474. Si bien bajo el Artículo I:1 del AGCS examinamos si las ocho medidas en litigio (y, por lo tanto, las Medidas 2, 3 y 4) afectan al "comercio" de servicios mientras que nuestro análisis bajo el Artículo XVII del AGCS se centra en si las Medidas 2, 3 y 4 afectan al "suministro" de servicios, consideramos estas constataciones como relevantes debido al estrecho vínculo entre los conceptos de "comercio de servicios" y "suministro de servicios". En efecto, el Artículo I del AGCS titulado "Alcance y definición" define en su párrafo 2 el concepto de "comercio de servicios" como el "suministro de un servicio" mediante uno de los cuatro modos de suministro identificados en dicha disposición. De ahí que si hemos constatado que las Medidas 2, 3 y 4 "afectan al comercio de servicios", la conclusión lógica es que también afecten al "suministro de servicios" en los sectores y modos concernidos.

7.475. Ésta es también la posición expresada por las partes que coinciden en que el concepto de medidas que "afecten al suministro de servicios" en el sentido del Artículo XVII del AGCS se refiere al comercio de servicios definido en el Artículo I:1 del AGCS.⁶³⁹

7.476. Por lo tanto, habiendo constatado en la sección 7.3.1.2 *supra* que Panamá ha demostrado que las ocho medidas en litigio "afectan al comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:1 del AGCS, concluimos que Panamá ha acreditado que las Medidas 2, 3 y 4 "afect[a]n al suministro de servicios" en el sentido del Artículo XVII del AGCS.

7.477. Proseguimos nuestro análisis examinando si Panamá ha cumplido con el tercer requisito bajo el criterio jurídico del Artículo XVII del AGCS, es decir, si Panamá ha acreditado que las Medidas 2, 3 y 4 no otorgan a los servicios o los proveedores de servicios de países no cooperadores un trato no menos favorable que el que Argentina dispensa a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.

7.3.4.2.3.3 Tercer requisito: Si las Medidas 2, 3 y 4 no otorgan a los servicios y los proveedores de servicios de países no cooperadores un trato no menos favorable que el que Argentina dispensa a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares

7.478. Panamá alega 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 trato otorgado a servicios y proveedores de servicios similares argentinos. Según Panamá, en los tres casos se verifica el presupuesto de similitud entre servicios y/o proveedores de servicios nacionales y servicios y/o proveedores de servicios extranjeros porque el único fundamento del trato diferenciado es el origen del servicio y/o proveedor del servicio. Panamá sostiene que la Medida 2

⁶³⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.154, 4.255 y 4.316; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.304, 2.434 y 2.539.

⁶³⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 139-146; y segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 14.

⁶³⁹ Respuestas de las partes a la pregunta del Grupo Especial No. 40.

provoca una carga tributaria superior para el consumidor del servicio que conlleva un desincentivo a contratar con proveedores de servicios de países no cooperadores, modificando así las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores. Panamá también considera que la Medida 3 implica requisitos administrativos, cargas económicas y contingencias tributarias significativas que alteran las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y los proveedores de países no cooperadores.⁶⁴⁰ Finalmente, Panamá aduce que la Medida 4 resulta en dificultades contables añadidas para los contribuyentes argentinos que restan oportunidades de competir a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores, menoscabando la igualdad de oportunidades de competencia entre éstos y servicios y proveedores de servicios similares nacionales.⁶⁴¹

7.479. Recordamos que Argentina presenta sus argumentos relativos a la "similitud" de los servicios y los proveedores de servicios y el "trato no menos favorable" de manera conjunta para los Artículos II y XVII del AGCS. Por lo tanto nos referimos a la sección 7.3.2.1.2 *supra* donde se exponen los argumentos de Argentina relativos al Artículo II:1 del AGCS.

7.480. El examen bajo este tercer requisito exige determinar si, tal y como alega Panamá, las Medidas 2, 3 y 4 no otorgan a los servicios y los proveedores de servicios de países no cooperadores un "trato no menos favorable" que el otorgado a "servicios y proveedores de servicios similares" argentinos. Comenzaremos por la cuestión de la "similitud" dado que, en caso de no ser similares, no habría necesidad de examinar si Argentina ha otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores un "trato no menos favorable" que el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos.

(a) Si los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores son similares a los servicios y proveedores de servicios argentinos

7.481. Observamos que tanto Panamá como Argentina consideran que sus argumentos sobre similitud desarrollados bajo el Artículo II del AGCS son también aplicables bajo el Artículo XVII del AGCS. Así, Panamá sostiene que los servicios y proveedores de servicios nacionales son similares a los de países no cooperadores porque el único fundamento del trato diferenciado es el origen del servicio y/o proveedor del servicio.⁶⁴² Por su parte, Argentina aduce que las diferencias regulatorias entre los proveedores de servicios objeto de comparación son relevantes para determinar su similitud en la medida en que afectan la manera de operar de los proveedores en el mercado.⁶⁴³

7.482. Recordamos que ya hemos considerado la cuestión de la similitud de servicios y proveedores de servicios cuando examinamos las alegaciones de Panamá al amparo del Artículo II:1 del AGCS.⁶⁴⁴ En dicha ocasión, concluimos que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores eran similares a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.⁶⁴⁵

7.483. A diferencia de nuestro examen bajo el Artículo II:1 del AGCS, en donde los servicios y proveedores de servicios objeto de comparación eran los de países cooperadores y no cooperadores, en el caso del Artículo XVII del AGCS nos encontramos con que la comparación apropiada 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. Panamá nos pide que circunscribamos nuestra comparación a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores y los servicios similares y proveedores de

⁶⁴⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.160-4.169, 4.257 y 4.258; y segunda comunicación de Panamá, párrs. 2.306 y 2.436.

⁶⁴¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.317 y 4.318; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.541 (donde se hace referencia a su respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 42).

⁶⁴² Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.157, 4.256 y 4.317; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.305, 2.435 y 2.540.

⁶⁴³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 31.

⁶⁴⁴ Véase la sección 7.3.2.2.3.3 *supra*.

⁶⁴⁵ Véanse los párrs. 7.185-7.186 *supra*.

servicios similares argentinos.⁶⁴⁶ Por su lado, Argentina, como indicamos más abajo, parece no oponerse a esta comparación.

7.484. Observamos que el Artículo XVII del AGCS obliga a los Miembros, en este caso, a Argentina, a otorgar un trato no menos favorable a servicios y proveedores de servicios "de cualquier otro Miembro". Esta comparación no requiere, por lo tanto, una comparación de los servicios y proveedores de servicios argentinos con el universo de los servicios y proveedores de servicios de todos los otros Miembros de la OMC.

7.485. Observamos también que, a los efectos de esta diferencia, existen dos grupos de Miembros relevantes como resultado de la aplicación del Decreto No. 589/2013; a saber, los países cooperadores y los no cooperadores. Las alegaciones de Panamá se concentran en el supuesto trato menos favorable que Argentina estaría otorgando únicamente a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.

7.486. Observamos asimismo que el trato previsto en la legislación argentina pertinente es el mismo para las transacciones de contribuyentes argentinos con proveedores de servicios argentinos y con proveedores de servicios de países cooperadores. Ello es debido a que, en ambos casos, Argentina tiene la posibilidad de acceder a la información fiscal de sus proveedores de servicios. De tal manera, las normas descritas en las secciones 2.4.2.2 y 2.4.2.4 como aplicables a los países cooperadores en relación a la presunción de incremento patrimonial no justificado y la imputación de gastos son aquellas aplicables al contribuyente argentino con respecto de servicios y proveedores de servicios argentinos. En lo que respecta a la valoración de transacciones, no existe diferencia alguna de trato para transacciones entre contribuyentes argentinos y proveedores de servicios argentinos o de países cooperadores siempre y cuando se ajusten a prácticas normales de mercado entre independientes. En ese caso, no estarían sujetas a las exigencias especiales de determinación de precios contemplados en el Artículo 15 de la LIG. En este sentido, observamos que el trato previsto en la legislación argentina con respecto a la valoración de transacciones es el mismo para transacciones de contribuyentes argentinos con proveedores de servicios argentinos y con proveedores de servicios de países cooperadores.

7.487. De ahí que consideremos, a los efectos de la comparación bajo el Artículo XVII del AGCS, que los servicios y proveedores de servicios argentinos están sujetos al mismo trato otorgado por la legislación argentina a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores. Entendemos que Argentina también coincide en que sus servicios y proveedores de servicios serían equiparables a los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores ya que remite su argumentación bajo el Artículo XVII del AGCS a su argumentación bajo el Artículo II:1, en la que vimos que la comparación tenía lugar entre servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y los de países no cooperadores.⁶⁴⁷ Asimismo, Argentina también remite en el marco de las alegaciones de Panamá bajo el Artículo XVII a un argumento desarrollado bajo el Artículo XIV(c) del AGCS. En particular, Argentina se refiere a que la diferencia que existe entre los servicios y proveedores de servicios domésticos de Argentina y los servicios y proveedores de servicios de los países no cooperadores en cuanto al acceso a la información y al ejercicio del control y supervisión de la Administración tributaria para hacer observar las leyes y reglamentos fiscales argentinos y la consiguiente diferencia de trato normativo se manifiesta en sentido similar al que se manifiesta y regula entre servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores a esos mismos fines.⁶⁴⁸

7.488. A tenor de lo anterior, habiendo constatado que los servicios y proveedores de servicios de países cooperadores son similares a los de países no cooperadores, consideramos que nuestra constatación de similitud bajo el Artículo II:1 del AGCS es trasladable al ámbito del Artículo XVII del AGCS.

⁶⁴⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 5.1(b)(ii), 5.1(c)(ii) y 5.1(d)(ii); y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 3.1(b)(ii), 3.1(c)(ii) y 3.1(d)(ii).

⁶⁴⁷ Para Argentina, "[l]as categorías de servicios y proveedores de servicios son aquellos que se originan en las jurisdicciones que se adhieren a los estándares internacionales de transparencia e intercambio efectivo de información tributaria, y aquellos que no lo hacen". Véase la primera comunicación escrita de Argentina, pág. 69.

⁶⁴⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 345-351.

7.489. Por lo tanto, concluimos 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 nuestro análisis del Artículo XVII del AGCS.

(b) Si el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores es un "trato no menos favorable" que el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos

7.490. Una vez constatada la similitud entre los servicios y proveedores de servicios pertinentes, nos corresponde examinar si las Medidas 2, 3 y 4 otorgan a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores un "trato no menos favorable" que el otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos.

7.491. Recordamos que el Artículo XVII:3 del AGCS estipula que:

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.

7.492. En consecuencia, "[e]l trato en cuestión ha de evaluarse desde el punto de vista de las 'condiciones de competencia' entre servicios similares o proveedores de servicios similares".⁶⁴⁹

7.493. Observamos que, al igual que el Artículo II del AGCS, el Artículo XVII del AGCS se refiere no sólo a "servicios similares" sino también a "proveedores de servicios similares". Por las razones expuestas anteriormente en el marco de nuestro análisis de "trato no menos favorable" bajo el Artículo II del AGCS⁶⁵⁰, entendemos que la mención a los proveedores de servicios también 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" en el marco del Artículo XVII 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 XVII del AGCS.

7.494. Sobre la base de lo estipulado en el Artículo XVII:3 del AGCS y a la luz de nuestra interpretación del concepto de "trato no menos favorable" desarrollada bajo el Artículo II del AGCS⁶⁵¹, procederemos a continuación a determinar si las Medidas 2, 3 y 4 estipulan un trato diferente para los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores en comparación con el otorgado a servicios y proveedores de servicios similares argentinos. Seguidamente, examinaremos si dicho trato resulta menos favorable para los servicios y proveedores de servicios similares de países no cooperadores. En este sentido, entendemos que para determinar si un trato es menos favorable hay que evaluar si la medida modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios argentinos en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de países no cooperadores. 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, nos referimos a la posibilidad de Argentina de acceder a la información fiscal de los proveedores de servicios pertinentes.

⁶⁴⁹ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.978. Véase también el informe del grupo especial, *China – Servicios de Pago Electrónico*, párr. 7.687.

⁶⁵⁰ Véase la sección 7.3.2.2.3.4 *supra*.

⁶⁵¹ Recordamos que el Órgano de Apelación ha mostrado cautela respecto a transponer directamente todas las interpretaciones desarrolladas bajo el Artículo XVII al Artículo II del AGCS. Sin embargo consideramos de utilidad el contexto proporcionado por el Artículo II:1 ya que el Órgano de Apelación ha trasladado interpretaciones desarrolladas bajo el Artículo XVII al Artículo II del AGCS. Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 231.

(i) Si el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores es diferente al otorgado a servicios y proveedores de servicios similares argentinos

7.495. En lo que se refiere a si las Medidas 2, 3 y 4 otorgan un trato diferente 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, consideramos que nuestras constataciones de trato diferente realizadas bajo el Artículo II:1 del AGCS son también aplicables bajo el Artículo XVII del AGCS. Esto es así porque, tal y como mencionamos anteriormente, el trato que Argentina 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. Recordamos nuestras conclusiones al respecto a continuación.

7.496. En lo que respecta a la Medida 2, en la sección 7.3.2.2.3.4 *supra*⁶⁵², concluimos que Argentina otorga un trato diferente a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores y no cooperadores ya que el ingreso de fondos proveniente de uno u otro país tendrá consecuencias diferentes para el contribuyente argentino a la hora de determinar su base imponible del impuesto a las ganancias. Mientras que en el caso de los ingresos de fondos provenientes de países cooperadores, la AFIP aplicará la regla general de la autodeterminación de la materia imponible, recurriendo a la determinación de oficio sólo cuando el contribuyente no haya presentado declaración jurada o ésta resulte impugnada; en el caso de los ingresos de fondos provenientes de países no cooperadores la AFIP automáticamente determinará de oficio la materia imponible aplicando la presunción de incremento patrimonial no justificado. Asimismo, concluimos que el hecho de que esta presunción pueda ser refutada por el contribuyente no afecta al hecho de que el trato otorgado por Argentina a servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores y no cooperadores sea, en efecto, diferente. En el caso que nos ocupa, cuando el contribuyente argentino reciba fondos de un proveedor de servicios argentino, la AFIP aplicará (como en el caso del ingreso de fondos de países cooperadores) la regla general de la autodeterminación de la materia imponible, recurriendo a la determinación de oficio sólo cuando el contribuyente no haya presentado declaración jurada o ésta resulte impugnada.

7.497. En lo que respecta a la Medida 3, en la sección 7.3.2.2.3.4 *supra*⁶⁵³, concluimos que Argentina otorga un trato diferente a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores y no cooperadores ya que las normas del Artículo 15 de la LIG se aplican siempre que una de las partes sea de un país no cooperador, mientras que dichas normas sólo se aplicarán a transacciones con proveedores de servicios de países cooperadores cuando las prestaciones y condiciones de dichas transacciones no se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes. La norma no prevé, por lo tanto, que las transacciones entre contribuyentes argentinos y sujetos de países no cooperadores puedan ajustarse a las prácticas normales del mercado entre entes independientes, presumiendo en todo caso su vinculación. En cambio, en el caso de transacciones entre contribuyentes argentinos y proveedores de servicios argentinos, se considerará que se ajustan a las prácticas normales de mercado entre entes independientes.

7.498. En lo que respecta a la Medida 4, en la sección 7.3.2.2.3.4 *supra*⁶⁵⁴, concluimos que Argentina otorga un trato diferente a los servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores y no cooperadores ya que si bien es cierto que el criterio de lo *percibido* no está reservado exclusivamente a la imputación de gastos por parte del contribuyente argentino que constituyan ganancias de fuente argentina de sujetos ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en países no cooperadores⁶⁵⁵, observamos diferencias de criterio en la norma argentina. Esto es así porque no se permite la imputación de gastos por parte del contribuyente argentino que constituyan ganancias para sujetos de países no cooperadores en base al criterio de lo *devengado*, independientemente de que exista vinculación o no entre el contribuyente argentino y el sujeto que recibe la ganancia de fuente argentina. Sin embargo, en el caso de la imputación de gastos por el contribuyente argentino que constituyan ganancias para sujetos de países cooperadores, el contribuyente argentino puede aplicar la regla de lo *devengado*, siempre y

⁶⁵² Véanse los párrs. 7.240-7.243 *supra*.

⁶⁵³ Véanse los párrs. 7.244-7.248 *supra*.

⁶⁵⁴ Véanse los párrs. 7.249-7.252 *supra*.

⁶⁵⁵ Por ejemplo, el propio Artículo 18 de la LIG, en su último párrafo, establece que el criterio de lo *percibido* también se aplicará en los casos "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". Véase la Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

cuando no exista vinculación entre él y el sujeto extranjero para el que se genera la ganancia. De igual modo, en el caso de la imputación de gastos por el contribuyente argentino que constituyan ganancias para sujetos (proveedores de servicios) argentinos, dicho contribuyente puede aplicar la regla de lo *devengado*, siempre y cuando no exista vinculación entre él y el sujeto para el que se genera la ganancia.

7.499. Por lo tanto, concluimos 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.

(ii) Si el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores es un "trato no menos favorable" que el otorgado a servicios y proveedores de servicios similares argentinos

7.500. En lo que respecta a si el trato otorgado a servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores es un "trato no menos favorable" que el otorgado a servicios y proveedores de servicios similares argentinos, también consideramos que hay aspectos del análisis que hemos desarrollado bajo el Artículo II:1 que son de aplicación bajo el Artículo XVII del AGCS. La razón, como indicamos al abordar la cuestión del trato diferente, es que Argentina otorga el mismo trato a los servicios y proveedores de servicios argentinos que a los procedentes de países cooperadores. Recordamos al respecto que "el trato en cuestión ha de evaluarse desde el punto de vista de las 'condiciones de competencia' entre servicios similares o proveedores de servicios similares".⁶⁵⁶

7.501. En este sentido, es útil recordar que en el caso de la Medida 2 nuestra conclusión preliminar de trato menos favorable bajo el Artículo II:1 se deriva del hecho de que los contribuyentes argentinos que contratan servicios con proveedores de países no cooperadores y que quieren justificar el ingreso de fondos derivado de la obtención de dichos servicios deben soportar una carga adicional, que es refutar la presunción de incremento patrimonial no justificado.⁶⁵⁷ Esta carga no se da de manera automática cuando la transacción se realiza entre contribuyentes argentinos, es decir, cuando un contribuyente argentino recibe un ingreso de fondos de un proveedor de servicios argentino.⁶⁵⁸

7.502. En el caso de la Medida 3, consideramos que la aplicación del régimen de precios de transferencia para valorar transacciones, independientemente de que exista o no vinculación entre las partes de la transacción, implica mayores costes para aquellos contribuyentes argentinos que realizan transacciones con proveedores de servicios de países no cooperadores. Costes en los que no se debe incurrir si la transacción es entre un contribuyente argentino y un proveedor de servicios argentino.⁶⁵⁹

7.503. En el caso de la Medida 4, consideramos que la diferencia temporal en el momento de la deducción del gasto, que afectaba en términos de la disminución del valor del gasto deducido, así como los posibles costes adicionales vinculados a un manejo contable más complejo al aplicar simultáneamente dos reglas de imputación de gastos, nos conduciría de manera preliminar a concluir que el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores es menos favorable que el otorgado a servicios y proveedores de servicios similares argentinos,

⁶⁵⁶ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.978. Véase también el informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.687.

⁶⁵⁷ Véase el párr. 7.300 *supra*.

⁶⁵⁸ Recordamos que existe una presunción relativa a incrementos patrimoniales no justificados que la AFIP puede aplicar para estimar de oficio la materia imponible en el caso de transacciones entre contribuyentes argentinos o entre un contribuyente argentino y un proveedor de servicios de un país cooperador. Esta presunción está prevista en el Artículo 18(f) de la LPT. Véase la sección 2.4.2.2 *supra*.

⁶⁵⁹ Hacemos notar que el Artículo 33 de la LPT relativo a la verificación y fiscalización faculta a la AFIP a exigir que los contribuyentes mantengan piezas informativas necesarias a la verificación de la situación impositiva de los contribuyentes, tales como libros o registros especiales, comprobantes y otros documentos relativos a operaciones de los contribuyentes, etc. El mismo artículo establece que todas las registraciones contables deberán estar respaldadas por los comprobantes correspondientes. Véase la Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

dado que, en este último caso, el contribuyente argentino no deberá incurrir en esos costes adicionales cuando obtenga servicios de proveedores de servicios argentinos.⁶⁶⁰

7.504. En consecuencia, remitiéndonos a nuestras constataciones en el marco del Artículo II:1 del AGCS, consideramos que, de manera preliminar, 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.

7.505. Al igual que en nuestro análisis bajo el Artículo II:1 del AGCS, consideramos también que existe un factor importante que no puede ser ignorado en un análisis de trato no menos favorable bajo el Artículo XVII del AGCS que afecta de manera directa al suministro de servicios en el mercado argentino, pudiendo alterar las condiciones de competencia en dicho mercado. Este factor es el marco regulatorio que permite a las autoridades argentinas acceder a la información fiscal de proveedores de servicios extranjeros. A diferencia de nuestro análisis bajo el Artículo II:1 que por su naturaleza necesitaba de una comparación de trato NMF, hay un aspecto importante que analizamos en relación a las Medidas 2, 3 y 4 (así como el resto de medidas impugnadas por Panamá) bajo el Artículo II:1, que no consideramos de aplicación en el caso del examen de "trato no menos favorable" bajo el Artículo XVII. Nos referimos a las distorsiones derivadas del diseño y funcionamiento de las Medidas 2, 3 y 4 en virtud del Decreto No. 589/2013 relativas al otorgamiento de estatus cooperador a jurisdicciones que no han suscrito un acuerdo de intercambio de información fiscal y a la discrecionalidad que rige la actualización de la lista de países cooperadores.

7.506. Recordamos al respecto que Argentina aduce que el establecimiento de un trato diferenciado entre proveedores de servicios es consecuencia directa del acceso o no a la información fiscal.⁶⁶¹ Lo que observamos en nuestro análisis bajo el Artículo II:1 del AGCS es que países en una situación similar en cuanto al acceso que Argentina tiene a la información fiscal de sus proveedores de servicios no caen dentro de la misma categoría. Por ejemplo, Panamá y Hong Kong (China) no han firmado un acuerdo de intercambio de información fiscal con Argentina y, sin embargo, Panamá es considerado cooperador y Hong Kong (China) es considerado no cooperador. Asimismo, observamos que países clasificados bajo la misma categoría se encuentran en una situación diferente en lo que acceso a la información fiscal por parte de Argentina se refiere. A modo de ejemplo, mencionamos el caso de Panamá y Alemania. Ambos países figuran en la lista de países cooperadores a pesar de que Alemania ha firmado un acuerdo de intercambio de información fiscal con Argentina y Panamá no.

7.507. No observamos que el Decreto No. 589/2013 genere tales distorsiones al comparar proveedores de servicios de países no cooperadores y proveedores de servicios argentinos. En este caso, Argentina tiene acceso a la información fiscal de sus contribuyentes, lo que incluye sus proveedores de servicios, mientras que no tiene acceso a la información fiscal de los proveedores de países no cooperadores.

7.508. En todo caso, tras concluir que las distorsiones en el diseño y funcionamiento de las Medidas 2, 3 y 4 constatadas bajo el Artículo II:1 del AGCS no son relevantes en el marco del Artículo XVII del AGCS, consideramos procedente continuar con nuestro análisis para comprobar si nuestras conclusiones preliminares de trato menos favorable se confirman tras examinar el impacto en las condiciones de competencia de la posibilidad por parte de Argentina de acceder a la información fiscal de los proveedores de servicios.

7.509. Lo primero que cabe señalar a este respecto es que tanto Panamá como Argentina reconocen que la falta de transparencia fiscal (que se genera del no intercambio de información

⁶⁶⁰ Véase el párr. 7.318 *supra*. Señalamos que, si bien la regla de lo *devengado* es la regla general de imputación de ingresos y gastos que se aplica a aquellos gastos por transacciones concluidas entre contribuyentes argentinos o entre un contribuyente argentino y un sujetos de un país cooperador, el Artículo 18 de la LIG prevé que, en determinados casos, los gastos no se imputen al año fiscal en el que han sido devengados.

⁶⁶¹ Véase el párr. 7.140 *supra*. Si bien Argentina presenta este argumento en el marco de la comparación entre proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores, consideramos que la razón proporcionada para justificar el trato diferente (acceso a la información fiscal) es igualmente válida para la comparación entre proveedores de servicios argentinos y de países no cooperadores. Véase la segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 76. Véanse también la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 125 y las respuestas de Argentina a las preguntas del Grupo Especial Nos. 49 y 71.

fiscal) tiene un impacto en las condiciones de competencia en las que operan en el mercado argentino proveedores de servicios argentinos y proveedores de servicios de países no cooperadores. En efecto, en su compromiso de acoger los principios sobre "Transparencia" e "Intercambio efectivo de información tributaria", Panamá afirma que "considera esencial que la materialización de la iniciativa propuesta por la OCDE garantice la equidad y la no discriminación entre todos los países y jurisdicciones ... con los cuales la República de Panamá compite, de manera sustancial, en los mercados internacionales en la prestación de servicios internacionales, particularmente financieros y comerciales".⁶⁶² Argentina, por su parte, se refiere, en particular, a que las Medidas 2, 3 y 4, al igual que el resto de medidas en litigio, son "herramientas esenciales para ... nivelar las condiciones de competencia en el mercado internacional de los servicios financieros y otros servicios".⁶⁶³ Esta idea de nivelación de las condiciones de competencia también la menciona Panamá al afirmar en una carta dirigida al Secretario General de la OCDE que "los principios de transparencia y el intercambio de información efectiva ... se deben desarrollar bajo parámetros de equidad y no discriminación; es decir, un 'level playing field'".⁶⁶⁴ Encontramos respaldo para la afirmación de Argentina relativa a la importancia del acceso a la información fiscal para nivelar las condiciones de competencia en numerosos documentos del G-20 y la OCDE. Por ejemplo, en el año 2000 encontramos que la OCDE enfatizó el rol de las medidas defensivas para neutralizar las ventajas competitivas que derivan de la falta de transparencia de ciertas jurisdicciones no cooperadoras.⁶⁶⁵

7.510. A este respecto, el propio Foro Global, en un informe de 2004, explica que el objetivo del campo de juego global nivelado se corresponde con la consecución de estándares altos de transparencia e intercambio de información de manera que se permita una competencia justa y equitativa entre todos los países:

A la hora de desarrollar propuestas, los miembros del Sub-Grupo (al que se le delegó la presentación de recomendaciones al Foro Global con ocasión del Foro Global de Berlín en junio de 2004] se guiaron por el objetivo del campo de juego global nivelado: conseguir estándares altos de transparencia e intercambio de información de manera justa y equitativa y que permita la competencia leal entre todos los países, grandes y pequeños, tanto miembros como no miembros de la OCDE.⁶⁶⁶

7.511. Según la OCDE, en su documento de 2009 titulado "*Hacia un Campo de Juego Nivelado*", todos los países deberían cumplir con dichos estándares para que la competencia entre ellos tenga lugar sobre la base de consideraciones comerciales legítimas en vez de sobre la base de falta de transparencia o intercambio de información efectivo:

Todos los países, independientemente de sus sistemas fiscales, deberían alcanzar unos estándares de manera que la competencia tenga lugar sobre la base de consideraciones comerciales legítimas y no sobre la base de la falta de transparencia o la falta de intercambio efectivo de información. Una década después del establecimiento del Foro Global, el objetivo de un campo de juego nivelado está más cerca y es más relevante que nunca.⁶⁶⁷

7.512. Otro ejemplo más reciente lo encontramos en un informe de 2013 relativo a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de las empresas, donde la OCDE explica que:

⁶⁶² Nota del Ministro de Economía y Finanzas de Panamá al Secretario General de la OCDE, 15 de abril de 2002, prueba documental ARG-8, párr. 4º.

⁶⁶³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 10.

⁶⁶⁴ Nota del Ministro de Economía y Finanzas de Panamá al Secretario General de la OCDE, 15 de abril de 2002, prueba documental ARG-8, último párrafo.

⁶⁶⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 40 y 41 (donde se hace referencia a OCDE, *Hacia una cooperación mundial en materia tributaria – Informe para la reunión del Consejo de Ministros de 2000 y Recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales*, OCDE, 2000, prueba documental ARG-6, págs. 5 y 6 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx).

⁶⁶⁶ International Trade and Investment Organization (ITIO), *Nivelando el campo de juego*, OCDE, *Foro Global, Melbourne, 15-16 noviembre 2005* (en referencia al párrafo 3 del Informe que fue adoptado en el Foro Global de Berlín en junio de 2004), prueba documental ARG-94, pág. 4.

⁶⁶⁷ OCDE, *Cooperación en Materia Tributaria 2009 – Hacia un Campo de Juego Nivelado*, 2009, prueba documental ARG-41, pág. 9.

Cada país puede establecer libremente su régimen tributario en materia de sociedades. Los Estados tienen el poder soberano de adoptar las medidas tributarias que consideren necesarias para obtener los ingresos que permitan sufragar sus gastos. Uno de los principales desafíos consiste en asegurarse de que el impuesto no produzca efectos no deseados ni distorsiones en la inversión y el comercio transfronterizos, ni tampoco distorsione la competencia y la inversión en los países al perjudicar a los agentes nacionales. En un mundo globalizado en el que la integración de las economías es cada vez más mayor, los sistemas tributarios nacionales concebidos de forma aislada no suelen estar armonizados con los demás, por lo que ofrecen un margen a las discordancias. Como ya se ha mencionado, estas discordancias pueden entrañar supuestos de doble imposición y también de doble exención. En otras palabras, estas discordancias pueden dar lugar a que los ingresos lleguen a eludir el impuesto, lo que se traduciría en una disminución de la cuantía global del impuesto pagado por todas las partes interesadas. Aunque a menudo resulta difícil determinar qué países han sufrido pérdidas de ingresos tributarios, es evidente que en su conjunto los países afectados han sufrido colectivamente pérdidas de ingresos tributarios. Además, esto supone un *menoscabo de la competencia*, ya que algunas empresas, como las que realizan actividades transfronterizas y tienen acceso a un asesoramiento especializado en materia tributaria, pueden aprovechar esas oportunidades y obtener *ventajas competitivas indebidas* en comparación con otras empresas, tales como las pequeñas y medianas empresas, que desarrollan su actividad mayoritariamente a escala nacional.⁶⁶⁸ (las cursivas no figuran en el original)

7.513. Otro concepto clave que vincula el elemento regulatorio que estamos examinando bajo "trato no menos favorable" a las condiciones de competencia es la expresión "*competencia fiscal nociva*". A nuestro juicio, la utilización de esta expresión en los foros internacionales relevantes, cuyo uso en el seno de la OCDE se remonta a mediados de los años 90⁶⁶⁹, hace patente el vínculo entre el acceso a la información fiscal (transparencia fiscal) y las condiciones de competencia.

7.514. Así pues, una 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". Es decir, si el intercambio de información fiscal hace que las Medidas 2, 3 y 4 no modifiquen las condiciones de competencia *en favor* de los servicios y proveedores de servicios argentinos en comparación con los servicios similares y los proveedores de servicios similares de los países no cooperadores.

7.515. 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"⁶⁷⁰ 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.

7.516. En relación a la idea de "ventaja competitiva" expresada en el párrafo anterior, observamos que el texto del Artículo XVII:3 del AGCS establece que para que exista "trato no menos favorable", la medida no debe modificar las condiciones de competencia *en favor* de los servicios o proveedores de servicios del Miembro (en este caso, Argentina). Anteriormente, al interpretar la expresión "trato no menos favorable" bajo el Artículo II:1 del AGCS nos detuvimos a examinar el sentido corriente del término "favorable", y encontramos que por "favorable" cabe

⁶⁶⁸ OCDE, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, prueba documental ARG-22, pág. 39 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es).

⁶⁶⁹ OCDE, *Competencia Fiscal Nociva – Un Tema Global Emergente*, 1998, prueba documental ARG-5.

⁶⁷⁰ Término utilizado por la OCDE en su informe titulado *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, prueba documental ARG-22, pág. 39 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es).

entender "que favorece"⁶⁷¹, y que "favorecer" ha sido definido como "[d]ar o hacer un favor", entendiendo como "favor" una "honra, beneficio, gracia".⁶⁷² Por lo tanto, entendemos que el Artículo XVII:3 del AGCS se refiere a toda aquella modificación de las condiciones de competencia que "favorece" a los servicios y proveedores de servicios argentinos o que consiste en algún tipo de "favor" para dichos servicios y proveedores de servicios. A nuestro juicio, teniendo en cuenta las implicaciones para las condiciones de competencia derivadas de la falta de transparencia fiscal señaladas en numerosas declaraciones e informes de la OCDE y el G-20, no consideramos que las Medidas 2, 3 y 4 "favorezcan" o concedan algún tipo de "favor" a los servicios y proveedores de servicios argentinos en comparación con los servicios similares y los proveedores de servicios similares de los países no cooperadores, como explicamos a continuación.

7.517. Como describimos anteriormente, la Medida 2 consiste en la presunción 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 por parte de la AFIP de la materia imponible a efectos del impuesto a las ganancias.⁶⁷³ Esta presunción puede ser refutada siempre y cuando se "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". No vemos como una presunción que puede ser refutada probando que la transacción fue efectivamente realizada puede modificar las condiciones de competencia en favor de los servicios y proveedores de servicios argentinos ya que el contribuyente argentino puede liberarse de dicha carga. Asimismo, recordamos que existe una presunción de incremento patrimonial no justificado prevista en el Artículo 18(f) de la LPT que se aplica a contribuyentes argentinos que operen con proveedores argentinos. Por lo tanto, la figura de la presunción de incremento patrimonial no justificado no es una herramienta de las autoridades argentinas que se utiliza exclusivamente en relación a jurisdicciones no cooperadoras, sino que se articula como un instrumento para responder a la existencia de ciertas situaciones que las autoridades argentinas perciben como un riesgo para el sistema de recaudación, siendo el desencadenante en el caso de transacciones entre contribuyentes argentinos y proveedores de servicios de países no cooperadores la falta de transparencia fiscal. No nos parece que se trate de una medida que otorgue una ventaja competitiva a proveedores de servicios nacionales.

7.518. En el caso de la Medida 3, tampoco nos parece que la aplicación de un método de valoración de transacciones distinto (basado en precios de transferencia) modifique las condiciones de competencia *en favor* de los servicios y proveedores de servicios argentinos.⁶⁷⁴ En primer lugar, porque la aplicación del régimen de precios de transferencia a la valoración de transacciones tiene por objeto determinar el valor de mercado de dicha transacción y no distorsionar artificialmente el mismo a favor o en contra de una de las partes de la transacción. A esto se le une el hecho de que hay otras situaciones en las que las autoridades argentinas perciben un riesgo para el sistema de recaudación fiscal y prescriben la aplicación de este método a transacciones que involucran a proveedores argentinos y de países cooperadores. En este sentido, como regla general, el primer párrafo del Artículo 15 de la LIG establece que "[c]uando por la clase de operaciones o por las modalidades de organización de las empresas, no puedan establecerse con exactitud las ganancias de fuente argentina, la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, podrá determinar la ganancia neta sujeta al gravamen a través de promedios, índices o coeficientes que a tal fin establezca con base en resultados obtenidos por empresas independientes dedicadas a actividades de iguales o similares características".⁶⁷⁵ Así pues, encontramos una respuesta a un riesgo, y no el otorgamiento de una ventaja a los proveedores nacionales.

7.519. Por lo que respecta a la Medida 4, consistente en la aplicación de la regla de lo percibido cuando se imputan gastos por transacciones concluidas por contribuyentes argentinos con sujetos

⁶⁷¹ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 1015.

⁶⁷² *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 1015.

⁶⁷³ Argentina mantiene esta medida en virtud del artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

⁶⁷⁴ Argentina mantiene esta medida en virtud del Artículo 15.2 de la LIG, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁶⁷⁵ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

de países no cooperadores⁶⁷⁶, observamos con anterioridad que en todos los casos se permite la deducción del gasto por parte del contribuyente argentino, siendo la principal diferencia el momento en el que dicha deducción se produce. Por lo tanto, no nos parece que dicha medida resulte en una modificación de las condiciones de competencia *en favor* de los servicios y proveedores de servicios argentinos en comparación con los procedentes de países no cooperadores ya que en ambos casos tiene lugar la deducción. La diferencia de trato responde al riesgo que estima Argentina para su sistema de recaudación fiscal derivado de la falta de transparencia fiscal.

7.520. Encontramos de especial relevancia el contexto proporcionado por el Artículo III del GATT de 1994, que contiene la misma obligación prevista en el Artículo XVII (trato nacional). En *Japón – Bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación explicó que "el artículo III protege las expectativas ... de la relación de competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales".⁶⁷⁷ En *Canadá – Publicaciones*, el Órgano de Apelación reiteró que "[e]l objetivo fundamental del artículo III del GATT de 1994 es asegurar la igualdad de condiciones de competencia entre los productos importados y los productos nacionales similares".⁶⁷⁸ Creemos que, al igual que el Artículo III del GATT de 1994, 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.

7.521. 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. Concurrimos con la opinión expresada por otros foros internacionales como la OCDE y el G-20 sobre el efecto en las condiciones de competencia de las prácticas fiscales nocivas. Son precisamente estos efectos de la falta de transparencia fiscal sobre las condiciones de competencia las que llevan a estos foros a prever la adopción de medidas defensivas cuyo objetivo no es poner en una situación más ventajosa a los servicios y proveedores de servicios nacionales sino hacer frente en sus respectivos mercados a riesgos derivados de la falta de transparencia fiscal. En consecuencia, no consideramos que las Medidas 2, 3 y 4 modifiquen las condiciones de competencia *en favor* de los servicios y proveedores de servicios similares argentinos.

(c) Conclusión

7.522. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye que Panamá no ha acreditado 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.

7.3.4.2.4 Conclusión

7.523. Hemos concluido, en primer lugar, que Panamá ha acreditado que Argentina ha contraído compromisos específicos en los servicios y modos citados por Panamá con respecto a las Medidas 2, 3 y 4. A continuación, hemos concluido que Panamá ha acreditado que las Medidas 2, 3 y 4 "afect[a]n al suministro de servicios" en el sentido del Artículo XVII del AGCS.

7.524. Asimismo hemos concluido que Panamá ha acreditado 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 nuestro análisis del Artículo XVII del AGCS. Finalmente, hemos concluido que Panamá no ha acreditado que las Medidas 2, 3 y 4 no otorgan a los servicios y los proveedores de servicios de países no cooperadores un "trato no menos favorable" que el otorgado a "servicios y proveedores de servicios similares" argentinos.

7.525. A tenor de lo anterior, constatamos que la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) y la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos) no son incompatibles con el Artículo XVII del AGCS porque otorgan a los servicios y a los proveedores de servicios de países no

⁶⁷⁶ Argentina mantiene esta medida en virtud del último párrafo del Artículo 18 de la LIG, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁶⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, pág. 20.

⁶⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Publicaciones*, pág. 21.

cooperadores un trato no menos favorable que el que dispensan a los servicios similares o proveedores de servicios similares argentinos, en los servicios y modos relevantes en los que Argentina ha contraído compromisos específicos.

7.3.5 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS

7.3.5.1 Principales argumentos de las partes

7.3.5.1.1 Argentina

7.526. En el caso de que el Grupo Especial constate la incompatibilidad de seis de las ocho medidas (Medidas 1 a 4, 7 y 8) con las disposiciones del AGCS alegadas por Panamá, Argentina invoca la excepción del Artículo XIV(c) del AGCS.

7.527. Específicamente, Argentina sostiene que sus medidas fiscales defensivas son "necesarias para lograr la observancia" de las leyes fiscales de Argentina y los reglamentos en el sentido del Artículo XIV(c) del AGCS, incluyendo la "prevención de prácticas engañosas y fraudulentas" (subapartado (i)) comúnmente asociadas con transacciones con jurisdicciones fiscales no cooperadoras. Argentina mantiene que ha seguido las recomendaciones del Foro Global de la 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. Argentina argumenta que medidas tales como la retención por intereses o retribuciones pagados (Medida 1), la presunción de incremento patrimonial no justificado (Medida 2), la valoración de transacciones basada en precios de transferencia (Medida 3), la regla de lo percibido para la imputación de gastos (Medida 4) y los requisitos para el registro de sucursales (Medida 7) gozan de amplia aceptación dentro de la iniciativa del Foro Global como respuestas normativas adecuadas para hacer frente a los efectos nocivos de jurisdicciones fiscales que no cooperan con la recaudación de impuestos y el cumplimiento de las leyes fiscales de terceros países.⁶⁷⁹

7.528. En respuesta a la segunda comunicación escrita de Panamá, Argentina argumenta que no está obligada a demostrar que las medidas en cuestión se refieren a "la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas" al amparo del Artículo XIV(c)(i) del AGCS porque la lista de medidas contempladas en los incisos (i) a (iii) del Artículo XIV(c) es ilustrativa. Por lo tanto, en su opinión, cualquier medida destinada a lograr la observancia de las leyes y reglamentos compatibles con el AGCS puede ser justificada en virtud del Artículo XIV(c), independientemente de si se encuentra o no abarcada por los incisos (i) – (iii).⁶⁸⁰

7.529. Argentina alega que, en las transacciones con jurisdicciones no cooperadoras, no resulta posible para las autoridades argentinas determinar quiénes son los verdaderos propietarios de los beneficios de las entidades ubicadas en esas jurisdicciones. Asimismo, tampoco es posible para las autoridades argentinas determinar el valor real de la transacción y obtener de forma independiente el acceso a cualquier otra información relevante para establecer si una transacción en particular que involucra la participación de estas jurisdicciones se ha realizado con propósito legítimo, o si bien éste es fraudulento o engañoso, en el sentido de que su único propósito es el de evadir impuestos en Argentina. Según Argentina, no surgen riesgos similares respecto de las transacciones que involucran jurisdicciones que hayan celebrado acuerdos de intercambio de información con las autoridades fiscales de Argentina porque, en esos casos, la AFIP cuenta con acceso independiente a la información sobre el beneficiario real de las personas jurídicas ubicadas en la jurisdicción cooperadora, así como a la información que le permite establecer el valor de transacción de las operaciones con estas jurisdicciones.⁶⁸¹

7.530. Argentina alega que todos los modelos de acuerdos fiscales, sean de las Naciones Unidas o de la OCDE, incluyen una disposición que permite a las autoridades fiscales intercambiar información. A juicio de Argentina, así se reconoce que cuando existe un efectivo intercambio de

⁶⁷⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 244-248 (donde se hace referencia a OCDE, *Competencia Fiscal Nociva – Un Tema Global Emergente*, 1998, prueba documental ARG-5, y OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2004*, prueba documental ARG-9 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx)).

⁶⁸⁰ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 29.

⁶⁸¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 249-253.

información la capacidad de un país para hacer cumplir sus propias normas fiscales es mayor.⁶⁸² Argentina alega que no se debe permitir que un centro financiero que decida no adoptar altos estándares de transparencia e intercambio efectivo de información obtenga beneficio de esa decisión.⁶⁸³

7.531. Argentina alega que sus medidas fiscales defensivas (Medidas 1, 2, 3, 4 y 7) han sido adoptadas para lograr el cumplimiento de leyes y reglamentos que son en sí compatibles con el AGCS y que son similares a las medidas tributarias ampliamente adoptadas por los Miembros de la OMC. Las leyes argentinas relacionadas con el establecimiento y percepción de impuestos sobre la renta aseguran el cumplimiento de la Ley del Impuesto a las Ganancias (LIG). El aumento de los requisitos de información para el establecimiento de filiales de entidades extranjeras en Buenos Aires asegura el cumplimiento del Artículo 118.3 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) y el Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005.⁶⁸⁴ El requisito de autorización para la repatriación de inversiones (Medida 8) está diseñado para asegurar el cumplimiento de los Artículos 20, 20 bis y 21 de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo en Argentina.⁶⁸⁵

7.532. Durante la segunda reunión del Grupo Especial, Argentina reitera que las Medidas 1, 2, 3 y 4 se encuentran diseñadas para asegurar el cumplimiento de la LIG, en virtud de los ingresos sujetos a imposición que Argentina ha establecido. Argentina argumenta que los Artículos 1, 2, 5, 17, 80, 91, 92, 127, 129 y 130 de la LIG establecen las normas en virtud de las cuales se determinan las ganancias sujetas a tributación en Argentina, cuyo cumplimiento se busca asegurar con las medidas fiscales defensivas de Argentina. Por lo tanto, las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para asegurar el cumplimiento de los referidos artículos de la LIG, que operan en un marco regulatorio en el que se inscribe esta ley y su reglamentación, cuya administración y aplicación se vincula necesariamente con el conjunto normativo que integra junto a la LPT (en particular sus Artículos 33, 38, 39, 45 y 46) y la Ley Penal Tributaria (en particular sus Artículos 1, 2 y 6) y que se basa en los principios constitucionales consagrados en los Artículos 4, 16, 17 y 75.2 de la Constitución Nacional de la República Argentina. Argentina reitera que la Medida 7 está diseñada para asegurar el cumplimiento con el Artículo 118.3 de la LSC y el Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005, y la Medida 8 para asegurar el cumplimiento con los Artículos 20, 20 bis y 21 de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo en Argentina.⁶⁸⁶

7.533. Argentina alega que ha explicado las "circunstancias y problemas" que llevaron a la adopción de las medidas en litigio, al presentar amplia evidencia sobre los tipos de transacciones entre contribuyentes argentinos y jurisdicciones no cooperadoras que dan lugar a la erosión artificial de la base imponible en Argentina.⁶⁸⁷

7.534. Argentina argumenta que sus medidas fiscales defensivas son "necesarias" para lograr la observancia de leyes y reglamentos tributarios de Argentina. Según Argentina, las medidas fiscales defensivas 1, 2, 3, 4 y 7 reducen considerablemente los riesgos de evasión fiscal, elusión fiscal y fraude, ya que eliminan los posibles beneficios fiscales que los contribuyentes argentinos obtendrían de la simulación de las transacciones realizadas exclusivamente a efectos de evitar el pago de impuestos en Argentina con entidades relacionadas ubicadas en países no cooperadores. Dichas medidas fiscales constituyen una "estrategia global" para hacer frente a los riesgos que plantean las prácticas fiscales nocivas de los países no cooperadores. Argentina argumenta que las

⁶⁸² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 254 (donde se cita el informe OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2001*, prueba documental ARG-7 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx)).

⁶⁸³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 255 (donde se cita el informe OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2001*, prueba documental ARG-7 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx)).

⁶⁸⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 264-267.

⁶⁸⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 334-338.

⁶⁸⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 71 y 72; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrs. 26 y 27.

⁶⁸⁷ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 28 (donde se hace referencia a "Administración Federal de Ingresos Públicos, Sociedades Off-shore – Maniobras fraudulentas y planificación fiscal nociva", 2013, prueba documental ARG-44).

medidas fiscales defensivas en litigio son adecuadas para hacer una contribución importante con el fin de lograr la observancia de las leyes y normas fiscales de Argentina, se contemplen en forma individual o en el contexto de una política integral para hacer frente a los riesgos derivados de las prácticas fiscales nocivas.⁶⁸⁸ La Medida 8 es necesaria para lograr la observancia de las leyes y reglamentos que previenen el encubrimiento y el lavado de activos de origen delictivo y contribuye significativamente al objetivo de lograr la observancia de dichas leyes o reglamentos, ya que se adecúa a los estándares internacionales en materia de prevención de lavado de activos adoptados en el marco del GAFI.⁶⁸⁹

7.535. Argentina argumenta que el objetivo de salvaguardar su sistema de recaudación de impuestos frente a los riesgos planteados por las prácticas fiscales nocivas de países no cooperadores es un interés de máxima importancia. Argentina alega que, con anterioridad, tanto grupos especiales como el Órgano de Apelación han reconocido la importancia de la lucha contra la evasión fiscal y de garantizar la correcta aplicación de leyes y reglamentos tributarios.⁶⁹⁰ Argentina argumenta que el grado de importancia de la protección de la recaudación impositiva y la aplicación del sistema tributario de Argentina frente a los riesgos que plantean las prácticas fiscales nocivas de países no cooperadores se ve corroborado por los trabajos del Foro Global. Según Argentina, Panamá ha reconocido la importancia de la lucha contra los efectos de las prácticas fiscales nocivas al adherirse al Foro Global de la OCDE en materia de tributación y comprometerse con los principios de transparencia e intercambio efectivo de información fiscal.⁶⁹¹ Argentina alega también que el objetivo de prevención frente a los riesgos planteados por las operaciones de lavado de activos de origen delictivo es un interés de la mayor importancia.⁶⁹²

7.536. Argentina alega que sus medidas fiscales defensivas no son excesivamente restrictivas del comercio de servicios financieros proveniente de proveedores de servicios situados en países no cooperadores, ya que tales medidas no prohíben la prestación de servicios en Argentina por parte de estos proveedores. En su lugar, las medidas fiscales defensivas en litigio generalmente reflejan la aplicación de presunciones para determinar la base imponible de las operaciones con entidades ubicadas en países no cooperadores. En la mayoría de los casos, estas presunciones pueden ser refutadas por el contribuyente argentino aportando la información requerida.⁶⁹³ Argentina alega que la Medida 8 es el medio menos restrictivo del comercio a los fines de garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por leyes argentinas frente a riesgos planteados por las operaciones de lavado de activos de origen delictivo. Argentina argumenta que la Medida 8 no impide ni desincentiva el establecimiento de filiales de empresas organizadas en países no cooperadores, sino que supedita la repatriación de sus inversiones directas a la verificación de la "transparencia de la operación". Según Argentina, la medida no obsta el suministro de servicios que pudiera prestar una sociedad.⁶⁹⁴

7.537. Argentina argumenta que recae en Panamá la carga de presentar medidas compatibles con la OMC que sean alternativas "razonablemente disponibles" a las medidas fiscales defensivas que se cuestionan en esta diferencia. Según Argentina, cualquier alternativa a las medidas fiscales defensivas en cuestión no debe ser prohibitivamente costosa ya que las autoridades argentinas disponen de recursos limitados para asegurar el cumplimiento de las leyes fiscales.⁶⁹⁵ Asimismo, cualquier medida alternativa eventualmente propuesta por Panamá debe alcanzar al menos el

⁶⁸⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 276, 287 y 288; segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 73; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrs. 31 y 32.

⁶⁸⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 328, 334-338.

⁶⁹⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 289-292 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación en *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, párr. 7.215; y el informe del grupo especial, *Argentina – Piel y cueros*, párr. 11.307).

⁶⁹¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 293 y 294 (donde se cita el informe de la OCDE, *Hacia una cooperación mundial en materia tributaria – Informe para la reunión del Consejo de Ministros de 2000 y Recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales*, OCDE, 2000, prueba documental ARG-6 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx); y la Nota del Ministro de Economía y Finanzas de Panamá al Secretario General de la OCDE, 15 de abril de 2002, prueba documental ARG-8).

⁶⁹² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 339.

⁶⁹³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 297 y 298.

⁶⁹⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 342 y 343.

⁶⁹⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 308-312 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación en *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 171; y el informe del grupo especial, *Argentina – Piel y cueros*, párr. [11.305]).

mismo nivel de protección contra los riesgos que plantean las prácticas fiscales fraudulentas que el aportado por las medidas fiscales defensivas cuestionadas. Según Argentina, la celebración de acuerdos de intercambio mutuo de información es la medida internacionalmente establecida para hacer frente a este tipo de situaciones y se encuentra razonablemente al alcance de la contraparte. Argentina considera que las medidas que son de naturaleza correctiva, *a priori*, no alcanzan ese nivel de protección.⁶⁹⁶ Argentina alega que Panamá no sugiere ni siquiera una medida alternativa y, cuando pretende hacerlo, la alternativa sugerida consiste en retirar la medida impugnada.⁶⁹⁷

7.538. Argentina argumenta que sus medidas fiscales defensivas son aplicadas de conformidad con el *chapeau* del Artículo XIV(c) del AGCS. Argentina argumenta que la distinción realizada por las medidas fiscales defensivas de Argentina entre proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores no puede ser vista como "arbitraria" o "injustificable", ya que estas dos categorías de proveedores entrañan distintos grados de riesgo para el cumplimiento de las leyes impositivas argentinas. Por otra parte, Argentina sostiene que las diferencias entre países cooperadores y no cooperadores reflejadas en las medidas fiscales defensivas de la Argentina se basan en normas internacionalmente reconocidas del Foro Global y de la OCDE, a las que Panamá se ha comprometido y, por lo tanto difícilmente pueden ser consideradas "arbitraria[s] o injustificable[s]". Argentina alega que, cuando Panamá se unió al Foro Global, Panamá pidió a sus pares miembros del Foro que aplicaran un esquema coordinado de medidas fiscales defensivas a todas las jurisdicciones que no se adhiciesen a los estándares en materia de transparencia e intercambio efectivo de información fiscal. Argentina sostiene que eso es exactamente lo que Argentina está haciendo a través de las medidas en litigio en la presente diferencia.⁶⁹⁸

7.539. Argentina alega también que la razón por la que distingue entre países cooperadores y no cooperadores en el Decreto No. 589/2013 es la capacidad de Argentina para tener acceso a la información que es necesaria para asegurar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos. Por lo tanto, si un país ha llegado a un acuerdo de intercambio de información tributaria efectiva con Argentina o ha iniciado negociaciones para este fin, Argentina considera que el riesgo de que no sea capaz de acceder a la información que se requiere para determinar si la operación en cuestión refleja fines comerciales legítimos es bajo. Según Argentina, el supuesto relativo al inicio de negociaciones actúa como un incentivo suficiente en la mayoría de los casos para promover la suscripción de este tipo de acuerdos. En consecuencia, desde el punto de vista del riesgo que implica que las autoridades argentinas no tengan acceso a la información necesaria para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos de Argentina, estas dos categorías de países se encuentran, sin duda, en una situación que no es similar.⁶⁹⁹ Argentina considera, por lo tanto, que su capacidad de designar como países cooperadores a países que han participado en negociaciones de buena fe tendentes a la firma de un acuerdo de intercambio de información tributaria que refleje los estándares del Foro Global no equivale a una distinción arbitraria o injustificable, ya que no perjudica ni va en contra de los objetivos de Argentina de asegurar la observancia de sus leyes.⁷⁰⁰

7.540. Argentina argumenta que, en el caso de que este Grupo Especial constatará que Panamá ha establecido una violación del Artículo XVII del AGCS, las medidas fiscales defensivas argentinas cuestionadas por Panamá en materia de trato nacional en el marco del Artículo XVII del AGCS (Medidas 2, 3 y 4) son "necesarias para lograr la observancia" de las leyes fiscales y los reglamentos argentinos en el sentido del Artículo XIV(c) del AGCS, incluyendo la "prevención de prácticas engañosas y fraudulentas" comúnmente asociadas con transacciones con jurisdicciones fiscales no cooperadoras. Argentina entiende que demostró que las medidas defensivas argentinas (Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8) están justificadas bajo el Artículo XIV(c) del AGCS y que se aplican de una manera compatible con el *chapeau* de dicha disposición. Argentina argumenta que esa misma demostración y las razones expuestas son extensivas a las alegaciones de Panamá en materia de trato nacional. Ello es así porque la diferencia que existe entre los servicios y proveedores de servicios argentinos y los servicios y proveedores de servicios de los países no cooperadores en cuanto al acceso a la información y al ejercicio del control y supervisión de la Administración

⁶⁹⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 313 y 314; y segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 74.

⁶⁹⁷ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 35.

⁶⁹⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 315-326.

⁶⁹⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 75-77; y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 49.

⁷⁰⁰ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 36.

tributaria para hacer observar las leyes y reglamentos fiscales argentinos (y la consiguiente diferencia de trato normativo) se manifiesta en sentido similar al que se manifiesta entre servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores a esos mismos fines.⁷⁰¹

7.541. Según Argentina, nada en el texto del Artículo XIV(c) del AGCS exige que un Miembro demandado invoque esa defensa por separado para cada alegación de violación formulada por el Miembro reclamante, y el grupo especial en *China – Partes de automóviles* no sugiere lo contrario. Argentina argumenta que la referencia hecha por Panamá a la diferencia *China – Partes de automóviles* se encuentra fuera de lugar porque en aquella diferencia el grupo especial procedió a evaluar, en sustancia, si China había demostrado que sus medidas eran necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos en el sentido de dicha disposición, a pesar de haber criticado la presentación colectiva de argumentos por parte de China.⁷⁰²

7.3.5.1.2 Panamá

7.542. Panamá argumenta que Argentina plantea una defensa conjunta en relación a una serie de medidas, sin justificar cada una de ellas individualmente. Panamá sostiene, en particular, que Argentina presenta una defensa única basada en el Artículo XIV(c)(i) del AGCS con respecto a las Medidas 1 a 4 y aduce que en su defensa colectiva Argentina ha combinado argumentos relativos a la violación del Artículo II:1 y del Artículo XVII del AGCS sobre algunas de las cuatro medidas tomadas en conjunto. Panamá alega que en *China – Partes de automóviles*, la presentación de una defensa conjunta con respecto a diferentes violaciones del derecho de la OMC motivó que el grupo especial cuestionara la validez de esa defensa. En el presente caso, Panamá considera que esta falta de claridad no sólo afecta a su capacidad para entender claramente la defensa de Argentina, sino también a la evaluación del Grupo Especial e incluso a la participación efectiva de los terceros.⁷⁰³

7.543. Según Panamá, Argentina no busca el cumplimiento de su derecho interno, sino más bien un objetivo de política internacional, a saber, la conclusión de la mayor cantidad de acuerdos de intercambio de información que incrementen las prerrogativas de la AFIP. A juicio de Panamá, Argentina utiliza su derecho interno como un instrumento de presión sobre los países no cooperadores. Panamá sostiene que al atacar las llamadas "prácticas fiscales nocivas" de los países no cooperadores, Argentina pretende que estos países se alineen con estándares dispuestos por Argentina en sus relaciones internacionales con otros países. Según Panamá, la exigencia de este tipo de "cumplimiento" no está cubierta por el Artículo XIV(c)(i) del AGCS.⁷⁰⁴

7.544. Panamá alega que, incluso si el propósito de las medidas fuera lograr la observancia de normas de derecho interno, Argentina no identifica la(s) obligación(es) específica(s) que supuestamente las medidas en cuestión buscan hacer cumplir y tampoco explica cómo las diversas medidas en cuestión han sido diseñadas como mecanismos de cumplimiento. Según Panamá, Argentina no enumera las situaciones de incumplimiento que conducen a la introducción de las medidas, ni describe qué tipo de prácticas o conductas ilícitas que violan el derecho nacional se busca mitigar con cada una de las medidas en cuestión. Panamá alega que Argentina no explica de qué manera el trato menos favorable en materia tributaria y administrativa puede conducir a un cumplimiento efectivo de su legislación.⁷⁰⁵

7.545. Panamá considera que existen mecanismos alternativos que permiten la observancia del derecho argentino de una manera menos restrictiva al comercio sin incurrir en la discriminación e incompatibilidades de las medidas en cuestión. Según Panamá, no existe razón por la que situaciones de fraude que involucran a contribuyentes argentinos difieran dependiendo de la localización de la contraparte. Panamá alega que los llamados acuerdos de intercambio de información podrían ser efectivos a la hora de adoptar medidas correctivas *ex post* pero para nada previenen el fraude de manera *ex ante*. A juicio de Panamá, intentar justificar medidas que

⁷⁰¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 345-351.

⁷⁰² Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 66-70 (donde se cita el informe del grupo especial, *China – Partes de automóviles*, párr. 7.285).

⁷⁰³ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 48 (donde se cita el informe del grupo especial, *China – Partes de automóviles*, párr. 7.287); y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.169-2.171 y 2.310-2.311.

⁷⁰⁴ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 49.

⁷⁰⁵ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párrs. 50 y 51.

persiguen la revelación de registros y cuentas individuales de carácter confidencial es contrario al espíritu del Artículo XIV(c)(ii) del AGCS, el cual persigue precisamente la protección de dicha información confidencial.⁷⁰⁶

7.546. Panamá argumenta que la explicación de Argentina en cuanto a cómo las medidas en cuestión logran la observancia de leyes y reglamentos que en sí mismos no son incompatibles con el AGCS es insuficiente y deficiente.⁷⁰⁷

7.547. En cuanto a la identificación de leyes o reglamentos no incompatibles con el AGCS, Panamá argumenta que, en su primera comunicación escrita, Argentina hace solamente una referencia general a la LIG y no cita ninguna disposición específica de la LIG. Según Panamá, esto significa que cualquier otro instrumento normativo distinto a la LIG está fuera de la consideración del Grupo Especial y Argentina no puede presentar nuevas pruebas con respecto a este asunto.⁷⁰⁸ Panamá alega que Argentina no demuestra que la LIG es una ley "relativa a la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas" en el sentido del Artículo XIV(c)(i) del AGCS. Panamá sostiene que la LIG establece el impuesto a las ganancias, y todos los componentes necesarios para la aplicación de este impuesto y, por lo tanto, no es una ley "relativa a la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas". Según Panamá, Argentina busca objetivos diversos de política fiscal o económica, o intenta seguir recomendaciones o consideraciones sugeridas en un estándar internacional; cosas que, según Panamá, no corresponden al propósito que protege el Artículo XIV(c)(i) del AGCS.⁷⁰⁹

7.548. Panamá argumenta que una mera referencia a una ley o reglamento es insuficiente. Según Panamá, Argentina debería haber identificado disposiciones u obligaciones específicas de la LIG sobre la prevención de prácticas que induzcan a error o que sean fraudulentas. Panamá aduce que no encuentra en la LIG ninguna disposición que se vincule a la prevención de prácticas que de alguna forma podrían parecerse a las prácticas que son objeto de la preocupación de Argentina (el llamado auto-préstamo, el envío e ingreso de fondos desde los países no cooperadores, la valoración de transacciones basada en precios de transferencia, o la imputación del gasto al momento del pago).⁷¹⁰ Panamá argumenta también que la disposición pertinente de la ley o reglamento cuya observancia busca alcanzarse con la medida no puede ser la misma norma que da objeto a la medida en cuestión, ya que llevaría a una justificación circular.⁷¹¹

7.549. En cuanto a las Medidas 1 a 4, Panamá expresó su oposición al intento de Argentina de subsanar, durante la segunda reunión del Grupo Especial, la invocación inadecuada que hizo del Artículo XIV(c)(i) del AGCS. Según Panamá, la inclusión de numerosas disposiciones, no sólo de la LIG, sino de otras normas argentinas e incluso de su Constitución Nacional, expande el alcance de su defensa y afecta a los derechos procesales de Panamá. Panamá aduce que Argentina ni siquiera ha explicado cómo las medidas en cuestión estarían encaminadas a lograr la observancia de todas y cada una de las nuevas disposiciones invocadas.⁷¹²

7.550. En cuanto a la Medida 7, Panamá argumenta que las meras afirmaciones de Argentina en cuanto a las leyes o reglamentos cuya observancia el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 busca cumplir no equivalen a una demostración.⁷¹³ Por lo que concierne a la Medida 8, Panamá argumenta que las normas y reglamentos domésticos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional del Miembro demandado no pueden ser normas internacionales. En consecuencia, el argumento de Argentina de que su medida es necesaria para lograr la observancia de estándares internacionales de transparencia no tiene asidero bajo el Artículo XIV(c)(i) del AGCS.⁷¹⁴

7.551. Panamá argumenta que Argentina no demuestra que la LIG es compatible con el AGCS. Panamá considera que la LIG es en sí misma incompatible con el AGCS, y en particular con los

⁷⁰⁶ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 52.

⁷⁰⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.178.

⁷⁰⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.179 y 2.180.

⁷⁰⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.181-2.184, 2.319-2.322, 2.326, 2.445-2.446, 2.449, 2.549, 2.552, 2.753, 2.800 y 2.802.

⁷¹⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.186-2.192, 2.323-2.324, 2.447, 2.550, 2.552 y 2.801.

⁷¹¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.551.

⁷¹² Declaración final de Panamá en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 5.

⁷¹³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.751 y 2.752.

⁷¹⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.800.

Artículos II y XVII como fluye de las múltiples alegaciones de Panamá.⁷¹⁵ Según Panamá, Argentina tampoco explica por qué los Artículos 118 de la Ley No. 19.550 de Sociedades Comerciales y 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005 son compatibles con el AGCS.⁷¹⁶ En cuanto a la Medida 8, Argentina no explica por qué la Ley No. 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo debe ser considerada compatible con el AGCS.⁷¹⁷

7.552. Panamá argumenta que Argentina no demuestra cómo las Medidas 1 a 4 logran la observancia de la LIG. Panamá aduce que, sin haber establecido la disposición en concreto de la LIG cuya observancia la medida en cuestión busca lograr, no se puede evaluar en qué grado la medida está destinada a lograr ese fin.⁷¹⁸ Según Panamá, Argentina no explica adecuadamente las circunstancias que condujeron a la introducción de la medida.⁷¹⁹ Panamá aduce que la preocupación de Argentina se centra en una situación muy particular para las Medidas 1 a 4 y que cada una de estas cuatro medidas tiene un alcance que desborda la preocupación en cuestión.⁷²⁰ En cuanto a las Medidas 7 y 8, Panamá alega que Argentina no presentó ningún argumento a efectos de demostrar que dichas medidas están destinadas a lograr la observancia de las leyes y reglamentos citados por Argentina.⁷²¹

7.553. En cuanto a las Medidas 1 a 4, Panamá argumenta que el grado de contribución de cada medida debería ser establecido en función del objetivo que se pretende alcanzar, a saber, la observancia de la LIG. Puesto que no se ha podido demostrar que las prácticas aludidas violen alguna disposición concreta de la LIG y, por lo tanto, no se ha establecido un objetivo específico de cumplimiento a lograr con las Medidas 1 a 4, no resulta posible evaluar la existencia de una contribución de dichas medidas con respecto a un objetivo de cumplimiento no identificado por Argentina. Panamá concluye, por lo tanto, que Argentina no ha podido establecer válidamente que las Medidas 1 a 4 contribuyen materialmente a un objetivo de cumplimiento de la LIG.⁷²²

7.554. Por lo que concierne a la Medida 7, Panamá recuerda que Argentina aduce que la discriminación en el registro de sucursales hace una contribución importante al cumplimiento de las leyes fiscales de Argentina, pero no explica cómo la solicitud de información adicional únicamente a las sociedades de países no cooperadores contribuye a lograr la observancia de los Artículos 118 de la LSC y 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005, que se aplican a todas las sociedades, independientemente de su origen. Argentina tampoco indica cómo contribuye la medida a asegurar que las filiales de sociedades procedentes de países cooperadores "tienen un propósito comercial legítimo" y no son "meros vehículos para operaciones simuladas".⁷²³ En cuanto a la Medida 8, Panamá alega que Argentina únicamente cita tres disposiciones de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo y no explica de qué manera la imposición del requisito de autorización previa del BCRA para la repatriación hacia países no cooperadores contribuye a lograr su observancia.⁷²⁴

7.555. En cuanto a las Medidas 1 a 4 y 7, Panamá aclara que no cuestiona el valor que Argentina da al interés de salvaguardar su sistema de recaudación de impuestos frente a los riesgos planteados por prácticas fiscales nocivas de jurisdicciones no cooperadoras. Sin embargo, Panamá considera que existen otros intereses de considerable importancia como el interés de que se respete el principio de legalidad en materia tributaria. Panamá aduce que, mientras que el interés de Argentina de recaudar tributos es de la máxima importancia, ese interés se debe interpretar conjuntamente con el interés del administrado, residente u operador económico argentino que confía en que las medidas del fisco se enmarquen en los parámetros de los principios de legalidad e igualdad tributaria. Según Panamá, la protección del ciudadano argentino y contribuyente se vuelve de la mayor importancia, especialmente teniendo en cuenta cuestionamientos de índole

⁷¹⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.197-2.198, 2.329, 2.451, y 2.554.

⁷¹⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.754.

⁷¹⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.802.

⁷¹⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.200-2.201, 2.330, 2.452 y 2.555.

⁷¹⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.330.

⁷²⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.204. Panamá presenta este mismo argumento con respecto de la Medida 2 (párr. 2.332), la Medida 3 (párr. 2.453) y la Medida 4 (párr. 2.556).

⁷²¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.755 y 2.802.

⁷²² Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.211, 2.337, 2.456 y 2.559.

⁷²³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.759.

⁷²⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.803.

penal a la utilización por parte de la AFIP de información privada.⁷²⁵ Panamá alega que, en cuanto a la Medida 8, Argentina no identifica el interés protegido.⁷²⁶

7.556. Panamá argumenta que las Medidas 1 a 4 tienen un impacto sobre transacciones que no son objeto de la preocupación de Argentina y, por lo tanto, dichas medidas van más allá de lo necesario para atender las preocupaciones de Argentina.⁷²⁷ Panamá añade que, en cuanto a la Medida 1, no tiene razón de ser el carácter irrefutable de la presunción cuando se puede demostrar que la transacción no es un "auto-préstamo" o se dio a un nivel *arm's length*.⁷²⁸ En cuanto a la Medida 7, Panamá alega que Argentina se limita a observar que el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 "no prohíbe el establecimiento de filiales de empresas organizadas en {} jurisdicciones no cooperadoras en Buenos Aires", como si ello ya demostrara por sí solo que la medida no es restrictiva. A juicio de Panamá, el que una prohibición sea una medida todavía más restrictiva que la reflejada en el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 no menoscaba el hecho de que la imposición de requisitos registrales adicionales a sociedades de países no cooperadores restringe y dificulta la capacidad de dichas sociedades de establecer presencia comercial en la ciudad de Buenos Aires.⁷²⁹ En cuanto a la Medida 8, Panamá argumenta que ningún tipo de evidencia acompaña las afirmaciones de Argentina de que la medida cambiaría es el medio menos restrictivo del comercio.⁷³⁰

7.557. Panamá argumenta, en relación a la Medida 1, que la retención discriminatoria no tendría por qué abarcar transacciones en las que existe certeza de que el tomador y el acreedor no son "la misma" persona, bajo criterios de "auto préstamo" claramente establecidos por la ley. Incluso en transacciones realizadas entre sujetos vinculados, no existe motivo para establecer la retención discriminatoria si se logra demostrar que las transacciones reflejan efectivamente condiciones reales de mercado. En tal sentido, a juicio de Panamá, la presunción no tendría por qué ser irrefutable. Panamá aduce que, en el caso de sujetos vinculados que no hubieran podido demostrar que las transacciones reflejan condiciones reales de mercado, Argentina tiene a su disposición el régimen de precios de transferencia al amparo del Artículo 15 de la LIG (excluyendo su párrafo segundo), y otras disposiciones pertinentes del RIG, que permitirían establecer precios semejantes a los de mercado.⁷³¹

7.558. Panamá argumenta, por lo que concierne a las Medidas 2, 3 y 4, que Argentina podría y debería adoptar una medida que vaya dirigida únicamente a paliar la inquietud concreta de Argentina, y no que despliegue efectos restrictivos sobre transacciones perfectamente lícitas que no se enmarcan dentro del supuesto que preocupa a Argentina.⁷³²

7.559. Panamá alega que existe una medida alternativa menos restrictiva a la Medida 7. Según Panamá, la propia Argentina aduce en su primera comunicación que "a las sociedades constituidas en jurisdicciones 'no cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal' se les exige la misma documentación [que a] aquellas constituidas en jurisdicciones cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal" y sostiene que el requisito previsto en el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 para las sociedades de países no cooperadores "es equivalente a las exigencias previstas en el artículo 188" de la Resolución IGJ No. 7/2005. Panamá sostiene que, si tal es el caso, el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 es totalmente superfluo. Según Panamá, eliminar dicha disposición discriminatoria, que se dirige únicamente a las sociedades de países no cooperadores sería una alternativa menos restrictiva y no prohibitivamente costosa.⁷³³

7.560. Panamá argumenta que, aun considerando que las Medidas 1 a 4, 7 y 8 pudieran ser justificadas provisionalmente al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS, dichas medidas se constituyen en un medio de discriminación arbitraria e injustificable entre países que están en condiciones similares a los fines de la transparencia fiscal e intercambio de información. Panamá

⁷²⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.222-2.225, 2.341-2.343, 2.461-2.462, 2.561, 2.760 y 2.761.

⁷²⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.803.

⁷²⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.218, 2.339-2.340, 2.458-2.460, y 2.560.

⁷²⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.219 y 2.220.

⁷²⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.758.

⁷³⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.803.

⁷³¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.226-2.228.

⁷³² Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.344, 2.463 y 2.562.

⁷³³ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 2.762 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 614 y 616).

alega que el trato más favorable que otorga Argentina se basa en la lista de países cooperadores con Argentina. Por exclusión, el trato menos favorable que concede Argentina se refiere a todas aquellas jurisdicciones que no están en esa lista, y que denomina como "no cooperadoras" para los mismos fines. Panamá observa que la distinción entre países sobre la base de la cooperación con Argentina es unilateral, discrecional y política; desconoce criterios trabajados en foros internacionales, prejuzga a determinados países, e ignora sus esfuerzos individuales encaminados hacia una mayor transparencia fiscal y cooperación en el intercambio de información.

7.561. Panamá responde al argumento de Argentina de que, al distinguir entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras, Argentina promueve la adopción universal de los estándares del Foro Global afirmando que, en realidad, Argentina ignora en parte las constataciones del Foro Global con respecto a la condición de diversos países en cuanto a la observancia de los estándares de transparencia fiscal e intercambio de información. Panamá sostiene, que, por ejemplo, Argentina excluye de la categoría de "países cooperadores" a jurisdicciones como Bahrein y Hong Kong (China), los cuales, a criterio del propio Foro Global, se encuentran en la misma situación que Argentina en lo que se refiere a transparencia fiscal e intercambio de información. Por otra parte, Argentina incluye en la lista de "países cooperadores" a jurisdicciones que, a criterio del Foro Global, no cumplen aún con los estándares básicos de esta institución a ese respecto.

7.562. Según Panamá, el criterio para ser considerado país cooperador relativo al inicio de las negociaciones con Argentina con miras a alcanzar un acuerdo de intercambio de información está desvinculado de la existencia de condiciones efectivas en el otro país que faciliten la transparencia y el intercambio de información con Argentina. Según Panamá, el deseo de negociar no implica que el país en cuestión cuente con un marco legal administrativo, tributario, bancario, y de protección de la información confidencial, que permita una posible cooperación.

7.563. Panamá enfatiza la arbitrariedad que, a su juicio, supone el criterio de inicio de las negociaciones afirmando que la apertura de estas negociaciones está supeditada a la discreción de Argentina y que no existe un procedimiento establecido en su reglamentación que permita a aquellos países no cooperadores iniciar negociaciones con miras a su inclusión en la lista de países cooperadores. Panamá señala, asimismo, que la reglamentación tampoco establece con qué periodicidad se actualizará la lista.⁷³⁴

7.564. Panamá argumenta también que, incluso si la restricción estuviera provisionalmente justificada en virtud del Artículo XIV(c)(i) del AGCS, las Medidas 1 a 4 constituyen una restricción encubierta al comercio de servicios porque tienen un alcance más amplio que el relativo a la preocupación que da origen a la medida.⁷³⁵

7.565. Asimismo, Panamá argumenta que, incluso si el Grupo Especial concluyera que la Medida 8 está provisionalmente justificada al amparo del Artículo XIV(c)(i) del AGCS, Argentina no ha logrado demostrar que la medida se aplica de conformidad con el *chapeau* de dicho artículo. Panamá quiere destacar que, en su primera comunicación escrita, Argentina no presentó ningún argumento relativo al *chapeau* del Artículo XIV en relación a la medida concerniente a la repatriación de inversiones. Panamá alega que, en cualquier caso, a su juicio, la medida argentina relativa a la repatriación de inversiones se aplica en forma que "constituy[e] un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevale[cen] condiciones similares", de manera incompatible con el *chapeau* del Artículo XIV(c)(i) del AGCS.

7.566. Panamá comparte la inquietud expresada por la Unión Europea en cuanto a la discrecionalidad con la que Argentina designa a los países como "cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" y considera que esto permite cuestionarse si las medidas argentinas realmente se aplican de conformidad con el *chapeau* del Artículo XIV(c)(i) del AGCS. Panamá alega que el "efectivo intercambio de información" al que se refiere Argentina puede no darse incluso cuando los proveedores de servicios proceden de países cooperadores ya que el mero inicio de negociaciones con Argentina no garantiza que existan los instrumentos necesarios para asegurar la efectiva obtención de información. Panamá sostiene que la propia Argentina ha reconocido que considera cooperadores a 18 países con los que ha iniciado negociaciones y para los cuales no hay ningún convenio de intercambio de información en vigor.

⁷³⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.230-2.236, 2.345, 2.464, 2.563, y 2.764.

⁷³⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.237, 2.346, 2.465, y 2.564.

7.567. Según Panamá, la Medida 8 impone el requisito de contar con la conformidad previa del BCRA a sociedades que provienen de países no cooperadores (como, por ejemplo, Egipto u Omán), con los cuales el intercambio efectivo de información es tan nulo como con países considerados cooperadores con los cuales Argentina todavía no ha firmado ningún acuerdo que garantice dicho intercambio (como, por ejemplo, El Salvador, Filipinas u Honduras). Panamá señala que Argentina no es coherente a la hora de elaborar su lista ya que países que no han iniciado negociaciones con Argentina se encuentran incluidos en la lista de países cooperadores (siendo éste el caso de Panamá), mientras que países que supuestamente ya han iniciado negociaciones con Argentina seguirán siendo considerados no cooperadores a la espera de que Argentina actualice su lista (como, por ejemplo, Chipre o Hong Kong (China)).⁷³⁶

7.3.5.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.3.5.2.1 Introducción

7.568. La cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial es si, como alega Argentina, la Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados), la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia), la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos), la Medida 7 (requisitos para el registro de sucursales) y la Medida 8 (requisito de autorización cambiaria) están amparadas bajo la excepción del Artículo XIV(c) del AGCS, incluyendo su inciso (i).⁷³⁷ En respuesta, Panamá no sólo objeta tal amparo sino también la validez de la presunta presentación "colectiva" o "conjunta" de la defensa de Argentina bajo el Artículo XIV(c) del AGCS con respecto a las seis medidas.

7.569. Comenzamos por examinar dos cuestiones preliminares relativas a la defensa presentada por Argentina bajo el Artículo XIV(c) del AGCS.

7.3.5.2.2 Cuestiones preliminares relativas a la defensa presentada por Argentina

7.3.5.2.2.1 La cuestión de si la manera en que Argentina articula su defensa al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS es admisible

7.570. Panamá nos pide que rechacemos la defensa de Argentina bajo el Artículo XIV(c) del AGCS por haber sido presentada de manera "conjunta" o "colectiva" respecto de las seis medidas correspondientes "sin esforzarse [en] justificar cada una de ellas individualmente".⁷³⁸ Panamá alega que, ante una situación similar en la que el demandado había presentado una defensa general con respecto a diferentes violaciones del derecho de la OMC, el grupo especial en *China – Partes de automóviles* observó que "[n]o incumb[ía] al Grupo Especial presentar o suponer análisis o argumentos específicos sobre una alegación formulada por una parte en la diferencia". Panamá nos insta a seguir el mismo razonamiento del grupo especial en *China – Partes de automóviles* y sostiene que, por la generalidad y falta de precisión, deberíamos desestimar la defensa de Argentina bajo el Artículo XIV(c) del AGCS. Según Panamá, una evaluación objetiva del asunto al amparo del Artículo 11 del ESD implica en este caso abstenerse de "suponer análisis o argumentos específicos" que Argentina no planteó. Panamá argumenta que ante la incertidumbre de su argumentación colectiva y teniendo presente que Argentina tiene la carga de demostrar el mérito de la justificación que pretende, no tenemos más opción que constatar que las medidas en cuestión no pueden ser justificadas en el marco del Artículo XIV(c) del AGCS.⁷³⁹

7.571. Argentina responde que la referencia de Panamá a *China – Partes de automóviles* está fuera de lugar porque, a pesar de la crítica sobre la manera en que China presentó sus argumentos, el grupo especial en esa diferencia procedió a evaluar, en sustancia, si China había demostrado que sus medidas cumplían con los requisitos del Artículo XX(d) del GATT de 1994. Además, explica Argentina, las críticas del grupo especial a China en esa diferencia se debieron

⁷³⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.805-2.808.

⁷³⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 244 y 328; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 29.

⁷³⁸ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 48.

⁷³⁹ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 48; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.170-2.171, 2.311-2.312, 2.439, 2.544, y 2.749 (donde se cita el informe del grupo especial, *China – Partes de automóviles*, párr. 7.287).

exclusivamente al hecho de que las medidas subyacentes con las cuales China supuestamente aseguraba el cumplimiento eran diferentes dependiendo de si el grupo especial encontraba una violación del Artículo II o del Artículo III del GATT de 1994. Argentina argumenta que, por el contrario, en la presente diferencia las medidas con las que asegura el cumplimiento de sus leyes y reglamentos son las mismas, independientemente de si el Grupo Especial llegase a constatar una violación del Artículo II:1 o del Artículo XVII del AGCS. Argentina sostiene que nada en el texto del Artículo XIV(c) exige que un Miembro demandado invoque esa defensa por separado para cada alegación de violación formulada por el Miembro reclamante, y el grupo especial en *China – Partes de automóviles* no sugiere lo contrario. Para Argentina, esto significa que el argumento de Panamá carece de méritos, y nos insta a rechazar la objeción de Panamá.⁷⁴⁰

7.572. Asimismo, Argentina mantiene que la crítica de Panamá se refiere exclusivamente a la manera en que Argentina decidió enmarcar sus argumentos, y que, por lo tanto, Panamá se equivoca al afirmar que Argentina invoca una defensa colectiva para las medidas justificadas bajo el Artículo XIV(c) del AGCS. Argentina explica que, con miras a evitar repeticiones innecesarias y en aras de la eficiencia del Grupo Especial y los recursos de la Secretaría, Argentina se abstuvo de repetir los argumentos para cada uno de los elementos del test de "sopesar y confrontar" cuando eran comunes a todas las medidas. Según Argentina, esto es también cierto para el elemento referido a la importancia de los intereses, o para el análisis en el marco del *chapeau* del Artículo XIV, por ejemplo. Argentina sostiene que cada vez que los argumentos eran diferentes, Argentina estableció por separado y para cada medida individualmente los elementos relevantes del test.⁷⁴¹

7.573. Por consiguiente, debemos ocuparnos, de manera preliminar de si, tal como propone Panamá, debemos desestimar la defensa de Argentina bajo el Artículo XIV(c) del AGCS debido a la manera en que ha sido presentada. Comenzamos precisamente por examinar la manera en que Argentina ha presentado su defensa.

7.574. Observamos que, en su primera comunicación escrita, Argentina estructura sus argumentos dividiéndolos en dos grupos: por un lado, Argentina desarrolla argumentos para cinco de las seis medidas defendidas al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS (Medidas 1, 2, 3, 4 y 7) y, por el otro, Argentina desarrolla sus argumentos de forma separada para la Medida 8. En cuanto a las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7, si bien Argentina discute ciertos elementos de forma conjunta, también desarrolla argumentos separados para cada medida. Por ejemplo, en su primera comunicación escrita, Argentina discute de forma separada la contribución de cada medida a sus objetivos legítimos⁷⁴² así como los aspectos de restricción al comercio.⁷⁴³ Asimismo, Argentina distingue en función de la disposición alegada por Panamá, es decir, los argumentos desarrollados bajo el Artículo XIV(c) parecen sólo concernir, en un primer momento, a las alegaciones relativas al Artículo II:1 del AGCS. Luego, en una sección posterior de su comunicación escrita, Argentina extiende toda la argumentación desarrollada anteriormente en relación al Artículo XIV(c) del AGCS a las alegaciones relativas al Artículo XVII del AGCS, las cuales conciernen sólo las Medidas 2, 3 y 4. En su segunda comunicación escrita, Argentina trata las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 de forma conjunta, salvo por lo que concierne a los argumentos de Argentina en cuanto a las leyes o reglamentos cuya observancia se busca lograr, donde Argentina proporciona una explicación separada para cada medida. Argentina explica también que las medidas con las que asegura el cumplimiento de sus leyes y reglamentos son las mismas, independientemente de si el Grupo Especial llegase a constatar una violación del Artículo II:1 o del Artículo XVII del AGCS.

7.575. Por lo tanto, no coincidimos con Panamá en que Argentina ha presentado una defensa "colectiva" o "conjunta" para las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 "sin esforzarse [en] justificar cada una de ellas individualmente". Quizás Argentina podría haber presentado sus argumentos al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS de forma diferente pero ello no significa que esté obligada a seguir el mismo enfoque elegido por Panamá. Recordamos que Panamá organizó sus argumentos en sus comunicaciones escritas medida por medida, es decir, un análisis de todas las alegaciones y defensas pertinentes bajo el AGCS (y el GATT de 1994) presentadas en relación a una sola medida

⁷⁴⁰ Segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 66-70 (donde se cita el informe del grupo especial, *China – Partes de automóviles*, párr. 7.285).

⁷⁴¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 79, párrs. 1 y 2. Argentina se refiere en particular a los párrafos 278-286 y 297-304 de su primera comunicación escrita, donde expone para cada medida su contribución al objetivo perseguido y su nivel de restricción del comercio.

⁷⁴² Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 278-286.

⁷⁴³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 297-304.

en litigio. Tal como hemos observado anteriormente⁷⁴⁴, esta forma de organizar su argumentación lleva a Panamá a repetir una y otra vez los mismos argumentos en distintas secciones de su segunda comunicación escrita. Esto es así precisamente porque, tal y como sostiene Argentina, existen numerosos elementos comunes a varias de las medidas.

7.576. En todo caso, aunque la defensa presentada por Argentina pudiera ser calificada de "conjunta" o "colectiva", hacemos notar que tanto en *China – Partes de automóviles*⁷⁴⁵ como en *Colombia – Puertos de entrada*⁷⁴⁶, dos diferencias en las que los demandados presentaron su defensa para varias medidas de forma conjunta, los grupos especiales procedieron a evaluar dicha defensa a pesar de sus críticas o reservas al respecto. Por lo tanto, asumiendo que Argentina hubiese presentado una defensa "colectiva", *quod non*, el Grupo Especial considera que, contrariamente a lo alegado por Panamá, no sería una razón suficiente para desestimar de antemano la defensa de Argentina.

7.577. A tenor de lo anterior, procedemos a examinar la defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(c) del AGCS con respecto a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8. Cuando existan elementos comunes a las medidas en litigio concernidas, examinaremos estos elementos de forma conjunta.

7.3.5.2.2.2 La cuestión de si la defensa de Argentina está limitada a las leyes y reglamentos mencionados en el inciso (i) del Artículo XIV(c) del AGCS

7.578. La segunda cuestión preliminar que debemos examinar es si la defensa presentada por Argentina está limitada a los tipos de leyes y reglamentos abarcados por el inciso (i) del Artículo XIV(c) del AGCS.

7.579. Panamá presenta una objeción de carácter general haciendo referencia a la invocación por Argentina del inciso (i) del Artículo XIV(c) del AGCS. En este sentido, Panamá sostiene que Argentina debe ser coherente con esa opción y referirse únicamente al logro de la observancia de leyes y reglamentos relativos a la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o a los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios.⁷⁴⁷

7.580. Argentina discrepa de Panamá y argumenta que no está obligada a acreditar de manera separada que las medidas en cuestión se refieren a "la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas" bajo el inciso (i) del Artículo XIV(c) del AGCS. Esto se debe, según Argentina, a que la lista de medidas enumeradas en los incisos (i) a (iii) del Artículo XIV(c) es ilustrativa, y no exhaustiva. Por lo tanto, cualquier medida destinada a lograr la observancia de

⁷⁴⁴ Véase el párr. 7.66 *supra*.

⁷⁴⁵ En *China – Partes de automóviles*, el grupo especial observó que China, en su justificación de las medidas al amparo del Artículo XX(d) del GATT de 1994, no había distinguido inicialmente si dicha justificación se refería a una posible constatación de incompatibilidad con el Artículo III o con el Artículo II del GATT de 1994. Tras la segunda reunión sustantiva, y contestando una pregunta del grupo especial, China modificó su posición y aclaró que el análisis en el marco del Artículo XX(d) debía ser distinto en función de si se constataba una infracción del Artículo III o del Artículo II del GATT de 1994. El grupo especial, observando que China no había distinguido sus argumentos al amparo del Artículo XX(d) relacionados con la posible infracción del artículo III, de los relativos al Artículo II hasta que el grupo especial le pidió concretamente que lo hiciera, puso en tela de juicio "desde el principio la validez de la defensa presentada por China" al amparo del Artículo XX(d). El grupo especial estimó, sin embargo, que no le "incumb[ía] ... presentar o suponer análisis o argumentos específicos sobre una alegación formulada por una parte en la diferencia", y, por lo tanto, procedió a examinar la defensa de China. Véase el informe del grupo especial, *China – Partes de automóviles*, párrs. 7.283-7.287.

⁷⁴⁶ En *Colombia – Puertos de entrada*, el grupo especial observó que el demandado había presentado una "defensa general" al amparo del Artículo XX(d) del GATT de 1994, en el sentido de que Colombia se refirió colectivamente a varias prescripciones de la medida relativa a los puertos de entrada que constituían el fundamento de las alegaciones de Panamá al amparo de varias disposiciones del GATT de 1994. El grupo especial observó que Colombia no había presentado pruebas demostrando de qué modo cada una de las prescripciones en litigio, "en cuanto que objeto de una alegación separada, [era] individualmente necesaria para lograr la observancia". Teniendo en cuenta el enfoque decidido por Colombia al presentar su defensa, el grupo especial decidió que "abordar[ía] la defensa global de que la medida relativa a los puertos de entrada está justificada porque es necesaria para lograr la observancia de las leyes o reglamentos pertinentes examinando colectivamente las prescripciones establecidas en la medida relativa a los puertos de entrada y sin tratar de evaluar la contribución individual de cada una de esas prescripciones". Véase el informe del grupo especial, *Colombia – Puertos de entrada*, párrs. 7.502-7.508.

⁷⁴⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.153, 2.180, 2.320-2.322, 2.445, 2.549 y 2.753.

leyes y reglamentos compatibles con el AGCS puede ser justificada en virtud del Artículo XIV(c), independientemente de si se encuentra o no abarcada por los apartados (i) a (iii). Argentina aduce que el Artículo XIV no contiene limitación alguna *a priori* con respecto a los tipos de "leyes y reglamentos" compatibles con el AGCS cuya observancia se busca lograr.⁷⁴⁸

7.581. El Grupo Especial observa que Argentina no parece argumentar que las leyes y reglamentos pertinentes estén exclusivamente dedicados a "la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas...". Por ejemplo, en su primera comunicación escrita, Argentina explica que sus medidas fiscales defensivas "se han puesto en marcha para 'lograr la observancia' de sus propias leyes y reglamentos con la imposición de impuestos, *incluida* la prevención de las 'prácticas engañosas y fraudulentas'".⁷⁴⁹ Igualmente, en sus comunicaciones ulteriores al Grupo Especial, Argentina no se refirió más al inciso (i), sino que encauzó sus argumentos sobre el apartado (c) del Artículo XIV de manera general.⁷⁵⁰

7.582. De todas formas, concurrimos con el grupo especial en *Estados Unidos – Juegos de azar* en que el apartado (c) del Artículo XIV contiene una lista ilustrativa de las leyes y reglamentos "que no sean incompatibles con las disposiciones" del AGCS. Bajo tal premisa, este grupo especial consideró que pueden utilizarse leyes y reglamentos distintos de los incluidos en los incisos (i) a (iii) para justificar una medida incompatible con las disposiciones del AGCS al amparo del apartado (c) siempre que esas otras leyes y reglamentos no sean incompatibles con las disposiciones del AGCS.⁷⁵¹ Cabe destacar que el Órgano de Apelación llegó a una conclusión parecida en cuanto a la lista contenida en el Artículo XX(d) del GATT de 1994.⁷⁵²

7.583. Por lo tanto, el Grupo Especial está de acuerdo con Argentina en que el Artículo XIV(c) "no contiene limitación alguna *a priori* con respecto a los tipos de 'leyes y reglamentos' compatibles con el [AGCS] cuya aplicación un Miembro podrá buscar hacer cumplir".⁷⁵³ Por lo tanto, el Grupo Especial no evaluará si Argentina ha demostrado que las "leyes o reglamentos" pertinentes guardan relación con "la prevención de prácticas que induzcan a error o prácticas fraudulentas", siempre que el Grupo Especial considere que Argentina ha demostrado que las medidas pertinentes logran la observancia de las leyes y reglamentos que no son incompatibles con las disposiciones del AGCS.

7.3.5.2.3 La disposición jurídica pertinente

7.584. La parte relevante del Artículo XIV(c) 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:

⁷⁴⁸ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 29.

⁷⁴⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 262 (las cursivas no figuran en el original).

⁷⁵⁰ Declaración inicial de Argentina en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 41; segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 66-78; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrs. 24-36.

⁷⁵¹ Informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 6.540.

⁷⁵² Informe del Órgano de Apelación, *México – Impuestos sobre los refrescos*, párr. 70.

⁷⁵³ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 29.

- 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) ...
- [...]

7.585. En *Estados Unidos – Juegos de Azar*, el Órgano de Apelación elaboró sobre la analogía existente entre el Artículo XIV del AGCS y el Artículo XX del GATT de 1994 y explicó que el primero estipula las excepciones generales bajo el AGCS de manera parecida a como lo hace el segundo bajo el GATT de 1994. El Órgano de Apelación concluyó que sus decisiones anteriores bajo el Artículo XX del GATT de 1994 son relevantes para el análisis del Artículo XIV del AGCS:

El artículo XIV del AGCS establece las excepciones generales de las obligaciones previstas en ese Acuerdo de la misma manera que lo hace el artículo XX del GATT de 1994. Estas dos disposiciones afirman el derecho de los Miembros de procurar los objetivos 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, siempre y cuando se cumplan todas las condiciones establecidas en ellas. En las dos disposiciones se utiliza una redacción similar, en particular el término "necesarias" y las prescripciones establecidas en sus respectivos preámbulos. Por consiguiente, al igual que el Grupo Especial, consideramos que las decisiones adoptadas anteriormente en virtud del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes para nuestro análisis en virtud del artículo XIV del AGCS.⁷⁵⁴

7.586. La analogía entre ambas disposiciones llevó al Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Juegos de Azar* a emplear en su examen del Artículo XIV del AGCS el mismo "doble análisis" que ya había consagrado en relación al Artículo XX del GATT de 1994. De esta forma, el Artículo XIV del AGCS prevé un análisis en dos pasos: (i) en primer lugar, el grupo especial debe determinar si la medida cae dentro del ámbito de uno de los apartados del Artículo XIV del AGCS; y (ii) una vez se constate que la medida en litigio está justificada bajo uno de los apartados del Artículo XIV del AGCS, el grupo especial debe analizar si tal medida satisface los requisitos establecidos en la cláusula introductoria o *chapeau* del Artículo XIV del AGCS.⁷⁵⁵

7.587. En consecuencia, examinaremos, en primer lugar, si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 se justifican provisionalmente con arreglo al apartado (c) del Artículo XIV, es decir, si son "necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos" de Argentina "que no sean incompatibles con las disposiciones del [AGCS]". Únicamente si constatamos que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 se justifican provisionalmente bajo el apartado (c) del Artículo XIV, procederemos a examinar si esas medidas cumplen los requisitos del *chapeau* del Artículo XIV, es decir, si [no] "se apli[ca]n 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".

7.588. Para llevar a cabo este examen, tenemos en cuenta las consideraciones del Órgano de Apelación en *CE – Productos derivados de las focas* según el cual las excepciones generales (en ese caso, del Artículo XX del GATT de 1994) se aplican a "medidas" que deben ser analizadas en el marco de los apartados y el *chapeau*, y no a ninguna incompatibilidad con el GATT de 1994 que pueda derivarse de esas medidas. En referencia a su informe en *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, el Órgano de Apelación observó que el análisis de la defensa del Artículo XX(d) en ese caso debía centrarse en las "diferencias en la reglamentación de las importaciones y de los productos nacionales similares" que dan lugar a la constatación de existencia de trato menos favorable a tenor del Artículo III:4 del GATT de 1994. El Órgano de Apelación concluyó que los aspectos de la medida que deben justificarse al amparo de los apartados del Artículo XX son aquellos que dan

⁷⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de Azar*, párr. 291 (no se reproducen las notas de pie de página).

⁷⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de Azar*, párr. 292 (donde se hace referencia a sus informes en *Estados Unidos – Camarones*, párr. 147 y *Estados Unidos – Gasolina*, págs. 20-21 y 25).

lugar a la constatación de incompatibilidad en el marco del GATT de 1994.⁷⁵⁶ Esta misma conclusión podría aplicarse a nuestro análisis en virtud del Artículo XIV(c) del AGCS. Por lo tanto, nuestro análisis de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 bajo el Artículo XIV(c) del AGCS se centrará en los aspectos de las medidas que han dado lugar a las constataciones de incompatibilidad con el Artículo II:1 del AGCS. En particular, estos aspectos se refieren al diseño y funcionamiento de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 en virtud del Decreto No. 589/2013.

7.3.5.2.4 La cuestión de si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 caen bajo el apartado (c) del Artículo XIV del AGCS

7.3.5.2.4.1 El criterio jurídico bajo el apartado (c) del Artículo XIV del AGCS

7.589. Observamos que una parte del enunciado del Artículo XIV(c) del AGCS ("necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo") es muy similar al del Artículo XX(d) del GATT de 1994, que dispone lo siguiente:

Artículo XX

Excepciones Generales

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

[...]

d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error.

7.590. En vista de la redacción similar del Artículo XIV(c) del AGCS y del Artículo XX(d) del GATT de 1994, y teniendo presentes las conclusiones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Juegos de Azar* según las cuales las decisiones adoptadas anteriormente en virtud del Artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes para el análisis del Artículo XIV del AGCS⁷⁵⁷, nos guiaremos por dichas decisiones cuando sean pertinentes para nuestro análisis.

⁷⁵⁶ El Órgano de Apelación razonó como sigue:

Empezamos señalando que las excepciones generales del artículo XX se aplican a "medidas" que deben ser analizadas en el marco de los apartados y la cláusula introductoria, no a ninguna incompatibilidad con el GATT de 1994 que pueda derivarse de esas medidas. En *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación aclaró que no son las conclusiones jurídicas de incompatibilidad con el GATT formuladas por un grupo especial las que deben justificarse al amparo del artículo XX, sino las disposiciones de una medida que infringen el GATT de 1994. Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.185 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, págs. 15 y 16).

En *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, el Órgano de Apelación observó que el análisis de la defensa del apartado (d) del Artículo XX en ese caso debía centrarse en las "diferencias en la reglamentación de las importaciones y de los productos nacionales similares" que dan lugar a la constatación de existencia de trato menos favorable a tenor del Artículo III:4. Así pues, los aspectos de la medida que deben justificarse 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. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 177.

⁷⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de Azar*, párr. 291 (no se reproducen las notas de pie de página).

7.591. Al respecto, hacemos notar que en *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación enunció el criterio jurídico a seguir bajo el Artículo XX(d) del GATT de 1994:

Para que una medida ... se justifique provisionalmente al amparo del apartado d) del artículo XX, deben demostrarse dos elementos. Primero, la medida debe estar [diseñada para]⁷⁵⁸ "lograr la observancia" de leyes o reglamentos que no sean en sí incompatibles con alguna disposición del GATT de 1994. Segundo, la medida debe ser "necesaria" para lograr esa observancia. Un Miembro que invoque el apartado d) del artículo XX como justificación tiene la carga de demostrar que se cumplen esos dos requisitos.⁷⁵⁹

7.592. Concurrimos con el grupo especial en *Estados Unidos – Juegos de azar*⁷⁶⁰ en que el criterio jurídico enunciado por el Órgano de Apelación en *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* es pertinente para nuestro análisis de la defensa de Argentina bajo el Artículo XIV(c) del AGCS.

7.593. Por lo tanto, para justificar con éxito sus medidas al amparo del apartado (c) del Artículo XIV, 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.

7.594. Comenzamos examinando el primer elemento del criterio jurídico.

(a) Primer elemento: Si las medidas están diseñadas para lograr la observancia de leyes o reglamentos que no son en sí mismos incompatibles con el AGCS

7.595. Al examinar si una medida está diseñada para lograr la observancia de leyes y reglamentos en el sentido del Artículo XX(d) del GATT de 1994, grupos especiales anteriores consideraron que el 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 que (ii) 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.⁷⁶¹

7.596. Seguiremos el enfoque de los grupos especiales anteriores adaptándolo, cuando sea pertinente, al enunciado del Artículo XIV(c) del AGCS. Comenzamos por examinar si Argentina ha identificado debidamente las leyes y reglamentos pertinentes a los efectos de su defensa bajo el Artículo XIV(c) del AGCS.

(i) Si Argentina ha identificado las leyes o reglamentos cuya observancia las medidas impugnadas tienen por objeto lograr en el sentido del apartado (c) del Artículo XIV

7.597. En su primera comunicación escrita, Argentina explica que las Medidas 1, 2, 3 y 4 se encuentran diseñadas para asegurar el cumplimiento de la Ley de Impuestos a las Ganancias (LIG), "conforme [a la] cual se determina el ingreso sujeto a impuestos en Argentina".⁷⁶² Durante la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, Argentina especificó que las Medidas 1 a 4 se encuentran diseñadas para asegurar el cumplimiento de los Artículos 1, 2, 5, 17, 80, 91, 92, 127,

⁷⁵⁸ El Grupo Especial hace notar que el texto original en inglés del informe del Órgano de Apelación utiliza los términos "designed to 'secure compliance'". A nuestro parecer, los términos "diseñada para" se aproximan más al original en inglés que los términos "destinada a" utilizados en la traducción oficial. Observamos que las partes usan ambos términos indistintamente ("diseñada para" y "destinada a").

⁷⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 157. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 177.

⁷⁶⁰ Informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrs. 6.536 y 6.537 y nota de pie de página 990.

⁷⁶¹ Informes de los grupos especiales, *Colombia – Puertos de entrada*, párr. 7.514; y *Estados Unidos – Camarones (Tailandia)*, párr. 7.174. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 157.

⁷⁶² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 264. Véanse también la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 265; y la segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 71.

129 y 130 de la LIG, los cuales "operan en un marco regulatorio en el que se inscribe esta ley y su reglamentación, cuya administración y aplicación se vincula necesariamente con el conjunto normativo que integra junto a la Ley de Procedimiento Tributario (en particular sus artículos 33, 38, 39, 45 y 46) y la Ley Penal Tributaria (en particular sus artículos 1, 2 y 6) y que se basa en los principios constitucionales receptados en los artículos 4, 16, 17 y 75 (párrafo 2do.) de la Constitución Nacional de la República Argentina".⁷⁶³ Asimismo, Argentina sostiene que la Medida 7 asegura el cumplimiento del Artículo 118.3 de la Ley No. 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC) y del Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005.⁷⁶⁴ En cuanto a la Medida 8, Argentina afirma que asegura el cumplimiento con la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, en particular los Artículos 20, 20 bis y 21 de dicha Ley.⁷⁶⁵

7.598. Panamá objeta la manera en que Argentina ha buscado identificar las leyes y reglamentos pertinentes a los efectos de su defensa bajo el Artículo XIV(c) del AGCS. En un primer momento, Panamá argumenta que una mera referencia a una ley o reglamento, o incluso a un capítulo de esa ley o reglamento es insuficiente, lo que debería llevar a un grupo especial a concluir que el demandado erró en la demostración de su defensa. Según Panamá, Argentina debió haber identificado disposiciones u obligaciones específicas de la LIG sobre la prevención de prácticas que induzcan a error o que sean fraudulentas.⁷⁶⁶ En cuanto a la Medida 7, Panamá argumenta que las meras afirmaciones de Argentina en cuanto a las leyes o reglamentos cuya observancia el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 busca lograr no equivale a una demostración.⁷⁶⁷ Por lo que concierne a la Medida 8, Panamá argumenta que las normas y reglamentos domésticos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional del Miembro demandado no pueden ser normas internacionales. Por lo tanto, el argumento de que la medida es necesaria para lograr la observancia de estándares internacionales de transparencia no se sustenta bajo el Artículo XIV(c) del AGCS.⁷⁶⁸

7.599. Asimismo, Panamá objeta la inclusión de numerosas disposiciones, no sólo de la LIG, sino de otras normas argentinas e incluso de su Constitución Nacional, durante la segunda reunión del Grupo Especial porque, a su parecer, expande el alcance de la defensa de Argentina y afecta a los derechos procesales de Panamá. Panamá también aduce que Argentina no ha explicado cómo las medidas en cuestión estarían encaminadas a lograr la observancia de todas y cada una de las nuevas disposiciones invocadas en la declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial.⁷⁶⁹

7.600. Antes de entrar a examinar si Argentina identificó las leyes y reglamentos pertinentes a los efectos de su defensa bajo el Artículo XIV(c) del AGCS, responderemos a la objeción de Panamá sobre la identificación tardía por parte de Argentina de las disposiciones específicas de los instrumentos referidos anteriormente y la inclusión de nuevos instrumentos; y en qué medida eso afecta a sus derechos procesales.

⁷⁶³ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 26.

⁷⁶⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 266; segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 72; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 27.

⁷⁶⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 334-337; segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 72; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 27.

⁷⁶⁶ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 50; segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.186 y 2.187. Panamá se refiere al informe de Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 179 y nota de pie de página 271. Panamá repite este mismo argumento en relación con la Medida 2 (párr. 2.323), la Medida 3 (párr. 2.447), la Medida 4 (párr. 2.550) y la Medida 8 (párr. 2.801).

⁷⁶⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.752.

⁷⁶⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.800.

⁷⁶⁹ Declaración final de Panamá en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 5. Véanse también las observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 82. En dichas observaciones, Panamá alega que los argumentos que plantea Argentina en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 82 son "extemporáneo[s]". Según Panamá, "las referencias a estas alturas del procedimiento a otras normas del derecho argentino [es decir, otro que la LIG] privan a Panamá y a los terceros, de ejercer debidamente la defensa de su posición". Panamá aduce también que la improcedencia que reviste el pedido de Argentina se hace aún más evidente por el hecho de que Argentina no ha presentado pruebas sobre el texto de las diversas normas que Argentina invoca en esta etapa.

7.601. Como hemos apuntado anteriormente, el debido proceso es una característica esencial del sistema de solución de diferencias de la OMC.⁷⁷⁰ A nuestro juicio, el hecho de que Argentina se refiera a nuevos instrumentos y disposiciones específicas de los instrumentos identificados como "leyes o reglamentos" pertinentes durante la segunda reunión no es extemporáneo, aunque hubiese sido deseable que Argentina lo hubiera hecho más temprano en el procedimiento. Consideramos que una parte reclamante no puede esperar que la parte demandada que invoca una excepción presente toda su defensa en su primera comunicación escrita. Si bien la parte demandada debe esforzarse por presentar su defensa de la manera más completa posible, esta parte debe también tener la oportunidad de reaccionar a la réplica que la parte reclamante presenta en su segunda comunicación escrita y durante la segunda reunión. Considerando que en los procedimientos de los grupos especiales en la OMC las partes presentan sus segundas comunicaciones escritas simultáneamente, la segunda reunión del grupo especial con las partes representa la primera oportunidad que la parte demandada tiene para contestar la réplica de la parte reclamante.

7.602. Ello se une a la oportunidad de responder a los argumentos de Argentina y a sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial. Precisamente, en su declaración inicial en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, Panamá argumenta que Argentina "no identifica la obligación u obligaciones específicas que supuestamente las medidas en cuestión buscan hacer cumplir". Panamá desarrolla este argumento en su segunda comunicación escrita, criticando a Argentina, *inter alia*, por haber hecho una mera referencia a la LIG, sin especificar las disposiciones relevantes.⁷⁷¹ Panamá argumenta también que Argentina se refiere únicamente a la LIG y no hace referencia a ninguna otra ley o reglamento de derecho argentino.⁷⁷²

7.603. El Grupo Especial considera, por lo tanto, que, al especificar disposiciones de la LIG y citar otros instrumentos durante la segunda reunión, Argentina estaba contestando argumentos de Panamá. Uno de los propósitos de la segunda reunión es precisamente responder a los argumentos contenidos en la segunda comunicación escrita de la otra parte. El Grupo Especial considera también que Panamá tuvo la posibilidad de defender su posición y responder a los argumentos de Argentina en cuanto a la LIG, la LPT, la Ley Penal Tributaria y la Constitución Nacional. Panamá hubiera podido dar a conocer sus argumentos durante la segunda reunión. Sin embargo, Panamá no se pronunció al respecto durante la segunda reunión, salvo para expresar una queja en su declaración final acerca de la expansión del alcance de la defensa de Argentina.⁷⁷³ Panamá no solicitó tampoco un plazo adicional para comentar los argumentos de Argentina presentados durante la segunda reunión. Observamos también que en su comentario a la respuesta de Argentina a una pregunta del Grupo Especial durante la segunda reunión sustantiva, Panamá presentó esencialmente argumentos procesales, pero hubiera podido aprovechar la oportunidad para responder también a los argumentos sustanciales presentados por Argentina en su respuesta.⁷⁷⁴

7.604. Aunque consideramos que la referencia a disposiciones específicas de instrumentos referidos anteriormente y la referencia a nuevos instrumentos durante la segunda reunión sustantiva no ha afectado los derechos procesales de Panamá, ello no significa que no examinemos detenidamente si Argentina ha "identificado" las leyes y reglamentos en el sentido del apartado (c) del Artículo XIV del AGCS.

7.605. El Grupo Especial observa que los instrumentos cuya observancia Argentina desea lograr son los mismos para las Medidas 1, 2, 3 y 4, a saber, la LIG, la LPT, la Ley Penal Tributaria y la Constitución Nacional. En cuanto a las Medidas 7 y 8, Argentina se refiere a instrumentos distintos.

⁷⁷⁰ De hecho, "[l]a protección del debido proceso garantiza que los procedimientos se lleven a cabo con equidad e imparcialidad y que una de las partes no sea injustamente desfavorecida con respecto a otras partes en una diferencia." Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, párr. 433.

⁷⁷¹ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 50; segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.180, 2.323, 2.447 y 2.550.

⁷⁷² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.179.

⁷⁷³ Declaración final de Panamá en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 5. El Grupo Especial recuerda que en *Estados Unidos – Juegos de azar*, el demandado presentó su defensa por primera vez solamente en su segunda comunicación escrita y que el Órgano de Apelación consideró que la parte reclamante había tenido la oportunidad de contestar los argumentos del demandado. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrs. 274-276.

⁷⁷⁴ Observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 82.

Comenzamos examinando si Argentina ha identificado debidamente las leyes y reglamentos pertinentes a los efectos de su defensa bajo el Artículo XIV(c) del AGCS en relación con las Medidas 1 a 4, antes de pasar a examinar si ha hecho lo propio en relación a las Medidas 7 y 8.

1. Si Argentina ha "identificado" las leyes y reglamentos en el sentido del apartado (c) del Artículo XIV con respecto a las Medidas 1 a 4

7.606. El Grupo Especial observa que en su primera y segunda comunicación escrita Argentina se refiere únicamente a la LIG como "ley o reglamento" cuya observancia las Medidas 1 a 4 buscan lograr. Durante la segunda reunión, Argentina se refiere a tres instrumentos adicionales, a saber: la Ley de Procedimiento Tributario (LPT), la Ley Penal Tributaria y la Constitución Nacional. Asimismo, durante esa reunión, Argentina identificó varias disposiciones contenidas en esos cuatro instrumentos.⁷⁷⁵

7.607. El concepto de "leyes y reglamentos" fue examinado por el Órgano de Apelación en *México – Impuestos sobre los refrescos*, que concluyó que dichos términos "abarcaban normas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional de un Miembro de la OMC".⁷⁷⁶ Todos los instrumentos referidos por Argentina forman parte del ordenamiento jurídico argentino.

7.608. Hacemos notar que Argentina ha proporcionado el texto de la LIG así como el texto de la LPT.⁷⁷⁷ En lo que respecta a la Ley Penal Tributaria (Ley No. 24.769), Argentina sólo cita el enunciado del artículo 1° en su respuesta a una pregunta del Grupo Especial.⁷⁷⁸ En cuanto a la Constitución Nacional, Argentina no nos ha proporcionado el texto. Observamos, sin embargo que, en su segunda comunicación escrita, Panamá se refiere a varios principios constitucionales y proporciona una prueba documental citando varias disposiciones de la Constitución Nacional de Argentina.⁷⁷⁹

7.609. A nuestro juicio, para "identificar" leyes o reglamentos cuya observancia se busca lograr con las medidas en litigio en el sentido del Artículo XIV(c) del AGCS, no basta con referirse a ellas o a sus disposiciones; el demandado debe proporcionar el texto de las mismas, bien vía prueba documental o proporcionando su enunciado en sus comunicaciones. Sin embargo, no nos parece razonable exigir a una parte que presente una prueba documental que ya existe en nuestro expediente. De ahí que, aunque no hayan sido proporcionadas por Argentina, tendremos en cuenta las disposiciones de la Constitución Nacional de Argentina citadas por Argentina siempre y cuando estén presentes en el expediente del Grupo Especial⁷⁸⁰, a los efectos de examinar la defensa de Argentina. Éste no es el caso de la Ley Penal Tributaria, cuyo texto no ha sido proporcionado por Argentina y no existe en nuestro expediente, con la excepción del artículo 1° cuyo enunciado proporciona Argentina en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 82.

7.610. En vista de lo anterior, y en lo que respecta a las Medidas 1 a 4, consideramos que Argentina ha identificado las siguientes leyes y reglamentos en el sentido del apartado (c) del Artículo XIV: la LIG, la LPT, el artículo 1° de la Ley Penal Tributaria y aquellas disposiciones de la Constitución Nacional presentes en nuestro expediente.

7.611. Procedemos a examinar si Argentina ha "identificado" debidamente las "leyes o reglamentos" pertinentes con respecto a las Medidas 7 y 8.

⁷⁷⁵ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 26. Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 82.

⁷⁷⁶ El Órgano de Apelación añadió que "leyes y reglamentos" incluían además "las normas derivadas de los acuerdos internacionales que se hayan incorporado en el ordenamiento jurídico nacional de un Miembro de la OMC o que tenga un efecto directo de conformidad con el ordenamiento jurídico de ese Miembro de la OMC". Véase el informe del Órgano de Apelación, *México – Impuestos sobre los refrescos*, párr. 79.

⁷⁷⁷ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42; y Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

⁷⁷⁸ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 82.

⁷⁷⁹ Segunda comunicación de Panamá, párrs. 2.223 y 2.342 (donde hace referencia a la prueba documental PAN-83, "Principios Constitucionales en materia tributaria").

⁷⁸⁰ Las disposiciones de la Constitución Nacional Argentina, contenidas íntegra o parcialmente en la prueba documental PAN-83 son las siguientes: Artículos 4, 16, 17, 19, 52 y 75.

2. Si Argentina ha "identificado" las leyes y reglamentos en el sentido del apartado (c) del Artículo XIV con respecto a las Medidas 7 y 8

7.612. Observamos que Argentina se ha referido desde su primera comunicación escrita al Artículo 118.3 de la Ley No. 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC) y al Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005 como las "leyes o reglamentos" cuya observancia la Medida 7⁷⁸¹ busca lograr.

7.613. La Medida 8, según Argentina, busca lograr el cumplimiento de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, en particular los Artículos 20, 20 bis y 21 de dicha Ley.⁷⁸² Argentina no ha identificado instrumentos adicionales en una etapa ulterior del procedimiento como "leyes o reglamentos" pertinentes para las Medidas 7 y 8. Observamos también que, contrariamente a lo que parece alegar Panamá⁷⁸³, Argentina no sostiene que la Medida 8 se justifica para lograr la observancia de estándares internacionales.

7.614. Como en el caso de los instrumentos identificados en relación con las Medidas 1 a 4, los instrumentos referidos por Argentina en relación con las Medidas 7 y 8, a saber, la LSC, la Resolución IGJ No. 7/2005 y la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, forman parte del ordenamiento jurídico argentino, por lo que constituyen "leyes y reglamentos" en el sentido del Artículo XIV(c) del AGCS.

7.615. Como explicamos anteriormente, para determinar si dichas leyes y reglamentos están "identificados" en el sentido del Artículo XIV(c) del AGCS no basta con referirse a ellas o a sus disposiciones; el demandado debe proporcionar el texto de las mismas, bien vía prueba documental o proporcionando su enunciado en sus comunicaciones. Observamos que Argentina nos ha proporcionado el texto del Artículo 118.3 de la LSC y el Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005 en relación con la Medida 7⁷⁸⁴ así como el de los Artículos 20, 20 bis y 21 de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, con respecto a la Medida 8.⁷⁸⁵

3. Conclusión

7.616. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial considera que Argentina ha identificado las leyes y reglamentos cuya observancia Argentina trata de lograr mediante las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 en el sentido del Artículo XIV(c) del AGCS.

(ii) Si las leyes o reglamentos identificados no son en sí mismos incompatibles con las disposiciones del AGCS⁷⁸⁶

7.617. Continuamos nuestro análisis examinando si las leyes y reglamentos identificados por Argentina, a saber, los Artículos 1, 2, 5, 17, 80, 91, 92, 127, 129 y 130 de la LIG, los Artículos 33, 38, 39, 45 y 46 de la LPT, el artículo 1° de la Ley Penal Tributaria, las disposiciones de la Constitución Nacional presentes en nuestro expediente, el Artículo 118.3 de la LSC, el Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005 y los Artículos 20, 20 bis y 21 de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo no son, en sí mismas, incompatibles con las disposiciones del AGCS.

7.618. Argentina argumenta que sus medidas fiscales defensivas, similares a las adoptadas por otros Miembros de la OMC, han sido creadas para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que son en sí mismos compatibles con el AGCS. Según Argentina, las Medidas 1 a 4

⁷⁸¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 266; segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 72; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 27.

⁷⁸² Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 334-337; segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 72; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 27.

⁷⁸³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.800.

⁷⁸⁴ Ley de Sociedades Comerciales, pruebas documentales PAN-34 / ARG-43; y Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁷⁸⁵ Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, prueba documental ARG-32.

⁷⁸⁶ Observamos que el texto del Artículo XIV(c) del AGCS se refiere a las disposiciones del "presente Acuerdo" por lo que entendemos que la incompatibilidad debe ser examinada en relación al AGCS.

así como la Medida 7 son totalmente compatibles con el AGCS.⁷⁸⁷ Asimismo, Argentina alega que la Medida 8 está diseñada para "lograr la observancia" de leyes y reglamentos establecidos en consonancia con las recomendaciones internacionales que previenen el encubrimiento y el lavado de activos de origen delictivo.⁷⁸⁸

7.619. Panamá responde que Argentina no demostró que la LIG es compatible con el AGCS y sostiene que la LIG es en sí misma incompatible con el AGCS, y en particular con los Artículos II:1 y XVII como fluye de las múltiples alegaciones de Panamá.⁷⁸⁹ Panamá alega también que Argentina no explicó tampoco por qué los Artículos 118 de la LSC y 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005 y la Ley No. 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo deben ser considerados compatibles con el AGCS.⁷⁹⁰

7.620. El Grupo Especial concurre con Panamá en que incumbe a Argentina acreditar que sus medidas cumplen con las condiciones necesarias para la defensa invocada. Al respecto, recordamos que en varias ocasiones el Órgano de Apelación ha insistido en que la legislación de un Miembro demandado se considerará compatible con el derecho de la OMC mientras no se demuestre lo contrario.⁷⁹¹

7.621. Empezando nuestro examen con la LIG y la LPT, observamos que Panamá ha formulado alegaciones de incompatibilidad relativas a ciertas medidas que son mantenidas en virtud de determinadas disposiciones enmarcadas en estos dos instrumentos. En particular, Panamá impugna la Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados, mantenida en virtud del Artículo 93(c) de la LIG); la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado, mantenida a través del artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT); la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia, mantenida en virtud del Artículo 15.2 de la LIG); y la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos, mantenida en virtud del Artículo 18 de la LIG). Por lo tanto, Panamá no ha impugnado esos dos instrumentos en su totalidad. Observamos igualmente que Panamá no ha impugnado ninguna disposición de la Ley Penal Tributaria ni de la Constitución Nacional de Argentina.

7.622. Recordamos que en las secciones 7.3.2.2.4 y 7.3.4.2.4 *supra* hemos concluido que las Medidas 1, 2, 3 y 4 son incompatibles con el Artículo II:1 del AGCS. Ello no significa que la incompatibilidad de ciertas disposiciones de la LIG y de la LPT con el AGCS resulte en la incompatibilidad de las demás disposiciones de estos dos instrumentos con el AGCS.

7.623. En cuanto a las leyes y reglamentos citados en relación con la Medida 7, el Grupo Especial observa que Panamá no ha impugnado ninguna disposición de la LSC. Panamá impugna los requisitos para el registro de sucursales, mantenidos en virtud del Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 y Argentina se refiere al Artículo 188 de esta misma Resolución como "ley o reglamento" pertinente. El Grupo Especial ha constatado que la medida impugnada por Panamá y mantenida en virtud del Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 es incompatible con el Artículo II:1 del AGCS. Sin embargo, Panamá no ha presentado alegaciones de incompatibilidad en relación con otras disposiciones de la Resolución IGJ No. 7/2005 y la incompatibilidad de una disposición de la Resolución IGJ No. 7/2005 no significa que las demás disposiciones de este instrumento sean también incompatibles con el AGCS.

7.624. Finalmente, recordamos que hemos concluido que el requisito de autorización cambiaria (Medida 8), mantenido en virtud del Numeral I de la Comunicación "A" 4.940, es incompatible con el Artículo II:1 del AGCS. Sin embargo, Panamá no ha impugnado la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo que Argentina cita como "ley o reglamento" cuya observancia busca lograr mediante la Medida 8.

⁷⁸⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 267.

⁷⁸⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 328.

⁷⁸⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.197 y 2.198. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.329, 2.451 y 2.554.

⁷⁹⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.754 y 2.802.

⁷⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono*, párr. 157. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, párr. 111 y *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 138.

7.625. El Grupo Especial recuerda que se debe presumir la compatibilidad de la legislación de un Miembro con el derecho de la OMC mientras no se demuestre lo contrario. A nuestro juicio, las constataciones de incompatibilidad, dirigidas a ciertas disposiciones de la LIG, de la LPT y de la Resolución IGJ No. 7/2005, no significan que las demás disposiciones de dichos instrumentos sean también incompatibles con el AGCS.⁷⁹² Por lo tanto, el Grupo Especial considera que no es necesario proceder a un examen detallado de los instrumentos y/o disposiciones invocados por Argentina para establecer si son compatibles con el AGCS.

7.626. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye que, a los efectos de su análisis de la defensa de Argentina al amparo del apartado (c) del Artículo XIV del AGCS, Argentina ha identificado leyes y reglamentos que "no [son] incompatibles con las disposiciones del [AGCS]".

(iii) Si las medidas en cuestión están diseñadas para lograr la observancia de leyes o reglamentos identificados por Argentina que no son en sí mismos incompatibles con el AGCS

7.627. Proseguimos nuestro examen de si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos identificados por Argentina.

7.628. En *México – Impuestos sobre los refrescos*, el Órgano de Apelación explicó que los términos "para lograr la observancia" se refieren a los tipos de medidas que un Miembro puede tratar de justificar al amparo del apartado (d) del Artículo XX del GATT de 1994. Según el Órgano de Apelación, estos términos "se relacionan con el [diseño]⁷⁹³ de las medidas que se trata de justificar".⁷⁹⁴ El Órgano de Apelación consideró que "puede considerarse que una medida está [diseñada para] 'lograr la observancia' incluso si no puede garantizarse que va a lograr su resultado con absoluta certeza".⁷⁹⁵ Aplicando esta conclusión del Órgano de Apelación al lenguaje similar utilizado en el Artículo XIV(c) del AGCS, procedemos a determinar si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están "diseñadas para" lograr la observancia de las leyes y reglamentos identificados por Argentina, incluso si no es posible garantizar que alcanzarán tal resultado con absoluta certeza.⁷⁹⁶ Comenzamos con las Medidas 1 a 4.

1. Si las Medidas 1 a 4 están "diseñadas para lograr la observancia" de las leyes y reglamentos identificados

7.629. Observamos que Argentina argumenta que las Medidas 1 a 4 están diseñadas para asegurar el cumplimiento de la LIG, conforme a la cual se determina la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos. Argentina sostiene que estas medidas fiscales defensivas han sido creadas para mitigar el riesgo de erosión artificial de la base imponible a través de operaciones engañosas y fraudulentas entre contribuyentes argentinos y entidades relacionadas ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras. Argentina sostiene también que, en particular, la Medida 3, por la que se aumentan los requisitos de información respecto de operaciones efectuadas con jurisdicciones no cooperadoras, asegura el cumplimiento de la LIG, que establece el régimen general de los precios de transferencia. El objetivo general de dicho régimen es determinar la veracidad del valor de las transacciones entre partes relacionadas, evitando así las transacciones fraudulentas y simuladas que tienen como única finalidad el evadir

⁷⁹² El Grupo Especial observa que el grupo especial en *Colombia – Puertos de entrada* llegó a la misma conclusión en una situación semejante. Véase el informe del grupo especial, *Colombia – Puertos de entrada*, párr. 7.530.

⁷⁹³ Tal y como indicamos anteriormente, en la versión inglesa del informe del Órgano de Apelación, se usa la palabra "*design*", que debería traducirse en español como "diseño". De la misma manera, el Órgano de Apelación se refiere a "*measures designed 'to secure compliance'*". Por lo tanto, en nuestro análisis, usaremos las palabras "diseño" y "diseñado para" porque consideramos que reflejan de manera más precisa el texto original inglés del informe del Órgano de Apelación. Véase la nota de pie de página 758 *supra*.

⁷⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *México – Impuestos sobre los refrescos*, párr. 72.

⁷⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *México – Impuestos sobre los refrescos*, párr. 74.

⁷⁹⁶ El Grupo Especial recuerda también que debe evaluar ahora si las medidas en cuestión están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes. El Grupo Especial no está evaluando ahora hasta qué punto las medidas en cuestión contribuyen al logro de las leyes y reglamentos pertinentes.

impuestos y/o la transferencia de ganancias a jurisdicciones no cooperadoras con opacidad fiscal.⁷⁹⁷

7.630. Panamá responde que Argentina no explica cómo dichas medidas logran la observancia de la LIG. A su juicio, al no establecer la disposición en concreto de la LIG cuya observancia se busca lograr, no se puede evaluar apropiadamente en qué grado la medida está diseñada para lograr ese fin de cumplimiento.⁷⁹⁸ Panamá sostiene que, para cada una de las Medidas 1 a 4, la preocupación de Argentina se centra en una situación muy particular (por ejemplo, el auto-préstamo) y que la medida tiene un alcance que desborda esa preocupación.⁷⁹⁹ Panamá alega que Argentina no ha demostrado cómo las prácticas referidas por Argentina violan presuntamente la LIG y, por lo tanto, procede concluir que la medida no está "diseñada" para lograr la observancia en cuestión.⁸⁰⁰ Panamá sostiene que es importante hacer una distinción entre evasión y elusión fiscal ya que, mientras que la evasión es ilegal, la elusión es legal.⁸⁰¹ Panamá argumenta también que la preocupación real de Argentina se centra en la posibilidad de evasión fiscal, y no tanto en la elusión. Panamá argumenta que Argentina invocó solamente la LIG, la cual no regula el delito de evasión fiscal como tal. Según Panamá, el hecho de que Argentina no se refirió a las normas que rigen los problemas de evasión fiscal es insubsanable.⁸⁰²

7.631. Panamá argumenta también que Argentina no explica adecuadamente las circunstancias o problemas que condujeron a la introducción de la Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados) y la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado).⁸⁰³

7.632. Procedemos a examinar el contenido de las leyes y reglamentos identificados por Argentina. Comenzamos por las disposiciones de la LIG identificadas por Argentina. La LIG establece el marco general que rige la recaudación del impuesto a las ganancias. Los dos primeros artículos de la LIG definen los sujetos (Artículo 1)⁸⁰⁴ y el objeto del impuesto, es decir las "ganancias" sujetas al impuesto (Artículo 2).⁸⁰⁵ El Artículo 5 de la LIG 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

⁷⁹⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 264 y 265; segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 71.

⁷⁹⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.199, 2.330, 2.452 y 2.555.

⁷⁹⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.204, 2.331-2.333, 2.453, 2.556 y 2.557.

⁸⁰⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.207 y 2.334.

⁸⁰¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.193.

⁸⁰² Observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 82.

⁸⁰³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.202 y 2.330.

⁸⁰⁴ El Artículo 1° de la LIG dispone:

Todas las ganancias obtenidas por personas de existencia visible o ideal quedan sujetas al gravamen de emergencia que establece esta ley.

Los sujetos a que se refiere el párrafo anterior residentes en el país, tributan sobre la totalidad de sus ganancias obtenidas en el país o en el exterior, pudiendo computar como pago a cuenta del impuesto de esta ley las sumas efectivamente abonadas por gravámenes análogos, sobre sus actividades en el extranjero, hasta el límite del incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de la ganancia obtenida en el exterior.

Los no residentes tributan exclusivamente sobre sus ganancias de fuente argentina, conforme lo previsto en el Tít. V.

Las sucesiones indivisas son contribuyentes conforme lo establecido en el art. 33.

Véase la Ley del Impuesto a las Ganancias, prueba documental PAN-4. Véase también la prueba documental ARG-42.

⁸⁰⁵ El Artículo 2 de la LIG dispone:

A los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas:

1) Los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación.

2) Los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos que cumplan o no las condiciones del apartado anterior, obtenidos por los responsables incluidos en el art. 69 - y todos los que deriven de las demás sociedades o de empresas o explotaciones unipersonales, salvo que, no tratándose de los contribuyentes comprendidos en el art. 69 -, se desarrollaran actividades indicadas en los incs. f) y g) del art. 79 - y las mismas no se complementaran con una explotación comercial, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.

3) Los beneficios obtenidos por la enajenación de bienes muebles amortizables, cualquiera fuere el sujeto que los obtenga.

Véase la Ley del Impuesto a las Ganancias, prueba documental PAN-4. Véase también la prueba documental ARG-42.

dentro del territorio argentino, sea por proveedores de servicios argentinos o extranjeros.⁸⁰⁶ El Artículo 17 de la LIG define las ganancias netas sujetas al impuesto y el Artículo 80 de la LIG las deducciones permitidas.⁸⁰⁷ El Artículo 91 de la LIG dispone que los beneficios netos obtenidos por proveedores del exterior están sujetos a un impuesto del 35 por ciento, que debe ser retenido y pagado a la AFIP por el contribuyente argentino.⁸⁰⁸ La tasa del 35 por ciento se aplica sobre la ganancia neta presumida (Artículo 92). Los Artículos 127, 129 y 130 de la LIG definen las "ganancias de fuente extranjera" sujetas al impuesto en Argentina. Estos tres artículos son un complemento necesario de los Artículos 1 y 2 de la LIG, que establecen la obligación para los residentes en Argentina de tributar sobre la totalidad de sus ganancias obtenidas en el país o en el exterior.⁸⁰⁹

7.633. La LPT⁸¹⁰ establece las modalidades para la recaudación de impuestos en Argentina, incluyendo procedimientos para asegurar la verificación (Artículo 33), las infracciones y las sanciones aplicables (Artículos 38 y 39). El Artículo 38 define los procedimientos y las sanciones aplicables en los casos de incumplimiento con la obligación de presentar declaraciones juradas (incluyendo sobre las ganancias sujetas a la LIG), que constituyen la base inicial para la determinación de los impuestos a pagar por el contribuyente argentino. El Artículo 39 establece sanciones al incumplimiento de deberes formales por parte del contribuyente, tales como la conservación de comprobantes de transacciones o el suministro de datos requeridos por la AFIP para el control de operaciones internacionales. La LPT prevé también sanciones para la omisión y la defraudación de impuestos (Artículos 45 y 46). El Artículo 45 establece sanciones para los casos de no presentación o inexactitud de declaraciones juradas, mientras que el Artículo 46 establece las sanciones para quien defraude al fisco a través de declaraciones engañosas u ocultación maliciosa.⁸¹¹

7.634. El Artículo 1º de la Ley Penal Tributaria, única disposición identificada por Argentina, dispone que "[s]erá reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratare de un tributo instantáneo o de periodo fiscal inferior a un (1) año".

7.635. Las disposiciones de su Constitución Nacional identificadas por Argentina⁸¹² hacen referencia a varios principios tributarios.⁸¹³ Según dispone el Artículo 16 de la Constitución

⁸⁰⁶ El Artículo 5 de la LIG dispone: "En general, y sin perjuicio de las disposiciones especiales de los artículos siguientes, son ganancias de fuente argentina aquellas que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República, de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro del límite de la misma, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos." Véase la Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁸⁰⁷ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁸⁰⁸ El Artículo 91 de la LIG dispone, en parte:

Cuando se paguen beneficios netos de cualquier categoría a sociedades, empresas o cualquier otro beneficiario del exterior –con excepción de los dividendos, las utilidades de los sujetos a que se refieren los aps. 2, 3, 6 y 7, del inc. a) del art. 69 - y las utilidades de los establecimientos comprendidos en el inc. b) de dicho artículo- corresponde que quien los pague retenga e ingrese a la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) de tales beneficios.

Véase la Ley del Impuesto a las Ganancias, prueba documental PAN-4. Véase también la prueba documental ARG-42.

⁸⁰⁹ Véase la Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

⁸¹⁰ Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

⁸¹¹ El Artículo 46 de la LPT dispone: "El que mediante declaraciones engañosas u ocultación maliciosa, sea por acción u omisión, defraudare al Fisco, será reprimido con multa de DOS (2) hasta DIEZ (10) veces el importe del tributo evadido". Véase la Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

⁸¹² Recordamos que sólo consideramos las disposiciones de la Constitución Nacional que encontramos en la prueba documental PAN-83 ("Principios Constitucionales en Materia Tributaria").

⁸¹³ Segunda comunicación de Panamá, párrs. 2.223 y 2.342 (donde se hace referencia a la prueba documental PAN-83, "Principios Constitucionales en Materia Tributaria"). Este documento cita disposiciones constitucionales pertinentes en materia tributaria y comenta cada una de ellas.

Nacional de Argentina, "[t]odos sus habitantes son iguales ante la ley ... La igualdad es la base del impuesto ...".⁸¹⁴ En el comentario en la segunda columna titulada "Síntesis" se explica que el principio de la igualdad en materia tributaria significa que la ley "debe asegurar el mismo tratamiento para quienes se encuentran en análogas situaciones".⁸¹⁵ Por lo tanto, la igualdad se refiere a la capacidad contributiva de cada contribuyente: contribuyentes con igual capacidad contributiva deben pagar el mismo impuesto. Además, los Artículos 4 y 75.2 establecen que los impuestos, que deben ser fijados por ley del Congreso, son una fuente fundamental de financiamiento del Estado.⁸¹⁶ Asimismo, el Artículo 17, al declarar la inviolabilidad de la propiedad privada, confirma que sólo el Congreso puede imponer las contribuciones previstas en el Artículo 4 de la Constitución.

7.636. De nuestro examen de las leyes y reglamentos identificados por Argentina podemos concluir que la LIG, la LPT, la Ley Penal Tributaria en parte relevante y la Constitución Nacional forman el eje central del marco regulatorio que regula la recaudación de impuestos en Argentina. En particular, la Constitución Nacional obliga al Congreso Nacional de Argentina y al Gobierno a recaudar el impuesto de manera equitativa, en función de la capacidad contributiva de cada contribuyente. Las partes relevantes de la LIG y la LPT desarrollan los principios tributarios establecidos en la Constitución Nacional de Argentina. De tal manera, obligan a las autoridades pertinentes a recaudar el impuesto a las ganancias de las personas físicas y jurídicas residentes en Argentina en función de su capacidad contributiva, asegurándose de que contribuyentes con igual capacidad contributiva pagan la misma contribución tributaria.

7.637. A nuestro juicio, las Medidas 1 a 4 están diseñadas para lograr la observancia del objetivo general de la LIG, que es el de recaudar el impuesto a las ganancias debido por los contribuyentes argentinos. Asimismo, su diseño está orientado a lograr la observancia de ciertas disposiciones claves de la LIG. Tal y como explica Argentina, las Medidas 1 a 4 han sido creadas para evitar transacciones fraudulentas y simuladas que tienen como finalidad evadir impuestos y/o transferir ganancias a jurisdicciones con opacidad fiscal. En otras palabras, dichas medidas permiten a las autoridades argentinas determinar si transacciones con jurisdicciones fiscales no cooperadoras tienen un propósito comercial legítimo o buscan simplemente evadir el pago de impuestos en Argentina. Por lo tanto, al someter las transacciones con alto riesgo de evasión a requisitos adicionales de información (Medidas 2, 3, y 4) o a un impuesto más elevado (Medida 1), dichas medidas 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 LIG. Al reducir las oportunidades de realización de transacciones fraudulentas, las Medidas 1 a 4 están diseñadas también para lograr la observancia del Artículo 5 de la LIG, 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.

7.638. Asimismo, las Medidas 1 a 4 están diseñadas para lograr la observancia de la LPT. Por ejemplo, las medidas permiten a la autoridad fiscal argentina contrarrestar el uso de transacciones con proveedores de servicios de jurisdicciones no cooperadoras para defraudar al fisco mediante declaraciones engañosas o ocultaciones maliciosas, que es precisamente aquello que persigue el Artículo 46 de la LPT. Éste sería también el caso del delito tipificado en el Artículo 1 de la Ley Penal Tributaria.

7.639. Su diseño también facilita lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la Constitución Nacional de Argentina, en particular el Artículo 16 que promueve la igualdad fiscal, en virtud del cual contribuyentes con igual capacidad contributiva deben pagar el mismo impuesto. Por lo tanto, al mitigar los riesgos de evasión fiscal, las Medidas 1 a 4 contribuyen a lograr que, a

⁸¹⁴ Principios Constitucionales en Materia Tributaria, prueba documental PAN-83, pág. 3.

⁸¹⁵ Principios Constitucionales en Materia Tributaria, prueba documental PAN-83, pág. 3.

⁸¹⁶ En virtud del Artículo 75.2 de la Constitución Nacional argentina, corresponde al Congreso "[i]mponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan". Véanse los Principios Constitucionales en Materia Tributaria, prueba documental PAN-83, pág. 3 (el subrayado figura en el original).

igual capacidad contributiva, contribuyentes honestos no paguen más impuestos que contribuyentes deshonestos.⁸¹⁷

7.640. En relación al argumento de Panamá de que se debe diferenciar entre la evasión fiscal y la elusión fiscal, consideramos que dicha distinción no es pertinente a los efectos de la defensa de Argentina bajo el Artículo XIV(c) del AGCS. En efecto, es suficiente que Argentina acredite que las Medidas 1 a 4 están diseñadas para lograr la observancia de sus reglamentos y leyes, incluidas las establecidas para evitar la elusión fiscal.⁸¹⁸

7.641. De ahí que discrepemos de la alegación de Panamá según la cual las Medidas 1 a 4 no están diseñadas para lograr el cumplimiento de la LIG porque la LIG "no regula el delito de evasión fiscal".⁸¹⁹ Consideramos que, a pesar de "no tipificar" delitos fiscales, la LIG es pertinente como ley o reglamento cuya observancia las medidas en litigio buscan lograr. Si siguiéramos el argumento de Panamá, según el cual sólo "leyes o reglamentos" que "tipifican delitos" pueden ser pertinentes a los efectos de la aplicación del Artículo XIV(c) del AGCS, disminuiríamos de manera considerable el alcance de las "leyes o reglamentos" que pueden ser pertinentes bajo dicha disposición. De hecho, el enfoque de Panamá podría tener como consecuencia que sólo leyes o reglamentos de tipo penal podrían ser considerados como "leyes o reglamentos" pertinentes a los efectos de la aplicación del Artículo XIV(c) del AGCS. El Grupo Especial considera, en cambio, que el concepto de "leyes o reglamentos" en el sentido del Artículo XIV(c) abarca también leyes y reglamentos que establecen obligaciones que deben cumplirse en la jurisdicción del Miembro que invoca dicha disposición. Precisamente, las leyes o reglamentos que tipifican delitos solo son relevantes en la medida en que existe una obligación previa que deba cumplirse.

7.642. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial considera que Argentina ha acreditado que las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la LIG, la LPT, la Ley Penal Tributaria y la Constitución Nacional de Argentina.

⁸¹⁷ El efecto perjudicial de prácticas fiscales nocivas sobre el contribuyente ha sido reconocido en los foros internacionales pertinentes. Véanse, por ejemplo, OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2001*, prueba documental ARG-7, párr. 2 ("[e]n última instancia, la confianza de los contribuyentes en la integridad y la justicia de los sistemas fiscales, así como en la administración en general, se deteriora en la medida en que los contribuyentes honestos sienten que soportan una gran parte de la carga fiscal y que la Administración no puede hacer cumplir eficazmente su propia legislación tributaria") (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx); G-20, *Declaración sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios*, 21 de noviembre de 2004, prueba documental ARG-85, pág. 1 ("[l]a falta de acceso a la información en materia tributaria tiene efectos adversos significativos. Permite a algunos escapar la imposición debida por ley y es injusto para los ciudadanos que cumplen con la legislación tributaria") (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC); y OCDE, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, prueba documental ARG-22, pág. 50 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es) ("si los demás contribuyentes (incluyendo individuos) piensan que las empresas multinacionales pueden legalmente evitar el pago de impuesto sobre la renta, se debilitará el cumplimiento voluntario por todos los contribuyentes, que es de quienes depende la administración tributaria moderna.").

⁸¹⁸ Hacemos notar al respecto que la evidencia suministrada por Argentina indica que en los foros internacionales pertinentes, tanto la evasión como la elusión fiscal son consideradas como prácticas problemáticas que deben ser combatidas y eliminadas. Por ejemplo, en 2013, el G-20 declaró: "La evasión y la elusión fiscal transfronteriza socavan nuestras finanzas públicas y la confianza de nuestra gente en la justicia del sistema tributario. Hoy en día, respaldamos los planes para hacer frente a estos problemas y nos comprometemos a adoptar los pasos para cambiar nuestras normas para hacer frente a la elusión fiscal, las prácticas nocivas, y la planificación fiscal agresiva." Véase G-20, *Declaración de la Cumbre de San Petersburgo*, 5-6 Septiembre de 2013, prueba documental ARG-87, pág. 4 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC). También observamos que la Convención multilateral del Consejo de Europa y la OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal condena tanto la evasión como la elusión fiscal: "La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal del Consejo de Europa / OCDE fue desarrollada conjuntamente por el Consejo de Europa y la OCDE para proporcionar todas las formas posibles de cooperación administrativa entre los Estados para la recaudación y estimación de los impuestos, especialmente con miras a luchar contra la elusión y la evasión fiscal." Véase el Informe de la OCDE, *Cooperación en Materia Tributaria 2009: Hacia un Campo de Juego Nivelado*, prueba documental ARG-41, pág. 346 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

⁸¹⁹ Observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 82.

7.643. Examinamos a continuación si las Medidas 7 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos identificados por Argentina.

2. Si las Medidas 7 y 8 están "diseñadas para lograr la observancia" de las leyes y reglamentos identificados

7.644. En lo que respecta a la Medida 7, Argentina alega que asegura el cumplimiento de los Artículos 118.3 de la Ley No. 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC) y 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005, que exigen la prueba de la legitimidad de las actividades comerciales de la empresa matriz en la jurisdicción de origen a efectos de establecimiento de sucursales en la Ciudad de Buenos Aires.⁸²⁰ En cuanto a la Medida 8, Argentina mantiene que es una medida necesaria para lograr el cumplimiento de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo relativa a la prevención del blanqueo de dinero. Según Argentina, la solicitud de conformidad previa para la venta de cambio a no residentes por repatriación de inversiones directas permite que la entidad bancaria deje constancia que ha verificado la documentación presentada por el cliente que permite avalar el tipo de inversión declarado, y que los fondos utilizados para la compra de la transferencia en moneda extranjera se derivan de la venta en el país de los activos realizados así como la razonabilidad y el carácter genuino de la operación.⁸²¹

7.645. En relación con la Medida 7, Panamá responde que Argentina no presentó ningún argumento a los efectos de acreditar que dicha medida está destinada a lograr la observancia de los Artículos 118 de la LSC y 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005, y que efectivamente lo logra. Según Panamá, Argentina no identificó ni presentó evidencia acerca de las prácticas fraudulentas o que inducen a error que son expresamente contrarias a los Artículos 118 de la LSC y 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005 y que se busca prevenir o mitigar con el Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005.⁸²² Panamá argumenta que Argentina tampoco ha presentado ninguna explicación de cómo la Medida 8 está destinada a lograr la observancia de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo.⁸²³

7.646. En cuanto a la Medida 7, observamos que la Sección XV de la LSC⁸²⁴, a la cual pertenece el Artículo 118, concierne a las sociedades constituidas en el extranjero. El Artículo 118.3 de la LSC establece varios requisitos que una sociedad constituida en el extranjero debe cumplir cuando se establece en Argentina, tales como acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país, fijar un domicilio en Argentina o justificar la decisión de crear la representación y designar la persona a cuyo cargo estará. A su vez, la Resolución IGJ No. 7/2005 establece varios requisitos necesarios para la inscripción de sociedades constituidas en el extranjero. El Artículo 188 de dicha Resolución estipula los requisitos a cumplir para la inscripción de una sociedad extranjera prevista por el Artículo 118.3 de la LSC. Dicha disposición describe la documentación y el tipo de información requerida a los efectos de la inscripción de una sociedad extranjera en Argentina (en particular, la identidad de los socios, el valor de los activos, etc.).⁸²⁵ Por lo tanto, la información adicional requerida a las empresas ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras que tienen el propósito de establecer filiales en la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del Artículo 192 de la Resolución IGJ No. 7/2005 por la que se mantiene la Medida 7, permite a las autoridades argentinas conseguir la información pertinente a los efectos de aplicar el Artículo 118.3 de la LSC y el Artículo 188 de la Resolución IGJ No. 7/2005.

7.647. En cuanto a la Medida 8, Argentina ha argumentado que está diseñada para lograr la observancia de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo⁸²⁶, la cual establece normas para luchar contra el lavado de dinero. Los Artículos 20, 20 bis y 21, citados por Argentina, se refieren al deber de informar a la Unidad de Información Financiera (UIF). Se identifican, en particular, los varios sujetos obligados a informar a la UIF (Artículo 20), se define el contenido del deber de informar (Artículo 20 bis) y se establecen otras obligaciones relacionadas (por ejemplo, la obligación para los sujetos concernidos de recabar información

⁸²⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 266; y segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 72.

⁸²¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 328 y 329 y Anexo Explicativo No. 2, párr. 52; y segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 72.

⁸²² Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.755 y 2.756.

⁸²³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.802.

⁸²⁴ Ley de Sociedades Comerciales, pruebas documentales PAN-34 / ARG-43.

⁸²⁵ Resolución IGJ No. 7/2005, pruebas documentales PAN-62 / ARG-33.

⁸²⁶ Ley sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, prueba documental ARG-32.

pertinente de sus clientes). El BCRA está identificado expresamente como un sujeto sometido a este deber de informar a la UIF. A nuestro juicio, la Comunicación "A" 4.940, Numeral I por la que se mantiene la Medida 8, al requerir que el BCRA proceda a un mayor escrutinio de transferencias destinadas a jurisdicciones no cooperadoras para asegurarse del origen genuino de las operaciones involucradas, está diseñada para lograr la observancia de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo. Dichos requisitos de información adicional permiten a la autoridad argentina, por ejemplo, asegurar la identidad del sujeto obligado a informar a la UIF en situaciones en las cuales la autoridad solicitada no proporcione esta información, como es el caso de las autoridades de un país que no intercambie información con Argentina. Por lo tanto, la Medida 8 permite comprobar que la repatriación de capitales no encubre una operación de blanqueo de activos.

7.648. Habida cuenta de lo anterior, el Grupo Especial considera que Argentina ha acreditado que la Medida 7 está diseñada para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la Ley No. 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC) y de la Resolución IGJ No. 7/2005, y que la Medida 8 está diseñada para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo.

3. Relevancia de las circunstancias que prevalecen en el momento de la aplicación de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8

7.649. Recordamos que grupos especiales anteriores también han tenido en cuenta las circunstancias que prevalecen en el momento de la aplicación de las medidas al evaluar si éstas están diseñadas para lograr la observancia de leyes y reglamentos en el marco del Artículo XX(d) del GATT de 1994.⁸²⁷ Consideramos que tal análisis es igualmente pertinente en el marco de nuestro análisis bajo el Artículo XIV(c) del AGCS.

7.650. Observamos que Argentina ha presentado evidencia sobre la existencia de prácticas tributarias fraudulentas entre contribuyentes argentinos y jurisdicciones no cooperadoras. Dichas prácticas involucran sociedades "offshore" radicadas en jurisdicciones no cooperadoras, incluyendo a Panamá. Las maniobras fraudulentas documentadas por la AFIP incluyen la utilización de dichas sociedades como propietarias de activos intangibles de un grupo económico a las cuales se les debe abonar regalías o derechos de uso sobre los mismos; la prestación de servicios intra-grupo; la intermediación en operaciones de compra-venta y la simulación de préstamos financieros. La AFIP constató que residentes argentinos participan en sociedades "offshore" ubicadas en Panamá sin informar a las autoridades fiscales argentinas y usan dichas sociedades para evadir impuestos. La AFIP describe también los efectos que puede tener la planificación fiscal nociva, entre ellos la posibilidad del blanqueo de fondos que se originan en operaciones no exteriorizadas y la disminución de la base imponible. La AFIP indica, *inter alia*, que un trabajo de investigación le permitió detectar 2.699 contribuyentes argentinos con sociedades en el exterior, de los cuales el 27,26% correspondían a sociedades residentes en Panamá. Las autoridades argentinas identificaron 1.542 contribuyentes argentinos que no exteriorizaban sus participaciones en sociedades "offshore". El documento indica también que "la AFIP interpuso ante la República de Panamá solicitudes de intercambio de información por la vía diplomática, las cuales en ningún caso fueron respondidas" por Panamá.⁸²⁸ Por lo tanto, el Grupo Especial considera que las pruebas presentadas por Argentina demuestran que las transacciones con entidades ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras hacen posible la evasión fiscal porque la opacidad que caracteriza a tales jurisdicciones facilita las maniobras destinadas a evadir impuestos en Argentina.

7.651. Asimismo, hacemos notar que la eficacia de medidas fiscales defensivas para preservar la integridad de los sistemas tributarios nacionales, tales como las medidas en litigio en nuestro caso, ha sido reconocida en los foros internacionales pertinentes, en particular en la OCDE y el G-20. Argentina ha suministrado amplia evidencia del reconocimiento por estos foros de la importancia de las medidas fiscales defensivas como un medio para proteger los ingresos públicos.

⁸²⁷ Informes de los grupos especiales, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrs. 655-658; *China – Partes de automóviles*, párrs. 7.309-7.312; y *Colombia – Puertos de entrada*, párrs. 7.542 y 7.543.

⁸²⁸ AFIP, *Sociedades Offshore – Maniobras fraudulentas y planificación fiscal nociva*, prueba documental ARG-44.

7.652. Cabe destacar, por ejemplo, un informe de la OCDE de 1998 que identifica los aspectos en los que las prácticas fiscales nocivas afectan a la economía y a los sistemas fiscales de otros países, y propone criterios para determinar si una jurisdicción en particular puede ser considerada como "paraíso fiscal" e identifica medidas defensivas que los países pueden aplicar para hacer frente a la competencia fiscal nociva.⁸²⁹ De la misma manera, otro informe de la OCDE de 2000 recoge la siguiente recomendación:

El Comité [de Asuntos Fiscales] recomienda la creación de un marco general en el que los Estados miembros puedan aplicar un planteamiento común para reducir la competencia fiscal perniciosa. Este marco permitiría a los Estados adoptar medidas defensivas con más rapidez y efectividad contra los Estados o territorios que persistan en el mantenimiento de sus prácticas fiscales perniciosas. Las medidas defensivas son importantes para contrarrestar los efectos negativos provocados por los Estados o territorios no cooperativos y para que dichos Estados o territorios no obtengan ventajas competitivas frente a los cooperativos. En la aplicación de las medidas defensivas coordinadas no se hará diferencia alguna entre los territorios dependientes de Estados de la OCDE y aquellos que no lo son. Estas medidas defensivas se impondrán discrecionalmente por los Estados y se contemplarán en su legislación interna o en sus convenios fiscales. Además, cada Estado podrá optar por aplicar las medidas defensivas en la forma y con la prioridad que considere proporcionadas al daño que un Estado o territorio concreto tenga el potencial de infligirle, y teniendo en cuenta la eficacia de las medidas defensivas existentes.⁸³⁰

7.653. Un informe de la OCDE de 2001 reconoce los beneficios del intercambio de información entre autoridades fiscales para contrarrestar prácticas fiscales nocivas y observa que "un marco de medidas defensivas coordinadas es la forma en que los Estados que comparten sus preocupaciones puedan apoyarse en su lucha contra los efectos de las prácticas fiscales perniciosas".⁸³¹ Otro informe de la OCDE de 2004 discute la importancia de garantizar un enfoque coordinado para la aplicación de medidas defensivas contra las jurisdicciones no cooperativas, indica que "no es posible elaborar una lista exhaustiva o exclusiva de medidas que puedan utilizarse" e identifica varias medidas defensivas posibles.⁸³²

7.654. Observamos que en su reunión de noviembre de 2009 en Pittsburgh, los miembros del G-20 reiteraron su compromiso de "mantener el ímpetu para hacer frente a los paraísos fiscales" y acordaron estar "dispuestos a utilizar medidas defensivas contra los paraísos fiscales a partir de marzo de 2010".⁸³³ De la misma manera, la falta de transparencia en jurisdicciones no cooperadoras ha sido también identificada como un factor que puede favorecer el lavado de dinero y, por lo tanto, que justifica la aplicación de medidas defensivas. Precisamente, en la misma Declaración, el G-20 afirmó su compromiso de "mantener su ímpetu para hacer frente al ... blanqueo de dinero".⁸³⁴

⁸²⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 17-29; y OCDE, *Competencia Fiscal Nociva – Un Tema Global Emergente*, 1998, prueba documental ARG-5, Capítulo 2.

⁸³⁰ OCDE, *Hacia una cooperación mundial en material tributaria – Informe para la reunión del Consejo de Ministros de 2000 y Recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales*, OCDE, 2000, prueba documental ARG-6, párr. 33 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx). Véase también la primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 40 y 41.

⁸³¹ OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2001*, prueba documental ARG-7, párr. 47 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx). Véase también la primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 44-48.

⁸³² OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2004*, prueba documental ARG-9, párr. 30 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx). Véase también la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 55.

⁸³³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 72 (donde se hace referencia a G-20, *Declaración de los dirigentes, Cumbre de Pittsburgh*, 24-27 septiembre 2009, prueba documental ARG-15, párr. 15) ("Estamos comprometidos a mantener el ímpetu para hacer frente a los paraísos fiscales, el lavado de dinero, los ingresos derivados de prácticas corruptas, la financiación del terrorismo y los estándares prudenciales.") (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

⁸³⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 72 (donde se hace referencia a G-20, *Declaración de los dirigentes, Cumbre de Pittsburgh*, 24-27 septiembre 2009, prueba documental ARG-15, párr. 15).

(iv) Conclusión

7.655. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial considera que Argentina ha demostrado a su satisfacción que las Medidas 1, 2, 3 y 4 están diseñadas para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la LIG, la LPT, la Ley Penal Tributaria y la Constitución Nacional de Argentina. Asimismo, el Grupo Especial considera que Argentina ha demostrado a su satisfacción que la Medida 7 está diseñada para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la Ley No. 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC) y de la Resolución IGJ No. 7/2005, y que la Medida 8 está diseñada para lograr la observancia de las disposiciones pertinentes de la Ley No. 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo.

7.656. Por consiguiente, el Grupo Especial procederá a examinar si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos arriba mencionados.

(b) Segundo elemento: Si las medidas son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos identificados por Argentina

(i) El criterio de "necesidad"

7.657. Tras haber constatado que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están diseñadas para lograr la observancia de las leyes y reglamentos identificados por Argentina, comenzamos el análisis del segundo elemento del criterio jurídico enunciado bajo el Artículo XIV(c) del AGCS, es decir, si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" para lograr la observancia de dichos instrumentos de la legislación argentina.

7.658. Al examinar el concepto de "necesarias" en el contexto del apartado (a) del Artículo XIV del AGCS, el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Juegos de azar* definió el criterio de "necesidad" como un criterio "objetivo" e instó a los grupos especiales a evaluar de manera independiente y objetiva la "necesidad" de la medida que examinan, teniendo en cuenta la estructura y aplicación de la medida y todas las pruebas en su expediente. El Órgano de Apelación observó lo siguiente:

[E]l criterio de "necesidad" establecido en la disposición relativa a las excepciones generales es un criterio *objetivo*. Sin duda, la caracterización que hace un Miembro de los objetivos de una medida y de la eficacia de su enfoque reglamentario -como lo demuestran, por ejemplo, los textos de las leyes, los antecedentes legislativos y las declaraciones de los organismos y funcionarios públicos- será pertinente para determinar si la medida es objetivamente "necesaria". Sin embargo, un grupo especial no está obligado por estas caracterizaciones y también puede encontrar orientación en la estructura y aplicación de la medida y en las pruebas en sentido contrario presentadas por la parte reclamante. En todo caso, el grupo especial, tomando como base las pruebas que consten en el expediente, debe evaluar de manera independiente y objetiva la "necesidad" de la medida que examina.⁸³⁵ (las cursivas figuran en el original)

7.659. En *CE – Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación resumió sus decisiones anteriores sobre el criterio de necesidad de la forma siguiente:

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.⁸³⁶ El Órgano de Apelación ha explicado además

⁸³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 304 (no se reproduce la nota de pie de página).

⁸³⁶ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 164; *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 306; y *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 182.

que, en la mayoría de los casos, a continuación deberá realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles alternativas.^{837 838}

7.660. El Órgano de Apelación en *CE – Productos derivados de las focas* también recordó que:

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".⁸³⁹ 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".^{840 841}

7.661. Así pues, el Grupo Especial procederá a evaluar si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias" en el sentido del Artículo XIV(c) del AGCS, guiándose por esas observaciones del Órgano de Apelación. El Grupo Especial tendrá en cuenta (a) la importancia del objetivo perseguido; (b) la contribución de la medida a ese objetivo y (c) el grado de restricción del comercio de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8. Asimismo, examinaremos a continuación si es factible realizar una comparación entre las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 y posibles alternativas.

1. La importancia del objetivo perseguido

7.662. Procedemos a continuación a evaluar la importancia del objetivo perseguido por las leyes y reglamentos para cuya observancia han sido diseñadas las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8.

7.663. A juicio del Grupo Especial, se desprende de los argumentos de Argentina que, en cuanto a las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7, el objetivo perseguido es "salvaguardar su 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".⁸⁴² En cuanto a la Medida 8, Argentina alega que el objetivo de prevención frente a los riesgos planteados por las operaciones de lavado de activos de origen delictivo es un interés de la mayor importancia.⁸⁴³

El objetivo perseguido con respecto a las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7

7.664. Como explicamos anteriormente, el objetivo de las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 es "salvaguardar su 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".⁸⁴⁴ Observamos a este respecto que grupos especiales anteriores han reconocido la importancia de salvaguardar el sistema de ingresos tributarios, incluyendo la prevención de la evasión fiscal.⁸⁴⁵ Concurrimos con

⁸³⁷ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 307 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 166). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 321 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 307). En el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación declaró que "[e]n la mayoría de las ocasiones, debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 322.) El Órgano de Apelación pasó después a identificar circunstancias en las que tal vez no se requiera una comparación con posibles medidas alternativas, por ejemplo cuando la medida impugnada no restringe el comercio o cuando no hace ninguna contribución al objetivo. (*Ibid.*, nota 647 al párrafo 322.)

⁸³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.169.

⁸³⁹ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 307 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 166).

⁸⁴⁰ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 182.

⁸⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.214.

⁸⁴² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 289.

⁸⁴³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 333 y 339.

⁸⁴⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 289.

⁸⁴⁵ El grupo especial en *Argentina – Pielés y cueros* reconoció la importancia de la lucha contra la evasión fiscal en Argentina:

estos grupos anteriores en que la salvaguardia del sistema tributario nacional es una cuestión de interés primordial para cualquier país y, en particular, para un país en desarrollo.

7.665. Observamos también que la importancia de la protección de los sistemas nacionales de recaudación de impuestos, sobre todo para los países en desarrollo y, consecuentemente, la necesidad de medidas para facilitar la transparencia y el intercambio de información como medio para luchar contra la evasión fiscal han sido reconocidas como una prioridad a nivel internacional desde hace más de 15 años. Por ejemplo, en un informe del año 2000 que discute los efectos nocivos de la competición fiscal, la OCDE explica:

El objetivo es asegurar la integridad de los sistemas fiscales abordando las cuestiones que plantean las prácticas relativas a las actividades móviles que erosionan injustamente las bases imponibles de otros países y distorsionan la ubicación del capital y de los servicios. Igualmente, estas prácticas pueden originar una transferencia no deseada de parte de la carga fiscal hacia bases imponibles menos móviles, como puedan ser las del trabajo, el patrimonio y el consumo, e incrementar los costes administrativos y de cumplimiento para las autoridades fiscales y para los contribuyentes, respectivamente. ... el proyecto pretende asegurar que la carga tributaria se reparte de forma equitativa y que la tributación no sea el factor clave en la toma de decisiones sobre la ubicación del capital. ... La erosión de la base imponible debido a las prácticas fiscales perniciosas puede constituir una amenaza particularmente grave para las economías de los Estados en vías de desarrollo. Mediante la elaboración de un marco de cooperación, el proyecto reforzará la soberanía fiscal efectiva de los Estados en la concepción de sus propios sistemas fiscales.⁸⁴⁶

7.666. En 2004, los participantes en el Foro Global insistieron en la vital importancia de asegurar que los países puedan obtener de otros países la información necesaria para hacer cumplir sus propias leyes fiscales:

... facilitar la creación de un entorno en el que todos los centros financieros importantes cumplan con los altos estándares de transparencia e intercambio efectivo de información en asuntos fiscales tanto penales como civiles. Esto es vital para asegurar que los países puedan obtener de otros países la información necesaria para hacer cumplir sus propias leyes fiscales, para garantizar que los centros financieros que cumplan con dichas normas no resulten perjudicados indebidamente por ello, y para garantizar que los centros financieros que cumplen con dichos estándares son y seguirán siendo plenamente integrados en el sistema financiero internacional y en la comunidad mundial. A cualquier centro financiero importante que decida no adoptar

Estamos convencidos de que la Argentina ha aportado argumentos y pruebas suficientes para establecer la presunción de que las medidas impugnadas, en su diseño general y su estructura, son "necesarias", incluso conforme a la interpretación que dan las Comunidades Europeas a ese término. La Argentina destaca que la evasión fiscal es habitual en su territorio y que, en ese contexto de bajos niveles de cumplimiento de la legislación fiscal, las autoridades tributarias no pueden confiar en la aplicación de estrategias represivas para lograr la observancia de las leyes (una activa persecución penal de los delitos fiscales) como instrumento fundamental para mejorar la recaudación fiscal. En esas circunstancias, según la Argentina, las autoridades fiscales deben orientar primordialmente sus esfuerzos a prevenir la evasión fiscal. Véase el informe del grupo especial, *Argentina – Piel y cueros*, párr. 11.305.

Asimismo, en *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, el grupo especial consideró: El Grupo Especial no tiene motivo alguno para cuestionar las afirmaciones de la República Dominicana en el sentido de que la recaudación de ingresos tributarios (y, a la inversa, la prevención de la evasión de impuestos) es una cuestión de interés primordial para cualquier país y, en particular, para un país en desarrollo como la República Dominicana. Véase el informe del grupo especial, *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, párr. 7.215, confirmado por el Órgano de Apelación en *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, párr. 71.

⁸⁴⁶ OCDE, *Hacia una cooperación mundial en materia tributaria – Informe para la reunión del Consejo de Ministros de 2000 y Recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales*, OCDE, 2000, prueba documental ARG-6, pág. 5 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx). Véase la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 35.

estos altos estándares de transparencia e intercambio efectivo de información no se le debe permitir que obtenga beneficios resultantes de esa decisión.⁸⁴⁷

7.667. En ese mismo año, los Ministros de Finanzas y los gobernadores de los Bancos Centrales de los miembros del G-20 afirmaron su compromiso para incrementar el buen gobierno y luchar contra el uso ilícito del sistema financiero en todas sus formas:

En consecuencia, estamos comprometidos con la transparencia y el intercambio de información con fines fiscales. Lo consideramos como vital para mejorar la ecuanimidad y la equidad en nuestras sociedades y promover el desarrollo económico.

Los sistemas financieros deben respetar la confidencialidad comercial, pero dicha confidencialidad no debe ser permitida de forma que se fomente la actividad ilícita. La falta de acceso a la información en materia tributaria tiene efectos adversos significativos. Permite que algunos escapen de la imposición debida por ley y es injusto para los ciudadanos que cumplen con las leyes fiscales. Distorsiona las decisiones de inversión internacionales que deberían basarse en consideraciones comerciales legítimas en lugar de en la elusión de las leyes fiscales. De ahí que el G-20 considere como una señal de buena ciudadanía internacional que los países eliminen las prácticas que restrinjan o frustren la capacidad de otro país de hacer cumplir el sistema fiscal que haya elegido. ... Hacemos un llamamiento a todos los países con centros financieros a que adopten y apliquen los altos estándares articulados por la OCDE para que podamos avanzar hacia un sistema financiero internacional que esté libre de las distorsiones creadas por la falta de transparencia y la falta de intercambio efectivo de información en materia tributaria. Es importante que los países que cumplan con estos estándares tengan la confianza de que no van a ser desfavorecidos y que los centros financieros en los países que decidan no cumplir con estas normas no se beneficiarán de esa elección.⁸⁴⁸

7.668. En 2009, en el marco del Foro Global, 70 jurisdicciones y organizaciones internacionales reiteraron "... la necesidad de los gobiernos de proteger sus bases imponibles del incumplimiento de sus leyes tributarias ...".⁸⁴⁹ En ese mismo año, el G-20 "acoge con satisfacción" la ampliación del Foro Global, cuyo objetivo "será la mejora de la transparencia fiscal y el intercambio de información para que los Estados puedan hacer cumplir plenamente sus leyes tributarias para proteger su base imponible".⁸⁵⁰

7.669. Más recientemente, en 2012, la OCDE empezó a trabajar sobre las técnicas de planificación fiscal utilizadas por empresas multinacionales para minimizar su carga fiscal mediante la transferencia de beneficios hacia países que no tengan un impuesto sobre la renta de las sociedades o sólo niveles mínimos de impuesto sobre esa renta (Plan de Acción "BEPS"⁸⁵¹). En un informe de 2013, la OCDE concluyó lo siguiente:

Lo que está en juego es la integridad del impuesto a los beneficios de las sociedades. La falta de respuesta podría socavar aún más la competencia, ya que algunas empresas, como las que operan en forma transfronteriza y que tienen acceso a la experiencia tributaria sofisticada, puede sacar provecho de las oportunidades de BEPS y por lo tanto contar con ventajas competitivas no intencionales en comparación con las empresas que operan principalmente en el ámbito nacional. ... Por último, si los demás contribuyentes (incluyendo individuos) piensan que las empresas multinacionales pueden legalmente evitar el pago de impuesto sobre la renta, se

⁸⁴⁷ OCDE, *Un proceso para lograr un campo de juego nivelado global*, Foro Global, Berlín, 3-4 junio 2004, prueba documental ARG-10, párr. 28 (prueba documental proporcionada en inglés; la traducción es de Argentina). Véase la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 58 y la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 71, párr. 2.

⁸⁴⁸ G-20, *Declaración sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios*, 21 de noviembre de 2004, prueba documental ARG-85 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

⁸⁴⁹ OCDE, *Avanzando hacia estándares globales de transparencia e intercambio de información con fines fiscales*, Foro Global, México, 1-2 septiembre, 2009, prueba documental ARG-17, pág. 1.

⁸⁵⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 72 (donde se hace referencia a G-20, *Declaración de los dirigentes, Cumbre de Pittsburgh*, 24-27 septiembre 2009, prueba documental ARG-15, párr. 15).

⁸⁵¹ "BEPS" es el acrónimo inglés para "Base Erosion and Profit Shifting".

debilitara el cumplimiento voluntario por todos los contribuyentes, que es de quienes depende la administración tributaria moderna.⁸⁵²

7.670. En septiembre de 2014, el G-20 afirmó la importancia de la asistencia a los países en desarrollo para preservar e incrementar sus bases de ingresos:

Estamos firmemente comprometidos a proporcionar una respuesta global a la evasión y la elusión fiscal transfronteriza de modo que el sistema tributario apoye las estrategias fiscales destinadas a mejorar el crecimiento y la capacidad de recuperación económica. ... Respalamos el ya finalizado Estándar Global Común para el intercambio automático de información fiscal sobre una base de reciprocidad que proporcionará un cambio radical a nuestra capacidad para abordar y prevenir la evasión fiscal transfronteriza. Comenzaremos intercambiando información automáticamente entre nosotros y con otros países hacia el 2017 o fines de 2018, dependiendo de la finalización de los procedimientos legislativos necesarios. Hacemos un llamamiento a todos los centros financieros para que adopten este compromiso al tiempo de la reunión del Foro Mundial en Berlín, para poder presentar informes en la Cumbre de Brisbane, y apoyar los esfuerzos encaminados a supervisar la aplicación del nuevo estándar global. ... Vamos a seguir dando pasos concretos para ayudar a los países en desarrollo a preservar e incrementar sus bases de ingresos y estamos dispuestos a ayudar a aquellos que deseen participar en el intercambio automático de información.⁸⁵³

7.671. Las manifestaciones anteriores nos muestran el apoyo a nivel internacional a la protección de los sistemas nacionales de recaudación de impuestos contra las prácticas fiscales nocivas, incluida la evasión fiscal. A nuestro juicio, estas manifestaciones confirman que el objetivo, interés o valor en juego en la presente diferencia con respecto a las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 es de vital importancia.

El objetivo perseguido con respecto a la Medida 8

7.672. En lo que respecta a la Medida 8, recordamos que el objetivo perseguido es la prevención frente a los riesgos planteados por las operaciones de lavado de activos.⁸⁵⁴ Como en el caso anterior, la importancia de este objetivo ha sido reconocida por grupos especiales anteriores como, por ejemplo, en *Estados Unidos – Juegos de azar*, donde destacó que la protección de la sociedad frente a la amenaza del blanqueo de dinero era un interés de la máxima importancia.⁸⁵⁵

7.673. A nuestro juicio, la evidencia suministrada por Argentina confirma que la lucha contra el lavado de activos es una prioridad establecida a nivel internacional, compartida por una multitud de países, tanto desarrollados como en desarrollo. A modo de ejemplo, el GAFI, cuyo funcionamiento describimos en la sección 2.4.4 *supra*, tiene como mandato el establecimiento de estándares y la promoción de la aplicación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de

⁸⁵² OCDE, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, prueba documental ARG-22, pág. 50 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es). Véase la primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 79-82. Argentina cita también el Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*), prueba documental ARG-21. En el Plan de Acción, la OCDE explica que BEPS "socava la integridad del sistema tributario, ya que el público, la prensa y algunos contribuyentes consideran que los bajos impuestos declarados por las grandes empresas son injustos" y observa que esta es una preocupación particular en los países en desarrollo, donde "la falta de ingresos tributarios lleva a una escasez crítica de financiación de la inversión pública que podría ayudar a promover el crecimiento económico". Véase el Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*), prueba documental ARG-21, pág. 8 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios_9789264207813-es). Véase también la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 82.

⁸⁵³ *Reunión de los Ministros de Finanzas y Gobernadores de los Bancos Centrales del G-20*, Cairns, 20-21 de septiembre de 2014, prueba documental ARG-128, pág. 2 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

⁸⁵⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 339.

⁸⁵⁵ Informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrs. 6.492 y 6.493.

destrucción masiva, entre otras amenazas para la integridad del sistema financiero. Las Recomendaciones del GAFI establecen "medidas esenciales" que sus jurisdicciones Miembro (entre las cuales se encuentra Argentina) deben efectuar para, entre otras cosas, "combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo ...".⁸⁵⁶

7.674. En un informe de 1998, la OCDE expresa sus preocupaciones frente a las prácticas administrativas no transparentes ("*non-transparent administrative practices*") porque favorecen, en particular, el blanqueo de dinero:

Debido a que tanto las prácticas administrativas opacas como la incapacidad o falta de voluntad de proporcionar información no sólo permiten a los inversores evitar sus impuestos sino también facilitan actividades ilegales, como la evasión de impuestos y lavado de dinero, estos factores son particularmente problemáticos. ... La consecuencia más evidente de la falta de suministro de información es que facilita la evasión fiscal y el lavado de dinero. Por lo tanto, estos factores son características particularmente nocivas de un paraíso fiscal y, como se verá más adelante, de un régimen fiscal preferencial nocivo.⁸⁵⁷

7.675. En un informe del año 2001, la OCDE se refiere a la opinión del GAFI para el periodo 1998-1999 sobre "Tipologías del Lavado de Dinero", según la cual los problemas para obtener información por parte de ciertas jurisdicciones sobre los propietarios beneficiarios de sociedades cáscara, corporaciones comerciales internacionales (CCI) y sociedades fiduciarias *offshore*, eran los obstáculos principales en las investigaciones de actividades transnacionales de lavado.⁸⁵⁸

7.676. La evidencia suministrada por Argentina demuestra que la necesidad de luchar contra el lavado de activos también forma parte de las preocupaciones del G-20.⁸⁵⁹

7.677. Panamá no niega la importancia que Argentina le da al interés de salvaguardar su sistema de recaudación de impuestos frente a prácticas fiscales nocivas. Panamá alega, sin embargo, que existen otros intereses de considerable importancia, tales como los principios de legalidad e igualdad en materia tributaria. Según Panamá, el interés de Argentina de recaudar tributos debe interpretarse conjuntamente con el interés del administrado en que las medidas del fisco se enmarquen en dichos principios de legalidad e igualdad.⁸⁶⁰

7.678. El Grupo Especial opina que el hecho de que puedan existir "otros intereses de considerable importancia" no disminuye la importancia del interés o valor que Argentina busca lograr. En segundo lugar, entendemos que el argumento de Panamá sugiere que los principios de legalidad e igualdad en materia tributaria están en contradicción o, por lo menos, no se reconcilian con el interés de Argentina de proteger su sistema de recaudación de impuestos frente a prácticas fiscales nocivas. No coincidimos con Panamá. En virtud del principio de legalidad incorporado en la Constitución Nacional ("Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"), nadie está obligado a pagar un tributo que no haya sido impuesto por ley.⁸⁶¹ Consideramos que el principio de legalidad en materia tributaria tiene como corolario que los contribuyentes deben pagar el impuesto en conformidad con la ley tributaria. El principio de igualdad tributaria requiere que los contribuyentes con igual capacidad tributaria

⁸⁵⁶ GAFI, Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, pág. 7. Las Recomendaciones del GAFI, revisadas por segunda vez en 2003, "fueron avaladas por más de 180 países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo".

⁸⁵⁷ OCDE, *Competencia Fiscal Nociva – Un Tema Global Emergente*, 1998, prueba documental ARG-5, párr. 53 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

⁸⁵⁸ OCDE, *Detrás del velo corporativo – Utilización de entidades corporativas para propósitos ilegales*, 2001, prueba documental ARG-24, pág. 19 (donde se cita el informe del GAFI, *Tipologías de Lavado de Dinero*, 1998-1999, pág. 19).

⁸⁵⁹ Véase, por ejemplo, G-20, *Declaración de la Cumbre sobre los Mercados Financieros y la Economía Mundial*, 2008, prueba documental ARG-14, *Plan de Acción para implementar principios para la reforma*, pág. 4; G-20, *Declaración de los dirigentes, Cumbre de Pittsburgh*, 24-27 septiembre 2009, prueba documental ARG-15, párr. 15; G-20, *Declaración Final de la Cumbre de Cannes: Construyendo nuestro futuro en común: Acción colectiva renovada en beneficio de todos*, 2011, prueba documental ARG-19, párrs. 35 y 86; G-20, *Declaración de los dirigentes*, Los Cabos, México, 2012, prueba documental ARG-20, párr. 49; y G-20, *Declaración de la Cumbre de Toronto*, 26-27 junio 2010, prueba documental ARG-90, párr. 22.

⁸⁶⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.222- 2.223, 2.341-2.342, 2.461, 2.561, y 2.760 y 2.761.

⁸⁶¹ Principios constitucionales en materia tributaria, prueba documental PAN-83, pág. 2.

paguen el mismo impuesto. Por lo tanto, a nuestro juicio, los principios de legalidad e igualdad en materia tributaria requieren que un gobierno actúe contra prácticas fiscales nocivas. En efecto, tal y como explica la OCDE, "[e]n última instancia, la confianza de los contribuyentes en la integridad y la justicia de los sistemas fiscales, así como en la administración en general, se deteriora en la medida en que los contribuyentes honestos sienten que soportan una gran parte de la carga fiscal y que la Administración no puede hacer cumplir eficazmente su propia legislación tributaria".⁸⁶² A nuestro juicio, los principios de legalidad e igualdad fiscal no son "otros intereses", sino que forman parte inherente del interés o valor común de asegurar la integridad del sistema de recaudación nacional y, por consiguiente, de salvaguardarlo frente a los riesgos planteados por prácticas fiscales nocivas de jurisdicciones no cooperadoras.

7.679. Por lo tanto, en consonancia con el grupo especial en *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*⁸⁶³, consideramos que no tenemos motivo alguno para cuestionar las afirmaciones de Argentina en el sentido de que "la prevención de la evasión fiscal y la correcta aplicación de sus leyes tributarias son intereses de máxima importancia".⁸⁶⁴ El Grupo Especial coincide también con Argentina en que "[e]l objetivo de prevención frente a los riesgos planteados por las operaciones de lavado de activos de origen delictivo es un interés de la mayor importancia".⁸⁶⁵ El Grupo Especial considera que este objetivo es aún más vital para un país en desarrollo como Argentina.

7.680. Recordamos que, comentando la importancia relativa de los intereses o valores comunes pertinentes, el Órgano de Apelación observó que "[c]uanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como 'necesaria' una medida concebida como instrumento para lograr la observancia".⁸⁶⁶

7.681. De hecho, el Grupo Especial considera que los intereses o valores comunes en juego son particularmente importantes. En cualquier país, la recaudación tributaria es una fuente de ingresos indispensable para hacer funcionar el Estado y asegurar las diversas contribuciones públicas al ciudadano. La protección de la base impositiva nacional garantiza la viabilidad de las finanzas públicas y, por tanto, de la economía nacional y del sistema financiero de un país. Los riesgos causados por prácticas fiscales nocivas⁸⁶⁷ son aún más importantes para los países en desarrollo porque privan a sus finanzas públicas de recursos financieros vitales para la promoción de su desarrollo económico y para el cumplimiento de sus políticas internas. Finalmente, no hay ninguna duda de que la lucha contra el blanqueo de dinero, que se inscribe en el contexto de la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, es una prioridad para la comunidad internacional y, en consecuencia, también para Argentina.

7.682. El Grupo Especial concluye, por lo tanto, que la protección de su sistema de recaudación de impuestos, la lucha contra prácticas fiscales nocivas y contra el lavado de dinero son objetivos, intereses o valores de la mayor importancia para Argentina.

2. La contribución de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 a la consecución de los objetivos perseguidos

7.683. Proseguimos nuestro análisis con la contribución de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 a la consecución de los objetivos perseguidos.

7.684. En *Brasil – Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación determinó varios principios que rigen la evaluación de la contribución de una medida en el contexto del Artículo XX del GATT de 1994. El Órgano de Apelación explicó, en particular:

⁸⁶² OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2001*, prueba documental ARG-7, párr. 2 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx).

⁸⁶³ Informe del grupo especial, *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, párr. 7.215, confirmado por el Órgano de Apelación en *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, párr. 71.

⁸⁶⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 295.

⁸⁶⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 103.

⁸⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 162.

⁸⁶⁷ La expresión "prácticas fiscales nocivas" cubre la evasión, la elusión y el fraude fiscal.

Existe esa contribución cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo que se persigue y la medida en cuestión. Para que una medida pueda calificarse de necesaria no es preciso que sea indispensable. Sin embargo, su contribución al logro del objetivo debe ser importante, no meramente marginal ni insignificante, sobre todo si la medida de que se trata es tan restrictiva del comercio como una prohibición de las importaciones. Por lo tanto, la contribución de la medida debe confrontarse con el grado en que restringe el comercio, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o los valores a que responde el objetivo perseguido con ella.⁸⁶⁸

7.685. Recordamos que, según el Órgano de Apelación, "[c]uanto mayor sea la contribución, más fácil será considerar que la medida es 'necesaria'".⁸⁶⁹ El Órgano de Apelación confirmó también que el análisis de la contribución "puede hacerse en términos cuantitativos o cualitativos".⁸⁷⁰ La elección de una metodología para evaluar la contribución de una medida "está en función de la naturaleza del riesgo, el objetivo perseguido y el nivel de protección que se trata de alcanzar. En último término depende además de la naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas con que se cuenta en el momento en que se realiza el análisis".⁸⁷¹

7.686. En cuanto a la importancia de la contribución de la medida, comparada con los otros componentes del "cálculo de la necesidad", el Órgano de Apelación explicó en *CE – Productos derivados de las focas* que la contribución de una medida es "sólo un componente del cálculo de la necesidad":

[L]a contribución de una medida es sólo un componente del cálculo de la necesidad en el marco del artículo XX. Ello significa que la cuestión de si una medida es "necesaria" no puede determinarse únicamente por el nivel de la contribución, sino que dependerá de la manera en que informen el análisis los otros factores del análisis de la necesidad, incluida la consideración de posibles medidas alternativas. También dependerá de la naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas y de si el análisis del grupo especial se ha llevado a cabo en términos cuantitativos o cualitativos. De hecho, la utilidad de examinar la interacción entre los diversos factores del análisis de la necesidad y llevar a cabo una comparación con posibles medidas alternativas consiste precisamente en que ello ofrece un medio de someter a prueba esos factores como parte de una operación holística de sopesar y confrontar, ya sea ésta de carácter cuantitativo o cualitativo. La flexibilidad de esa operación no permite establecer umbrales predeterminados con respecto a ningún factor en particular. Si el nivel de la contribución no basta por sí sólo para determinar si una medida es o no necesaria, no consideramos que imponer previamente un nivel de contribución mínimo predeterminado sea instructivo o esté justificado en un análisis de la necesidad. El enfoque del Órgano de Apelación en *Brasil – Neumáticos recauchutados* está en consonancia con la evaluación de la contribución de la medida como un elemento más en un análisis integral de la necesidad en el marco del artículo XX. También es compatible con nuestra interpretación de que el régimen de la UE para las focas, aún en el caso de que diera lugar a un alto grado de restricción del comercio, podría seguir siendo considerado "necesario" en el sentido del apartado a) del artículo XX, si así resultara de una operación de sopesar y confrontar atendiendo a las circunstancias específicas del caso y a la luz de la naturaleza concreta de la medida en litigio.⁸⁷²

7.687. Por lo tanto, entendemos que el criterio de la contribución de la medida al logro del fin perseguido no tiene una importancia más significativa que los otros factores del análisis de la necesidad a la hora de determinar si una medida es necesaria.

⁸⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 210. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.210.

⁸⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 163.

⁸⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 146. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.211.

⁸⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 145. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.210.

⁸⁷² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.215 (no se reproducen las notas de pie de página).

7.688. Examinamos en primer lugar el diseño, estructura y funcionamiento de las medidas en cuestión. En particular, nos centraremos en determinar si existe una relación de fines a medios entre el objetivo que se persigue y las medidas en cuestión. Dada la naturaleza de las pruebas y de la argumentación de las partes, el Grupo Especial considera más pertinente proceder a un análisis cualitativo.

7.689. Recordamos que el objetivo perseguido por las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 es salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina de conformidad con las leyes y reglamentos argentinos pertinentes. En cuanto a la Medida 8, el objetivo perseguido es la prevención del lavado de activos. Recordamos también que tanto la erosión del sistema de recaudación fiscal argentino derivado de prácticas fiscales nocivas como el lavado de activos se amparan en la falta de transparencia y la ausencia de intercambio de información entre autoridades fiscales. En el caso de jurisdicciones cooperadoras, la autoridad argentina tiene acceso a información sobre los beneficiarios reales de transacciones y, por lo tanto, le resulta posible determinar si la transacción tiene un propósito comercial legítimo. En el caso de jurisdicciones no cooperadoras, el fisco argentino no tiene acceso a la información y, por consiguiente, no puede identificar el beneficiario final de una transacción.

Contribución de la Medida 1 a la consecución del objetivo perseguido

7.690. Recordamos que la Medida 1, tal y como se describe en la sección 2.3.2 *supra*, consiste en una presunción legal de que los pagos realizados a bancos o entidades financieras ubicados en países no cooperadores como contraprestación al otorgamiento de créditos o préstamos o a la colocación de fondos desde el extranjero representan – a los efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias que deben tributar esos proveedores de servicios – una ganancia neta del 100% para esos proveedores de servicios. En virtud del Artículo 93(c) de la LIG, la autoridad fiscal argentina presume, sin posibilidad de prueba en contrario, una ganancia neta en el caso de intereses o retribuciones pagados por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero. Para determinar la base imponible a efectos de tributación del impuesto a las ganancias, la norma distingue el porcentaje a aplicar según si el banco o entidad financiera que ha prestado el servicio al consumidor argentino está ubicado en un país cooperador o en un país no cooperador: (i) si se encuentra ubicado en un país cooperador, se presume una ganancia neta del 43%; (ii) si, por el contrario, está ubicado en un país no cooperador, la ganancia neta presumida es del 100%. Sobre estas bases, Argentina aplica una alícuota del 35% en ambos casos. Esto implica que, de cada 100 unidades (de cualquier moneda de que se trate) que se giren al extranjero por los conceptos mencionados anteriormente, la entidad que otorga el préstamo tributa 15,05% si está ubicada en una jurisdicción cooperadora y 35% si está ubicada en una jurisdicción no cooperadora.

7.691. Argentina explica que la Medida 1 contrarresta una práctica comúnmente utilizada por contribuyentes argentinos, a saber, la simulación de préstamos a partir de entidades financieras *offshore* vinculadas (auto-préstamos). A nuestro juicio, la evidencia presentada por Argentina demuestra que la simulación de préstamos financieros es una práctica utilizada por contribuyentes argentinos para evadir impuestos.⁸⁷³ Al gravar las ganancias que surgen de préstamos, créditos o colocaciones de fondos desde jurisdicciones no cooperadoras con un impuesto más elevado que el que grava los mismos servicios prestados desde jurisdicciones cooperadoras, la Medida 1 contribuye a preservar la base imponible ya que permite (i) desincentivar la salida no declarada de capitales; y (ii) desincentivar el falso pago de intereses (por auto-préstamos) que resultan luego deducibles del pago del impuesto a las ganancias por parte del contribuyente argentino.

7.692. Por lo tanto, consideramos que la Medida 1 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque previene prácticas fiscales nocivas, en particular la salida no declarada de capitales y los llamados auto-préstamos a partir de entidades financieras vinculadas al contribuyente argentino establecidas en países no cooperadores.

Contribución de la Medida 2 a la consecución del objetivo perseguido

7.693. En cuanto a la Medida 2, descrita en la sección 2.3.3 *supra*, recordamos que se aplica a todo ingreso de fondos a favor de contribuyentes argentinos procedente de países no

⁸⁷³ AFIP, Sociedades Offshore – Maniobras fraudulentas y planificación fiscal nociva, prueba documental ARG-44, pág. 2.

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. En virtud de esta medida, se presume que los fondos recibidos de entidades ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras constituyen "incrementos patrimoniales no justificados" a los efectos de determinar la base imponible en Argentina. Argentina explica que esta medida tiene por objeto evitar que los fondos no declarados o ingresos que deberían haber sido objeto de imposición en Argentina y que fueron trasladados a jurisdicciones no cooperadoras, sean repatriados a Argentina a través de operaciones simuladas entre los mismos titulares beneficiarios o partes relacionadas.⁸⁷⁴

7.694. Observamos que la presunción es refutable, es decir, que el contribuyente que prueba que los ingresos sujetos a tributación se originan en actividades lícitas (por ejemplo, una exportación) está liberado de la presunción de incremento patrimonial no justificado. Por lo tanto, dicha medida permite a la autoridad fiscal argentina conseguir la información necesaria para determinar la verdadera naturaleza de una transacción con una jurisdicción que no le brinda información sobre la identidad del proveedor de servicios. A nuestro parecer, la existencia de dicha presunción desalienta la evasión de impuestos por parte de contribuyentes argentinos (efecto *ex ante*), ya que torna más difícil la repatriación de fondos que esos contribuyentes hubieran trasladado subrepticamente a jurisdicciones no cooperadoras (por ejemplo, a cuentas bancarias en jurisdicciones no cooperadoras). De tal modo la medida contribuye también a combatir la erosión de la base imponible argentina.

7.695. Por lo tanto, consideramos que la Medida 2 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque permite a la autoridad argentina recabar la información necesaria para asegurarse de que una transacción entre un contribuyente argentino y un proveedor de servicios ubicado en una jurisdicción no cooperadora tenga un propósito legítimo, ajustar la base imponible de dicho contribuyente y restablecer la igualdad fiscal con contribuyentes para los cuales la autoridad argentina tiene toda la información necesaria.

Contribución de la Medida 3 a la consecución del objetivo perseguido

7.696. La Medida 3, tal y como se describe en la sección 2.3.4 *supra*, consiste en la aplicación de métodos de valoración de transacciones basados en precios de transferencia a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos. La medida consiste en la aplicación, a elección del contribuyente argentino, de uno de los métodos de valoración de transacciones previstos en la normativa, lo que implica requisitos adicionales de información y cálculo de transacciones para el contribuyente argentino en el caso de transacciones efectuadas con sujetos de países no cooperadores. Este método de valoración distinto permite a la autoridad argentina determinar el valor real de transacciones con jurisdicciones no cooperadoras.⁸⁷⁵

7.697. Por lo tanto, consideramos que la Medida 3 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque permite a la autoridad argentina conseguir la información necesaria para determinar, en particular, si la operación tiene lugar entre partes relacionadas y el valor real de la transacción. Asimismo, esta medida contribuye a desalentar *ex ante* prácticas fiscales nocivas similares a las mencionadas en los párrafos anteriores, y contribuye también a preservar la base imponible en Argentina a partir de una correcta identificación del valor de las transacciones y de los gastos que resultan legítimamente deducibles del impuesto.

Contribución de la Medida 4 a la consecución del objetivo perseguido

7.698. La Medida 4, tal y como se describe en la sección 2.3.5 *supra*, se refiere al igual que las Medidas 1, 2 y 3 a la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos. En este caso, la medida consiste en la aplicación de la "regla de lo percibido" cuando se imputan gastos por transacciones concluidas por contribuyentes argentinos con sujetos de países no cooperadores. En virtud de esta medida, las erogaciones efectuadas por entes argentinos que constituyan ganancias de fuente argentina para sujetos ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en países no cooperadores deberán imputarse al ejercicio

⁸⁷⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 280; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 31.

⁸⁷⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 282; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 31.

fiscal en el que se produzca el pago efectivo de la transacción. Argentina explica que, contrariamente a la regla general del "devengado", la regla de lo percibido permite eliminar beneficios fiscales que se derivan de transacciones simuladas.⁸⁷⁶ Así, la Medida 4 permite a la autoridad argentina asegurarse de que exista un pago efectivo correspondiente al gasto que el contribuyente argentino deduce de su base imponible.

7.699. Observamos que, en ambos casos, el gasto efectuado podrá ser deducido de la base imponible del contribuyente; lo que cambia es el momento en el cual se podrá deducir, es decir, en el momento en el que el gasto ha sido devengado, por un lado, o en el momento del pago mismo. La aplicación del momento del pago como criterio para establecer los gastos deducibles de la renta imponible no impide la deducción del gasto y se resuelve con la presentación de la declaración jurada sobre el pago del gasto efectuado.⁸⁷⁷

7.700. Por lo tanto, consideramos que la Medida 4 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque previene transacciones simuladas con proveedores de servicios en jurisdicciones no cooperadoras.

Contribución de la Medida 7 a la consecución del objetivo perseguido

7.701. La Medida 7, tal y como se describe en la sección 2.3.8 *supra*, consiste en la imposición a las sucursales de sociedades de jurisdicciones no cooperadoras de requisitos adicionales para la inscripción en el Registro Público de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aparte de los requisitos exigidos a las sociedades de países cooperadores, las sucursales de las 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", para lo cual la Inspección General de Justicia (IGJ) podrá exigir documentación adicional. Asimismo, la IGJ podrá solicitar documentación adicional para acreditar antecedentes de los socios de la sociedad.

7.702. De ahí que, por sus propios términos, esta medida permita a la autoridad argentina comprobar que una sociedad constituida en un país no cooperador desarrolla una actividad efectiva en su país de origen y no ha sido constituida en ese país meramente para facilitar la evasión de impuestos en Argentina ("sociedad cáscara" o "*shell company*").

7.703. Por lo tanto, consideramos que la Medida 7 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina ya que busca verificar que las sucursales de empresas extranjeras que se establezcan en la Ciudad de Buenos Aires tengan un fin comercial legítimo, con actividades reales, y que no hayan sido creadas por empresas vinculadas a contribuyentes argentinos únicamente con el objeto de simular operaciones con contribuyentes argentinos mediante las cuales estos últimos puedan generar costos o créditos fiscales ficticios y, de ese modo, reducir indebidamente la base de cálculo de los tributos a cuyo pago están obligados.

Contribución de la Medida 8 a la consecución del objetivo perseguido

7.704. La Medida 8, tal y como se describe en la sección 2.3.9 *supra*, consiste en la imposición del requisito de obtener la conformidad previa del BCRA para poder repatriar sus inversiones directas cuando el beneficiario del exterior (persona física o jurídica) sea de un país no cooperador. Esta medida se aplica a repatriaciones de inversiones de no residentes hacia una jurisdicción no cooperadora y permite al BCRA averiguar el carácter genuino de una repatriación de capital. Así, se puede comprobar que la operación involucra una verdadera repatriación de inversiones, y no una salida encubierta de capitales o divisas.

7.705. Por lo tanto, consideramos que la Medida 8 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.

Conclusión

⁸⁷⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 284; y declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 31.

⁸⁷⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 301.

7.706. A nuestro juicio, las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 *individualmente* contribuyen a proteger el sistema de recaudación de impuestos en Argentina y a asegurar la recaudación de impuestos en consonancia con las leyes y reglamentos pertinentes.

7.707. La Medida 1 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque previene prácticas fiscales nocivas, en particular la salida no declarada de capitales y los llamados auto-préstamos a partir de entidades financieras vinculadas al contribuyente argentino establecidas en países no cooperadores.

7.708. La Medida 2 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque permite a la autoridad argentina recabar la información necesaria para asegurarse de que una transacción entre un contribuyente argentino y un proveedor de servicios ubicado en una jurisdicción no cooperadora tenga un propósito legítimo. Esta medida también permite ajustar la base imponible de dicho contribuyente y restablecer la igualdad fiscal con contribuyentes para los cuales la autoridad argentina tiene toda la información necesaria.

7.709. La Medida 3 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque permite a la autoridad argentina conseguir la información necesaria para determinar, en particular, si la operación tiene lugar entre partes relacionadas y el valor real de la transacción. Asimismo, esta medida contribuye a desalentar *ex ante* prácticas fiscales nocivas similares a las mencionadas en los párrafos anteriores, y contribuye también a preservar la base imponible en Argentina a partir de una correcta identificación del valor de las transacciones y de los gastos que resultan legítimamente deducibles del impuesto.

7.710. La Medida 4 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque previene transacciones simuladas con proveedores de servicios en jurisdicciones no cooperadoras.

7.711. La Medida 7 contribuye a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina porque busca verificar que las sucursales de empresas extranjeras que se establecen en la Ciudad de Buenos Aires tengan un fin comercial legítimo, con actividades reales, y que no hayan sido creadas por empresas vinculadas a contribuyentes argentinos únicamente con el objeto de simular operaciones con contribuyentes argentinos, mediante las cuales estos últimos puedan generar costos o créditos fiscales ficticios y, de ese modo, reducir indebidamente la base de cálculo de los tributos a cuyo pago están obligados.

7.712. Por su parte, la Medida 8 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.

7.713. Al mismo tiempo, las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 tienen un efecto *ex ante* al prevenir y disuadir diversas prácticas fiscales nocivas. Por ejemplo, la mera existencia de estas medidas, que actúan como instrumentos para detectar maniobras fraudulentas, puede influir en el comportamiento futuro del contribuyente y disuadirlo de incurrir en tales prácticas. Esto tiene un efecto positivo también para el contribuyente argentino honesto ya que percibe que aquéllos llevando a cabo maniobras ilegales no se benefician de la impunidad y que el Estado, mediante medidas fiscales defensivas, asegura la igualdad fiscal entre contribuyentes argentinos. Coincidimos con la OCDE en que la mera existencia de estas medidas contribuye a "educar" al contribuyente.⁸⁷⁸ Asimismo, la Medida 8 tiene un efecto *ex ante* al prevenir las operaciones de lavado de activos. Por lo tanto, las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 contribuyen a salvaguardar el sistema de recaudación de impuestos en Argentina y prevenir el lavado de activos.

7.714. El Grupo Especial considera también que no debe desestimar la contribución que hacen las Medidas 1, 2, 3, 4 y 7 actuando *conjuntamente*, en el contexto de una política integral perseguida

⁸⁷⁸ OCDE, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, prueba documental ARG-22, pág. 37 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es). ("Entre estas estrategias de disuasión cabe mencionar, por ejemplo, las medidas adoptadas para educar al contribuyente mediante la adopción de resoluciones públicas, la sanción de los promotores de mecanismos fiscales agresivos, las obligaciones adicionales de divulgar información, así como la puesta en marcha de estrategias eficaces con apoyo en los medios de comunicación").

por Argentina para asegurar la recaudación de impuestos en consonancia con sus leyes y reglamentos pertinentes. Entendemos que la aplicación de una sola medida no tendría sentido para luchar contra las prácticas fiscales nocivas, dado que éstas pueden tomar varios canales diferentes. A nuestro juicio, este efecto conjunto de las medidas en juego equivale a más que la simple suma de cada medida individualmente.

7.715. Nos parece significativo también que, en los foros internacionales pertinentes (en particular, la OCDE y el G-20), el uso de medidas defensivas ha sido reconocido como un instrumento legítimo que los países pueden utilizar para proteger sus sistemas fiscales y prevenir prácticas fiscales nocivas. En este sentido, la evidencia presentada por Argentina demuestra que las transacciones con jurisdicciones no cooperadoras plantean un mayor riesgo de evasión fiscal. Demuestra además que es precisamente la opacidad que prevalece en dichas jurisdicciones (seguridad del anonimato) lo que atrae a contribuyentes deseando evadir impuestos en su país de residencia. Encontramos evidencia del reconocimiento a nivel internacional de que medidas preventivas / defensivas que fomentan la transparencia en materia tributaria contribuyen a asegurar el cumplimiento con la legislación fiscal en vigor y, por tanto, a preservar la integridad de los sistemas de recaudación de impuestos. Se desprende de la evidencia suministrada por Argentina que la OCDE considera que dichas medidas son "potencialmente útiles para neutralizar los efectos nocivos de las prácticas fiscales perniciosas".⁸⁷⁹ Además, los ejemplos proporcionados

⁸⁷⁹ Un informe de la OCDE explica:

Como se ha dejado constancia anteriormente, las medidas defensivas que pudieran coordinarse deben ser flexibles. Por tanto, *no es posible elaborar una lista exhaustiva o exclusiva de medidas que puedan utilizarse*. A partir de ciertas medidas que en la actualidad están usando los Estados integrantes de la OCDE y los Estados o territorios ajenos a ella, *se han identificado a una serie de medidas como potencialmente útiles para neutralizar los efectos nocivos de las prácticas fiscales perniciosas*. Tales medidas defensivas son las siguientes:

- La utilización de disposiciones que *prohíban la aplicación de toda deducción, exención o crédito, o cualquier otra forma de exoneración, en relación con todo pago sustancial realizado a personas establecidas en Estados o territorios que realicen prácticas fiscales perniciosas, excepto cuando el contribuyente pueda probar de forma satisfactoria que dicho pago no excede del que hubiera obtenido en situación de libre competencia y que se deriva de operaciones de buena fe*;
- La utilización de disposiciones sobre subcapitalización que limiten la deducción del pago de intereses a personas establecidas en Estados o territorios que realicen prácticas fiscales perniciosas;
- La utilización de disposiciones legislativas o administrativas *que obliguen a todo residente que efectúe un pago sustancial a una persona establecida en un Estado o territorio que realice prácticas fiscales perniciosas, o con la que concluya una operación, o de la que posea una participación en el capital, a que comunique dicho pago, operación o propiedad a las autoridades fiscales*. Esta obligación estará respaldada por multas pecuniarias importantes en caso de declaración inexacta o de ausencia de declaración;
- La utilización de disposiciones legislativas que permitan *gravar a los residentes por razón de las rentas que se benefician de prácticas fiscales perniciosas obtenidas a través de entidades establecidas en el extranjero en las que dichos residentes posean una participación y que, en ausencia de tales disposiciones, estarían sujetas a impuestos notablemente inferiores o diferidos*;
- La negación del método de exención o la modificación del método de imputación. Cuando un Estado aplica un impuesto nulo o mínimo sobre la mayoría de las rentas que en él se generan, debido a la existencia de prácticas fiscales perniciosas, está injustificada la aplicación a dichas rentas de una exención concebida para evitar la doble imposición. Los Estados miembros que permitan deducciones por impuestos pagados pueden desear modificar estas normas para impedir que se trate de la misma forma a las rentas que se benefician de prácticas fiscales perniciosas y a las restantes rentas. Además, estos Estados pueden desear aplicar sistemas que permitan verificar que los importes reclamados constituyen efectivamente impuestos susceptibles de deducción;
- La utilización de disposiciones legislativas destinadas a garantizar que se aplican retenciones en la fuente con un tipo mínimo sobre todos los pagos de dividendos, intereses y cánones efectuados a beneficiarios efectivos que se benefician de prácticas fiscales perniciosas;
- La utilización de disposiciones en las que se establezcan programas especiales de comprobación y de aplicación con la intención de coordinar las actuaciones relativas a las operaciones vinculadas a Estados o territorios que realicen prácticas fiscales perniciosas;
- La denuncia, limitación y negativa de celebración de convenios en materia tributaria. Los Estados participantes podrían adoptar y hacer pública la posición de no celebrar convenios en materia tributaria con aquellos Estados o territorios que realicen prácticas fiscales perniciosas. Aquellos que sean parte en convenios celebrados con tales Estados o territorios, podrían desear adoptar las medidas necesarias para asegurar la limitación o denuncia de los mismos. Por otro lado, los Estados participantes podrían considerar que todos los convenios en vigor o previstos con Estados o territorios que realicen prácticas fiscales perniciosas contengan una cláusula de

por la OCDE enseñan que las medidas de Argentina en nuestra diferencia están en la línea de las medidas contempladas por la OCDE.

7.716. Otro informe de la OCDE que se ocupa de cómo contrarrestar los incentivos a evadir impuestos y explica la utilidad de medidas que actúan *ex ante* al disuadir a los contribuyentes de evadir el impuesto es un informe de 2013 titulado *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. En este informe, la OCDE explica que:

Establecer normas que anulan o reducen la ventaja fiscal pretendida, así como iniciativas tendientes a influir en el comportamiento de los contribuyentes y de terceros, son claramente pertinentes para contrarrestar los efectos de la planificación fiscal de las empresas. En la práctica, los países aplican una amplia variedad de estrategias de lucha contra la elusión fiscal para garantizar la equidad y la eficacia de sus regímenes tributarios en materia de sociedades. Estas estrategias hacen frecuentemente hincapié en las medidas de disuasión, detección y respuesta frente a las actividades de planificación fiscal agresiva. Por lo general, el objetivo de las estrategias de disuasión es que los contribuyentes desistan de adoptar una posición agresiva. Entre estas estrategias de disuasión cabe mencionar, por ejemplo, las medidas adoptadas para educar al contribuyente mediante la adopción de resoluciones públicas, la sanción de los promotores de mecanismos fiscales agresivos, las obligaciones adicionales de divulgar información, así como la puesta en marcha de estrategias eficaces con apoyo en los medios de comunicación. El objetivo de las estrategias de detección es garantizar que se disponga oportunamente de información selectiva y exhaustiva que las auditorías fiscales tradicionales por sí mismas no permiten obtener. La disponibilidad de esa información es importante para que los gobiernos puedan determinar los ámbitos de riesgo con suficiente antelación y decidir rápidamente si deben dar respuesta y de qué forma, lo que proporciona una mayor seguridad a los contribuyentes.

En cuanto a las estrategias de respuesta, a menudo el objetivo final de las medidas de lucha contra la elusión fiscal no es sólo reprimir los comportamientos considerados inaceptables, sino también influir en los comportamientos futuros. En otras palabras, las medidas de lucha contra la elusión fiscal son prohibiciones normativas fundamentales de participar en determinadas actividades de planificación y/o de obtener determinados resultados.⁸⁸⁰

limitación de beneficios que impida que los residentes de un tercer Estado, sin vínculo real alguno con el Estado o territorio en cuestión, soliciten la aplicación de los beneficios del convenio. Con respecto a la denuncia de los convenios existentes, se admite que esta medida implica consecuencias importantes que trascienden las referidas a la recaudación.

Véase OCDE, *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Informe de Progreso 2004*, prueba documental ARG-9, párr. 30 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.ief.es/recursos/publicaciones/libros/informes_OCDE.aspx) (las cursivas no figuran en el original).

⁸⁸⁰ La OCDE menciona varias medidas de lucha contra la elusión fiscal que, a su juicio, son "más pertinentes":

- **Las normas o doctrinas generales de lucha contra la elusión fiscal**, que limitan o rechazan la aplicabilidad de ventajas tributarias indebidas, por ejemplo, en situaciones en las que las operaciones carecen de contenido económico o de cualquier otra finalidad que no sea la meramente tributaria;
- **Las normas relativas a las corporaciones foráneas controladas (CFC)**, en virtud de las cuales determinados ingresos, que dan lugar a una erosión de la base imponible en el país de residencia de los accionistas o que presentan otras características especiales, percibidos por una entidad controlada no residente, se atribuyen a los accionistas residentes y se gravan como tales sin tener en cuenta si los ingresos obtenidos se han repatriado o no;
- **Las normas de subcapitalización y otras normas que limitan las deducciones de intereses**, que prohíben la deducción de determinados gastos financieros cuando, por ejemplo, la proporción entre la deuda y los fondos propios del deudor se considera excesiva;
- **Las normas destinadas a luchar contra los mecanismos híbridos**, que vinculan el régimen fiscal nacional con el régimen fiscal en un país extranjero, lo que excluye la posibilidad de que existan discordancias;
- **Las normas de lucha contra la erosión de la base imponible**, que establecen retenciones de impuestos en la fuente más elevadas para determinados pagos, o que prohíben las deducción

7.717. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 contribuyen a la consecución de los objetivos perseguidos.

3. El grado de restricción del comercio de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8

7.718. Examinamos a continuación el grado de restricción de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8. El Grupo Especial observa, en primer lugar, que ninguna de las medidas en cuestión, es decir, las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 entraña una prohibición al comercio de servicios en los sectores y modos concernidos.

7.719. Recordamos que la Medida 1 resulta en un impuesto más elevado para las ganancias que se derivan de ciertos servicios (préstamo, créditos u otros servicios que impliquen la colocación de fondos en Argentina) suministrados por proveedores ubicados en jurisdicciones no cooperadoras. Se trata de una presunción de enriquecimiento de carácter irrefutable, es decir, que el consumidor en Argentina que efectúe una operación con una entidad ubicada en un país no cooperador deberá retener un impuesto más elevado aun cuando estuviera en condición de demostrar que se trata de una operación que no tiene el propósito de evadir impuestos en Argentina (por ejemplo, que se trata de un préstamo genuino, y no de un "auto-préstamo"). El efecto de la Medida 1 es que, por presuntamente el mismo tipo de servicio, el proveedor de una jurisdicción no cooperadora tributa un impuesto a las ganancias mayor derivado de sus operaciones en Argentina que el proveedor de una jurisdicción cooperadora. No se trata, por lo tanto, de una prohibición del comercio de servicios, sino de una medida que podría potencialmente desincentivar el comercio con países no cooperadores al establecer una fiscalidad más elevada.

7.720. La Medida 2 consiste en una presunción refutable que permite a las autoridades argentinas conseguir información adicional acerca de ciertas transacciones. Entendemos y aceptamos la explicación de Argentina de que tiene acceso a la información tributaria pertinente de aquellas jurisdicciones con las cuales ha firmado un acuerdo de intercambio de información fiscal. Por otro lado, la misma información no se consigue automáticamente en jurisdicciones no cooperadoras. Tenemos presente también que el contribuyente argentino puede evitar las consecuencias tributarias de esta Medida brindando la información adicional requerida. Por ello, no consideramos que la Medida 2 entrañe un grado de restricción del comercio muy elevado.

7.721. Las Medidas 3 y 4 también permiten a las autoridades argentinas conseguir información adicional acerca de ciertas transacciones. Estas medidas no impiden la realización de las transacciones, sino que las sujetan a ciertos requisitos. Por ejemplo, la Medida 3 resulta en la imposición de un método contable que implica una mayor carga para los contribuyentes argentinos en sus transacciones con proveedores de países no cooperadores⁸⁸¹ pero que en ningún momento les impide la realización de la transacción. Algo similar sucede en relación a la Medida 4, en donde encontramos que la regla aplicable al contribuyente argentino que realiza una transacción con un proveedor de servicios de un país no cooperador no le impide deducir de su base imponible el valor de dicha transacción, sino que simplemente retrasa la deducción al año fiscal en el que se produzca el pago, en lugar del momento del devengo. Por tanto, tampoco consideramos que las Medidas 3 y 4 impliquen un grado de restricción del comercio muy elevado.

7.722. La Medida 7 consiste en la imposición a las sucursales de sociedades de países no cooperadores de requisitos adicionales para la inscripción en el Registro Público de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta medida permite también a la autoridad argentina conseguir información a la cual no tiene acceso cuando se trata de empresas vinculadas a una jurisdicción no cooperadora.⁸⁸² Como tal, la carga de brindar la información requerida no nos parece representar un impedimento significativo al comercio internacional de servicios.

de estos últimos (por ejemplo, los pagos a favor de entidades situadas en determinados países o territorios).

Véase OCDE, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, prueba documental ARG-22, pág. 38 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es) (las negritas figuran en el original).

⁸⁸¹ Véase el párr. 7.307 *supra*.

⁸⁸² Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 126 y 127.

7.723. La Medida 8 entra en juego cuando el proveedor de servicios sale del mercado argentino y repatria su inversión. Esta medida requiere que los proveedores de servicios de países no cooperadores establecidos en el territorio argentino por un tiempo igual o superior a 365 días consigan la autorización previa del BCRA para repatriar su inversión. Argentina alega que dicha medida implica una revisión más detallada por parte del BCRA, el cual no puede impedir la repatriación de las inversiones directas cuando éstas cumplan las condiciones establecidas. Argentina aduce que, hasta la fecha, todas las solicitudes recibieron la conformidad previa.⁸⁸³ Panamá no ha contestado estos hechos pero alega que Argentina no suministra ningún tipo de evidencia para apoyar sus afirmaciones.⁸⁸⁴ La carga de brindar la información requerida por el BCRA a la hora de repatriar la inversión no nos parece representar un impedimento significativo al comercio internacional de servicios.

7.724. De lo anterior se desprende que la Medida 1 puede tener un impacto potencialmente restrictivo en el comercio de servicios al tratarse de una presunción que no puede ser refutada por el contribuyente argentino ni tan siquiera demostrando la legitimidad de la transacción. En el caso de la Medida 2, observamos que su impacto restrictivo sobre el comercio internacional de servicios es menor ya que el contribuyente argentino puede liberarse de la presunción siempre y cuando demuestre que los fondos se originaron en actividades efectivamente realizadas por él mismo o por un tercero, o bien que esos fondos habían sido declarados oportunamente. Para la Medida 3, consideramos que el impacto sobre el comercio internacional de servicios es también limitado ya que, si bien implica una metodología contable distinta para determinar el valor de mercado de las transacciones que puede ser más gravosa, en ningún momento impide dichas transacciones. Del mismo modo, no percibimos que la Medida 4 imponga impedimentos significativos a las transacciones con países no cooperadores ya que su efecto es el de retrasar la deducción de los gastos derivados de dichas transacciones por parte del contribuyente argentino al momento en que se realice el pago, pero en ningún caso impide que éste deduzca el gasto incurrido. En cuanto a la Medida 7, ésta exige información adicional para probar la legitimidad de las actividades comerciales de la empresa matriz en la jurisdicción de origen para toda sucursal que desee establecer una presencia comercial en la Ciudad de Buenos Aires. La Medida 8 consiste también en el suministro de información a la autoridad argentina a fin de verificar la legitimidad de una transacción; nos parece importante tener en cuenta también que esta medida refleja las recomendaciones del GAFI.⁸⁸⁵

7.725. Hacemos hincapié en que ninguna de estas medidas impide el suministro de servicios por proveedores de servicios de países no cooperadores cuando dichas transacciones tienen fines legítimos. Por lo tanto, nos parece que estas medidas, con la excepción de la Medida 1, tienen un impacto relativamente poco restrictivo sobre el comercio internacional de servicios. E incluso, en el caso de la Medida 1, el efecto en el comercio internacional de servicios no equivale a una prohibición.

7.726. Panamá argumenta que las Medidas 1, 2, 3 y 4 afectan a operaciones con jurisdicciones no cooperadoras que no son objeto de preocupación para Argentina pero que, sin embargo, se encuentran afectadas por las medidas. Entendemos que Panamá hace referencia a transacciones legítimas con jurisdicciones no cooperadoras. No compartimos la opinión de Panamá al respecto. En efecto, las medidas en cuestión tienen que abarcar todas las operaciones puesto que actúan *ex ante* y tienen el propósito de detectar operaciones falsas. Si 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.

7.727. Recordamos que el Órgano de Apelación ha explicado que "[u]na medida que tuviese relativamente poca repercusión en los productos importados podría más fácilmente considerarse 'necesaria' que una medida con efectos restrictivos intensos o más amplios".⁸⁸⁶ En nuestro caso, el

⁸⁸³ Primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 2, párrs. 41 y 43.

⁸⁸⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.803.

⁸⁸⁵ El GAFI indica, en cuanto a "Países de mayor riesgo", que "[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". Véanse las Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, pág. 20. Véase también la primera comunicación escrita de Argentina, Anexo explicativo No. 2, párr. 48.

⁸⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 163.

diseño de las medidas y la evidencia en nuestro expediente no nos permite concluir que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 tengan un efecto distorsionador importante sobre el comercio internacional de servicios. El Grupo Especial considera, por lo tanto, que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 tienen un efecto restrictivo limitado sobre el comercio internacional de servicios.

7.728. Habiendo examinado factores tales como la importancia del objetivo, la contribución de la medida a ese objetivo y el grado de restricción del comercio de la medida, procedemos a examinar si podemos llevar a cabo una comparación entre las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 y posibles medidas alternativas.⁸⁸⁷ Ello nos permitirá determinar si existen otras medidas compatibles con el AGCS que estén razonablemente al alcance de Argentina.⁸⁸⁸

4. Posibles medidas alternativas a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8

7.729. Comenzamos por recordar que, según el Órgano de Apelación, le incumbe a Panamá como Miembro reclamante identificar posibles alternativas a las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 de Argentina.⁸⁸⁹ Como explicamos anteriormente, el Órgano de Apelación ha aclarado también que una medida alternativa debe estar "razonablemente al alcance" del Miembro demandado y debe mantener para el Miembro el derecho a lograr el mismo nivel de protección que desee con respecto al objetivo perseguido:

El requisito, establecido en el apartado a) del artículo XIV, de que una medida sea "necesaria", es decir, que no haya "razonablemente al alcance" una alternativa compatible con las normas de la OMC, refleja el acuerdo compartido por los Miembros de que no se deben apartar a la ligera de las obligaciones sustantivas establecidas en el AGCS. No obstante, puede considerarse que una medida alternativa no está "razonablemente al alcance" cuando es simplemente de naturaleza teórica, por ejemplo cuando el Miembro demandado no puede adoptarla, o cuando la medida impone una carga indebida a ese Miembro, tales como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes. Además, una medida alternativa que esté "razonablemente al alcance" debe ser una medida que mantenga para el Miembro demandado el derecho a lograr el nivel de protección que desee con respecto al objetivo perseguido al amparo del apartado a) del artículo XIV.⁸⁹⁰

7.730. Sólo si la parte reclamante identifica medidas alternativas compatibles con las disposiciones del AGCS y logrando el mismo nivel de protección en cuanto al objetivo perseguido deberá la parte demandada acreditar por qué no considera adecuada la medida alternativa propuesta por el reclamante.⁸⁹¹

7.731. Por lo tanto, incumbe a Panamá identificar posibles medidas alternativas razonablemente al alcance de Argentina que permitan a Argentina asegurar la recaudación de impuestos en Argentina, conforme a sus leyes tributarias, y que no impliquen riesgos adicionales de prácticas fiscales nocivas, o lavado de dinero.

7.732. Con respecto a las Medidas 1, 2 y 3, Panamá argumenta, básicamente, que Argentina podría adoptar medidas que vayan dirigidas únicamente al problema al cual Argentina quiere hacer frente, pero que no afecten a todas las transacciones, en particular a las transacciones lícitas.⁸⁹² Observamos, en primer lugar, que Panamá no describe concretamente qué tipo de medida razonablemente al alcance de Argentina podría aplicarse a transacciones que son objeto de

⁸⁸⁷ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.214 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.169).

⁸⁸⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.214 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 307; y *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 166).

⁸⁸⁹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 309; y *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 156.

⁸⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 308. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 156 (no se reproducen las notas de pie de página).

⁸⁹¹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 311; y *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 156 (no se reproducen las notas de pie de página).

⁸⁹² Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.226 (Medida 1); 2.344 (Medida 2) y 2.463 (Medida 3).

preocupación para Argentina, es decir, las transacciones que encubren prácticas fiscales nocivas. De hecho, por su propia naturaleza, las transacciones que encubren maniobras de evasión fiscal no se identifican espontáneamente como tales y, por lo tanto, la autoridad fiscal debe tener los medios para identificarlas. Por lo tanto, las medidas que se aplicarían exclusivamente a transacciones que constituyeran evasión fiscal sólo podrían ser medidas *ex post*. No obstante, para identificar toda transacción ilegítima en primer lugar, se necesitan otras medidas, actuando *ex ante*, que permitan a la autoridad fiscal identificar las transacciones que son legítimas y las que no lo son.

7.733. Con respecto a la Medida 1, más allá del argumento que acabamos de exponer, Panamá argumenta que la presunción "no tendría por qué ser irrefutable".⁸⁹³ Entendemos que Panamá sugiere que una medida alternativa para Argentina sería transformar la presunción irrefutable que dispone el Artículo 93(c) de la LIG en una presunción refutable. Si bien consideramos que la posibilidad de refutar una presunción podría resultar en un grado inferior de restricción al comercio que en el caso de una presunción irrefutable, se nos hace difícil conciliar este argumento de Panamá con su impugnación de la presunción refutable contenida en la Medida 2. Asimismo, Panamá argumenta que para las transacciones entre sujetos vinculados, Argentina "tiene a su disposición el régimen de precios de transferencia al amparo del artículo 15 de la LIG (excluyendo su párrafo segundo), y otras disposiciones pertinentes del RIG, que permitirían establecer precios semejantes al mercado".⁸⁹⁴ En todo caso, Panamá no explica cómo Argentina podría lograr el mismo nivel de protección frente a riesgos de evasión fiscal. En particular, Panamá no explica cómo Argentina podría conseguir, en base al "Artículo 15 de la LIG (excluyendo el segundo párrafo) ... y otras disposiciones del RIG", información sobre un proveedor de servicios ubicado en una jurisdicción no cooperadora para prevenir riesgos de evasión fiscal.

7.734. En lo que respecta a las Medidas 2 y 3, Panamá no presenta ninguna medida alternativa, más allá de afirmar, como vimos anteriormente, que Argentina podría adoptar medidas que apuntasen exclusivamente a transacciones ilícitas.

7.735. Respecto a la Medida 4, observamos que Panamá no propone medidas que podrían constituir alternativas razonablemente al alcance de Argentina y menos restrictivas del comercio. En cuanto a la Medida 7, Panamá propone como alternativa eliminar dicha disposición normativa.⁸⁹⁵ A nuestro parecer, ello equivale a no proponer medida alternativa alguna.⁸⁹⁶ Finalmente, Panamá tampoco propone posibles alternativas a la Medida 8.

7.736. El Grupo Especial concluye, por lo tanto, que Panamá no ha identificado ninguna medida específica razonablemente al alcance de Argentina, menos restrictiva del comercio y que permita lograr el mismo nivel de protección con respecto al objetivo perseguido que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8.

(ii) Conclusión

7.737. El Grupo Especial debe ahora sopesar y confrontar la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por las leyes o reglamentos de que se trate, la contribución que realizan las medidas a la observancia de dichas leyes o reglamentos, y el efecto de las medidas sobre el comercio de servicios. Al sopesar estos tres factores, debemos también tomar en cuenta que no se han identificado medidas alternativas razonablemente disponibles que permitan lograr el mismo nivel de protección que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8.

7.738. El Grupo Especial ha constatado que la protección de su sistema de recaudación de impuestos y la lucha contra prácticas fiscales nocivas y contra el lavado de dinero son intereses o valores de la mayor importancia para Argentina. Hemos también concluido que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 contribuyen a la consecución del objetivo perseguido. Asimismo, hemos considerado

⁸⁹³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.227.

⁸⁹⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.228.

⁸⁹⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.762.

⁸⁹⁶ El grupo especial en *Colombia – Puertos de entrada* estimó que cuando la medida alternativa propuesta por el reclamante consiste en lo mismo que se conseguiría si el grupo especial confirmara alguna de sus alegaciones, no se considera que el reclamante haya identificado ninguna medida específica razonablemente disponible. Véase el informe del grupo especial, *Colombia – Puertos de entrada*, párr. 7.611.

que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 tienen un efecto restrictivo limitado sobre el comercio internacional de servicios.

7.739. Junto a ello, hemos constatado que Panamá no ha identificado ninguna medida razonablemente al alcance de Argentina y menos restrictiva del comercio que Argentina podría adoptar para lograr los mismos objetivos, es decir, para lograr el mismo nivel de recaudación de impuestos y, en cuanto a la Medida 8, para lograr el mismo nivel de protección contra el lavado de activos.

7.740. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye, de manera preliminar, 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 del AGCS. Examinamos a continuación si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 cumplen con los requisitos del *chapeau* del Artículo XIV del AGCS.

(c) Tercer elemento: Si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 cumplen con los requisitos del *chapeau* del Artículo XIV del AGCS

7.741. Habiendo constatado que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 están provisionalmente justificadas al amparo del apartado (c) del Artículo XIV del AGCS, examinamos a continuación si cumplen con los requisitos establecidos en el *chapeau* de esa disposición. El texto del *chapeau* se reproduce a continuación:

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.

7.742. Recientemente, en *CE – Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación, en relación al *chapeau* del Artículo XX del GATT de 1994, que tiene un enunciado muy similar, dispuso que éste "impone disciplinas adicionales sobre las medidas respecto de las que se ha constatado que incumplen una obligación establecida en el GATT de 1994, pero también que están justificadas provisionalmente al amparo de una de las excepciones previstas en los apartados del artículo XX."⁸⁹⁷ El Órgano de Apelación explicó que el *chapeau* "impone dichas disciplinas exigiendo que las medidas no se 'apliquen ... en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional'."⁸⁹⁸

7.743. En lo que respecta a la función del *chapeau*, el Órgano de Apelación en *CE – Productos derivados de las focas* indicó:

La función de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994 es impedir el abuso o el uso indebido del derecho de un Miembro a invocar las excepciones contenidas en los apartados de ese artículo.⁸⁹⁹ De este modo, la cláusula introductoria tiene por efecto preservar el equilibrio entre el derecho de un Miembro a invocar las excepciones del artículo XX y los derechos de los demás Miembros a estar protegidos de conductas prohibidas en virtud del GATT de 1994.⁹⁰⁰ Se requiere lograr este equilibrio "de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprim[a] el otro y de esa forma distorsion[e], anul[e] o menoscab[e] el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido".⁹⁰¹ Como declaró el Órgano

⁸⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.296.

⁸⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.296.

⁸⁹⁹ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 26.

⁹⁰⁰ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 156.

⁹⁰¹ (Nota del original) En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente: La tarea de interpretar y aplicar el preámbulo equivale esencialmente, por lo tanto, a la delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción al amparo del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el artículo XI) del GATT de 1994, de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprimirá el otro y de esa forma distorsionará, anulará o

de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, la carga de demostrar que una medida que se justifica provisionalmente al amparo de una de las excepciones del artículo XX no constituye un abuso de tal excepción en virtud de lo dispuesto en la parte introductoria corresponde a la parte que invoca la excepción.⁹⁰² El Órgano de Apelación explicó que esta es "una tarea más difícil que la de demostrar que una excepción abarca la medida de que se trata".^{903 904}

7.744. En *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación explicó que el *chapeau* del Artículo XIV del AGCS se refiere "a la aplicación de una medida que el Grupo Especial ya ha declarado incompatible con alguna de las obligaciones impuestas por el AGCS pero que está comprendida en alguno de los apartados del artículo XIV".⁹⁰⁵ En *CE – Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación aclaró que:

Aunque esto indica que la indagación debe centrarse en la forma en que la medida se aplica, el Órgano de Apelación ha señalado que la cuestión de si una medida se aplica en una forma determinada "puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida".⁹⁰⁶ Por tanto, es pertinente considerar el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de una medida para establecer si la medida, en su aplicación real o prevista, constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan las mismas condiciones. Esto implica que es preciso tener en cuenta "tanto [los] requisitos de fondo como de procedimiento" previstos en la medida en litigio.^{907 908} (las cursivas figuran en el original)

7.745. Observamos que el *chapeau* del Artículo XIV del AGCS describe en términos muy similares a los del Artículo XX del GATT de 1994 la existencia de tres tipos de situaciones relativas a la aplicación de medidas que pueden dar lugar a una incompatibilidad con dicho *chapeau*: (i) una discriminación arbitraria entre países en que prevalezcan condiciones similares; (ii) una discriminación injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares; o (iii) una restricción encubierta del comercio de servicios. En diferencias bajo el Artículo XX del GATT de 1994, las dos primeras situaciones (es decir, la discriminación arbitraria o la discriminación injustificable) se han tratado frecuentemente de forma conjunta.⁹⁰⁹ La existencia de una de esas situaciones es suficiente para concluir que una medida no puede justificarse al amparo del Artículo XX del GATT de 1994.⁹¹⁰

7.746. Teniendo presentes esas orientaciones del Órgano de Apelación, examinaremos si la aplicación de las medidas en cuestión constituye "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares". En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación señaló que para que una medida se aplique en una forma que constituya una "discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones", deben existir tres condiciones: (i) la aplicación de la medida debe dar lugar a una discriminación; (ii) la discriminación debe tener un carácter arbitrario o injustificable; y (iii) esta discriminación debe darse entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones.⁹¹¹

menoscabará el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido en ese Acuerdo.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 159.

⁹⁰² (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 26.

⁹⁰³ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 26.

⁹⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.297.

⁹⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 339 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*) (las cursivas figuran en el original). Recordamos que el texto del *chapeau* del Artículo XIV del AGCS está redactado en términos prácticamente idénticos al del *chapeau* del Artículo XX del GATT de 1994. Por lo tanto, la jurisprudencia desarrollada bajo el Artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para nuestro análisis.

⁹⁰⁶ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, páginas 34 y 35.

⁹⁰⁷ (Nota del original) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 160.

⁹⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.302.

⁹⁰⁹ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, *Estados Unidos – Camarones* (Artículo 21.5 del ESD – *Malasia*), *Estados Unidos – Juegos de azar* y *Brasil – Neumáticos recauchutados*; y los informes de los grupos especiales, *Estados Unidos – Juegos de azar*, *CE – Preferencias arancelarias*, *CE – Amianto* y *Brasil – Neumáticos recauchutados*.

⁹¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párr. 184.

⁹¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párr. 150.

Como declaró el Órgano de Apelación en el asunto *Brasil – Neumáticos recauchutados*, "[l]a evaluación de estos factores ... formaba parte de un análisis relativo a la causa, o los fundamentos, de la discriminación".⁹¹²

7.747. Examinaremos, por lo tanto, si las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 se aplican de forma que se discrimine entre servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores y servicios y proveedores de servicios similares de países cooperadores (obligación NMF bajo el Artículo II:1 del AGCS).

7.748. Para llevar a cabo este examen relativo a la aplicación de la medida, nos guiaremos por lo afirmado por el Órgano de Apelación en *CE – Productos derivados de las focas*. Como se indicó anteriormente, en esa diferencia el Órgano de Apelación estableció que "la cuestión de si una medida se *aplica* en una forma determinada 'puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida'".⁹¹³ Por lo tanto, a continuación examinaremos "el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora" de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 "para establecer si la medida, en su aplicación real o prevista, constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan las mismas condiciones".⁹¹⁴

7.749. Hemos constatado que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 distinguen entre servicios y proveedores de servicios de países cooperadores y no cooperadores. Esta distinción se establece en virtud del Decreto No. 589/2013, que consideramos inherente a todas y cada una de las medidas en litigio al ser la pieza legislativa clave que define su diseño y funcionamiento.

7.750. El Artículo 1° del Decreto No. 589/2013 establece que serán cooperadores aquellos países que (i) hayan suscrito con 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) hayan iniciado con Argentina las negociaciones necesarias a los fines de suscribir dicho acuerdo o convenio. En este último caso, la AFIP será la entidad encargada de determinar si se dan las condiciones necesarias para el inicio de las negociaciones.⁹¹⁵

7.751. Observamos que el texto del Decreto No. 589/2013 prevé que un país pueda ser considerado "cooperador", no solamente cuando ha suscrito un acuerdo de intercambio de información tributaria con Argentina y está efectivamente intercambiando la información pertinente, sino también cuando *ha iniciado negociaciones* con Argentina. Sin embargo, observamos que Argentina no tiene acceso a la información fiscal de los países con los que está negociando. Así parece reconocerlo la propia Argentina al afirmar que el objetivo de otorgar el estatus de cooperador a países con los que se está negociando es incentivar la suscripción de dichos acuerdos.⁹¹⁶ Por lo tanto, no vemos cómo Argentina puede acceder de manera sistemática a la información necesaria para prevenir prácticas fiscales nocivas o lavado de dinero sin que exista un acuerdo de intercambio de información.

7.752. A nuestro parecer, no se trata simplemente de que Argentina no tenga acceso a la información fiscal de los países con los que se encuentra negociando. En efecto, a esto se añade que, durante las negociaciones, los países negociadores no están sometidos a los requisitos previstos en las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8. Esto significa que las autoridades argentinas no tienen la posibilidad de asegurar la legitimidad de las transacciones con proveedores de estos países, a pesar de que dichos países representen un riesgo para el sistema tributario argentino debido a la falta de acceso a la información. El mero hecho de iniciar y proseguir negociaciones no permite a

⁹¹² Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 225. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁹¹³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.302 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, págs. 34 y 35) (las cursivas figuran en el original).

⁹¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.302. Señalamos que el Artículo XIV del AGCS se refiere a "condiciones similares" mientras que el GATT de 1994 se refiere a "las mismas condiciones".

⁹¹⁵ Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

⁹¹⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 76. Véanse también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 12(b) y la declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 36.

Argentina cumplir con sus objetivos de asegurar la recaudación de impuestos y luchar contra prácticas fiscales nocivas o el lavado de dinero. De hecho, podría argumentarse que esta situación es contraproducente a la consecución de dichos objetivos. Por lo tanto, coincidimos con Panamá en que el mero inicio de una negociación – sin la certeza de concluir un acuerdo – no constituye un mecanismo suficiente para asegurar el efectivo intercambio de información y el cumplimiento de la legislación argentina.⁹¹⁷

7.753. No estamos convencidos de que, tal y como afirma Argentina, el hecho de designar como países cooperadores a aquéllos con los que se han iniciado negociaciones de buena fe tendientes a la firma de un acuerdo de intercambio de información promueva los objetivos de dichos acuerdos e incentive la rápida conclusión de un acuerdo.⁹¹⁸ Nos parece que, al contrario, un país que tiene la condición de país cooperador a pesar de no transmitir las informaciones deseadas por las autoridades argentinas no tiene realmente un incentivo para concluir rápidamente un acuerdo que le obligue a intercambiar la información tributaria pertinente.

7.754. Las relaciones entre Panamá y Argentina ilustran este problema. Tal como explica Argentina, Panamá fue incluido "a partir del 1 de enero de 2014 como 'país cooperador a los fines de la transparencia fiscal' en el marco del Decreto 589/2013 y de la RG AFIP [3576]/2013 tras haberse iniciado negociaciones para celebrar un acuerdo de intercambio de información a los fines fiscales a partir de noviembre de 2013...".⁹¹⁹ Es decir que, hasta el 31 de diciembre de 2013, Argentina consideraba a Panamá como un "país de baja o nula tributación"⁹²⁰ y, en consecuencia, le aplicaba medidas fiscales defensivas. A partir del 1 de enero de 2014, Argentina dejó de aplicar dichas medidas fiscales defensivas a Panamá al considerar que había iniciado negociaciones con Panamá en noviembre de 2013.⁹²¹ Sin embargo, parece ser que el acceso que Argentina tiene a la información fiscal de Panamá no ha cambiado a pesar del nuevo estatus de Panamá: Argentina sigue sin tener acceso a dicha información.⁹²²

7.755. Por lo tanto, la aplicación por las autoridades argentinas del criterio de inicio de las negociaciones para otorgar estatus de país cooperador genera distorsiones dentro de la categoría misma de países cooperadores ya que, dentro de dicha categoría, Argentina enumera tanto a países con los que intercambia efectivamente información (como por ejemplo, Alemania) y países con los que no existe este intercambio (como es el caso de Panamá). A su vez, estas distorsiones se plasman en la aplicación de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8, al ser éstas impuestas a países no cooperadores en virtud de la aplicación del Decreto No. 589/2013.

7.756. Junto a esta situación, observamos también distorsiones en lo relativo a la actualización de la lista. Recordamos que, en virtud del Artículo 2 del Decreto No. 589/2013, la AFIP está facultada para elaborar la lista de países cooperadores y mantenerla actualizada. Según Argentina, esta actualización se lleva a cabo anualmente, al inicio del año fiscal.⁹²³ Al momento de distribuir este informe a las partes, la lista de países que Argentina considera cooperadores sigue siendo la publicada en la página web de la AFIP el 1 de enero de 2014. Panamá, a pesar de haber afirmado repetidamente que "no ha iniciado negociaciones para suscribir un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria"⁹²⁴ sigue en la lista de países cooperadores. Sin embargo, otros países con los cuales Argentina ha iniciado negociaciones en el curso del año 2014 (a saber, Belarús, Camerún, Chipre, Costa de Marfil, Gabón, Gibraltar y Hong Kong (China))⁹²⁵, todavía no tienen el estatus de país cooperador, y, por lo tanto, están sujetos a las medidas fiscales defensivas de Argentina.

⁹¹⁷ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 54.

⁹¹⁸ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párr. 36. Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 9(a).

⁹¹⁹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(c) y (d).

⁹²⁰ El Decreto No. 589/2013 sustituye esta terminología por "país no considerado 'cooperador a los fines de la transparencia fiscal'".

⁹²¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(c) y (d).

⁹²² Entendemos que la negativa de Panamá a reconocer que ha iniciado negociaciones con vistas a firmar un acuerdo de intercambio de información parece indicar que Panamá no ha intercambiado información con Argentina. Véase la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7.

⁹²³ Declaración inicial de Argentina en la segunda reunión del Grupo Especial, párrs. 41- 43.

⁹²⁴ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7.

⁹²⁵ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(b)(ii).

7.757. Observamos también que la Unión Europea expresó dudas acerca de la "aparente discrecionalidad" con la que Argentina designa jurisdicciones cooperadoras a los efectos de la aplicación del *chapeau* del Artículo XIV del AGCS. La Unión Europea alega que "la discreción de las autoridades de Argentina no parece estar acotada por criterios fundados previstos en la ley; [las distinciones efectuadas por Argentina] tampoco parecen estar vinculadas al objetivo regulatorio. Más bien, de la propia descripción de Argentina de cómo Panamá fue en un primer momento considerado un país no cooperador ... y luego designado como una jurisdicción cooperadora a partir del 1 de enero de 2014, nos parece que Argentina no está necesariamente haciendo distinciones sobre la base de estándares internacionales o de la efectiva cooperación fiscal bilateral".⁹²⁶

7.758. En este contexto, Panamá critica a Argentina por excluir de la categoría de "países cooperadores" a jurisdicciones como Bahréin y Hong Kong (China), las cuales, a criterio del propio Foro Global, se encuentran en la misma situación que Argentina en cuanto a la observancia de los estándares de transparencia fiscal e intercambio de información de esa organización. Por otra parte, Argentina incluye en la lista de "países cooperadores" a jurisdicciones que a criterio del Foro Global no cumplen aún con los estándares básicos de esta institución (por ejemplo, Luxemburgo y las Islas Vírgenes Británicas).⁹²⁷ El argumento de Panamá no nos parece pertinente. El objetivo de Argentina es intercambiar información fiscal. El hecho clave para que Argentina pueda intercambiar información fiscal es la firma de un acuerdo de intercambio de información fiscal con una jurisdicción, no la clasificación o categorización de dicha jurisdicción en el Foro Global. Así, el hecho de que un país se encuentre "en la misma situación" que Argentina según los criterios del Foro (es decir, en la misma fase del "*peer review*"), no significa necesariamente que este país intercambie información con Argentina.⁹²⁸ De la misma manera, el hecho de que un país no cumpla con los estándares básicos del Foro Global no significa que no intercambie información tributaria con Argentina si este país ha firmado un acuerdo de intercambio con Argentina.⁹²⁹ De nuevo, la distorsión se origina en la discrecionalidad que impera en la actualización de la lista, que se plasma en la imposición en la práctica de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8, al ser éstas impuestas a países no cooperadores en virtud de la aplicación del Decreto No. 589/2013.

7.759. Nos parece también difícil reconciliar la aplicación de las medidas, tal como resulta del Decreto No. 589/2013, con los estándares en materia de transparencia e intercambio de información establecidos por el propio Foro Global. Los "Términos de Referencia" del proceso de Revisión por los Pares del Foro Global, que representan, en particular, "los estándares y los elementos clave en relación con los cuales se evaluarán el marco jurídico y administrativo de las jurisdicciones y la aplicación efectiva de los estándares" explican que:

El intercambio de información por motivos fiscales es eficaz cuando información fiable, previsiblemente relevante a los requerimientos fiscales de la jurisdicción que la solicita está disponible, o puede ponerse a disposición, de manera oportuna y existen los mecanismos jurídicos que permitan la obtención y el intercambio de la información. Es útil, por lo tanto, conceptualizar la transparencia y el intercambio de información como abarcando tres componentes básicos:

- la disponibilidad de información

⁹²⁶ Unión Europea, comunicación de tercero, párr. 121 (traducción al español por la Secretaría de la OMC).

⁹²⁷ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 1 (donde se hace referencia a las pruebas documentales PAN-3 y ARG-2).

⁹²⁸ De hecho, se desprende de los propios términos de referencia del Foro Global que el intercambio de información se basa esencialmente en una base jurídica: "La potestad jurídica para intercambiar información puede derivar de mecanismos bilaterales o multilaterales (por ejemplo, convenciones para evitar la doble imposición, acuerdos de intercambio de información fiscal, la Convención del Consejo de Europa y la OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal) u originarse en el derecho nacional". Véase Foro Global, *Términos de Referencia para supervisar y examinar el avance hacia la transferencia y el intercambio de información con fines fiscales (Términos de Referencia)*, OCDE, 2010, prueba documental ARG-40, párr. 14 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC). El párrafo C.2 del mismo documento estipula lo siguiente: "La red de mecanismos de intercambio de información de las jurisdicciones debería cubrir a todos los socios relevantes".

⁹²⁹ De hecho, países que no cumplen todavía con los estándares del Foro tienen un interés en firmar acuerdos dado que esto es uno de los criterios que el Foro toma en cuenta para evaluar el nivel de cumplimiento de sus Miembros con los estándares del Foro.

- el acceso adecuado a la información, y
- la existencia de mecanismos de intercambio de información.

En otras palabras, la información debe estar **disponible**, las autoridades fiscales deben tener **acceso** a la información, y debe existir una base para el **intercambio**. Si alguno de estos elementos falta, el intercambio de información no será efectivo.⁹³⁰

7.760. En cuanto a los "elementos esenciales" del intercambio de información, el Foro Global explica que los mecanismos de intercambio de información deberían "prever el intercambio efectivo de información y deberían ... estar en vigor; donde se hayan firmado acuerdos, las jurisdicciones deben tomar todos los pasos necesarios para que entren en vigor con celeridad".⁹³¹ Por lo tanto, el Foro Global pone énfasis en que el intercambio de información tenga una base jurídica que garantice el intercambio efectivo. La mera perspectiva – cercana o remota – de conseguir dicha información porque se ha iniciado la negociación de un acuerdo de intercambio de información (incluso si la negociación se ha iniciado de buena fe entre Argentina y el otro país) no parece ajustarse al estándar establecido por el Foro Global.

7.761. De lo anterior, concluimos que, al otorgar el estatus de país cooperador a países con los que está negociando un intercambio de información fiscal, sin por ello tener un acuerdo en vigor que permita intercambiar efectivamente dicha información, Argentina está aplicando sus Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 de forma contraproducente al objetivo declarado por ella misma para justificar la distinción entre países cooperadores y no cooperadores. Recordamos que este objetivo es "la capacidad ... para tener acceso a la información que es necesaria para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos de la Argentina".⁹³² Esta situación nos remite a lo afirmado por el Órgano de Apelación en *Brasil – Neumáticos recauchutados* en el sentido de que la falta de relación entre las medidas y los objetivos indica que las medidas discriminan de manera "arbitraria o injustificable".⁹³³ Así, jurisdicciones que se encuentran en diferentes situaciones en lo que concierne al acceso a la información por parte de Argentina se ven clasificadas en la misma categoría; y jurisdicciones que se encuentran en situación similar en lo que concierne al acceso a la información por parte de Argentina caen en distintas categorías. Asimismo, consideramos que la actualización anual de la lista genera un trato discriminatorio entre jurisdicciones que se encuentran en la misma situación. En ambos casos, consideramos que las distorsiones derivadas del diseño y la aplicación del Decreto No. 589/2013 se trasladan a la aplicación de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8, al ser el Decreto No. 589/2013 parte inherente de las mismas.

7.762. En consecuencia, concluimos que la aplicación de las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 constituye una discriminación arbitraria e injustificable en el sentido del *chapeau* del Artículo XIV del AGCS.

7.763. Habida cuenta de lo mencionado anteriormente, el Grupo Especial concluye que Argentina no ha acreditado que las medidas en litigio se apliquen de conformidad con el *chapeau* del Artículo XIV del AGCS.

7.3.5.2.5 Conclusión

7.764. A tenor de lo anterior, constatamos que la Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados), la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia), la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos), la Medida 7 (requisitos para el registro de sucursales) y la Medida 8 (requisito de autorización cambiaria) 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.

⁹³⁰ Foro Global, *Términos de Referencia*, OCDE, 2010, prueba documental ARG-40, párrs. 8 y 9 (no se reproducen las notas de pie de página, las negritas figuran en el original) (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

⁹³¹ Foro Global, *Términos de Referencia*, OCDE, 2010, prueba documental ARG-40, párr. C.1.8, pág. 8 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

⁹³² Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 76.

⁹³³ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 232.

7.3.6 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XIV(d) del AGCS

7.3.6.1 Principales argumentos de las partes

7.3.6.1.1 Argentina

7.765. Argentina alega que sus medidas fiscales defensivas respecto de las alegaciones de Panamá sobre trato nacional en el marco del Artículo XVII del AGCS (Medidas 2, 3 y 4) están justificadas, en alternativa, al amparo del Artículo XIV(d) del AGCS, como medidas que establecen *"la diferencia de trato [que] tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros"*.⁹³⁴

7.766. Argentina alega que las medidas fiscales defensivas previstas en la LIG y en la LPT "imponen una diferencia de trato que garantiza la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros" en el sentido del Artículo XIV(d) del AGCS, incluyendo la nota de pie de página 6 respecto del apartado (d). Argentina sostiene que, tal como surge de la descripción de Panamá, las medidas fiscales defensivas de Argentina se han establecido para imponer un trato diferente que garantice la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de los países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal. Argentina alega que, por su propio cometido, cada una de las Medidas 2, 3 y 4 aplica un trato diferente a las transacciones de los contribuyentes argentinos que involucran a proveedores de servicios de los países no cooperadores con el objeto de garantizar la imposición y/o la recaudación equitativa y/o efectiva de impuestos a las ganancias respecto de las transacciones en que éstos estén involucrados. Esto se debe a que tales medidas se aplican con el fin de garantizar la imposición o el pago del impuesto, o bien ambos objetivos, en el territorio de Argentina así como prevenir la elusión o evasión de impuestos y de esta forma salvaguardar la base impositiva de Argentina. El trato diferente encuentra su fundamento en el reconocimiento de la diferencia existente en cuanto a la imposibilidad de comprobar la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias cuando los contribuyentes argentinos realizan transacciones con proveedores de servicios que se ubican en países no cooperadores por cuanto la Administración tributaria argentina no dispone de la información fiscal necesaria.⁹³⁵

7.767. Argentina aduce que las Medidas 2 y 4 se encuentran diseñadas para asegurar el cumplimiento de la LIG, conforme a la cual se determina el ingreso sujeto a impuestos en Argentina. Estas medidas fiscales defensivas han sido creadas para garantizar la imposición y/o la recaudación del impuesto a las ganancias y salvaguardar la base fiscal, mitigar el riesgo de su erosión artificial así como las maniobras de elusión y evasión entre contribuyentes argentinos y entidades relacionadas ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras. A juicio de Argentina, la Medida 3 atribuye un trato diferente a las transacciones con proveedores de servicios de los países no cooperadores para garantizar la imposición efectiva del impuesto a las ganancias ante la falta de información fiscal que permita corroborar si las valoraciones de las transacciones reflejan operaciones reales que "determinan, asignan o reparten ingresos, beneficios, ganancias, pérdidas, deducciones o créditos de personas residentes o sucursales, o entre personas vinculadas o sucursales de la misma persona", salvaguardando "la base impositiva" argentina bajo el régimen general de los precios de transferencia de la ley argentina. Argentina señala que sus medidas fiscales defensivas han sido creadas para otorgar un trato diferente cuyo objeto es "garantizar la imposición y/o la recaudación equitativa y/o efectiva de impuestos a las ganancias". Argentina sostiene que estas medidas son en sí mismas compatibles con el AGCS y se asemejan a las medidas tributarias ampliamente adoptadas por los Miembros de la OMC.⁹³⁶

7.768. Argentina alega que sus medidas fiscales defensivas son "necesarias" para establecer una "diferencia de trato [que] teng[a] por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros". Según Argentina, cada una de las medidas fiscales defensivas cuestionadas por Panamá es capaz – y de hecho, así lo hace – de contribuir notablemente a garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o

⁹³⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 353 (las cursivas figuran en el original).

⁹³⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 356-361.

⁹³⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 363-365.

proveedores de servicios de otros Miembros, así como de prevenir la elusión o evasión de impuestos y salvaguardar la base impositiva argentina. Argentina argumenta que el trato diferente respecto de las transacciones domésticas con contribuyentes en Argentina y las transacciones entre contribuyentes argentinos y entidades ubicadas en jurisdicciones fiscales no cooperadoras se justifica por cuanto éstas últimas representan un mayor riesgo de evasión fiscal, elusión fiscal y fraude, ya que no es posible para las autoridades argentinas determinar si la operación tiene un propósito comercial legítimo, o bien, si tal operación se dirige exclusivamente a evitar el pago de impuestos en Argentina. Según Argentina, sus medidas fiscales defensivas reducen considerablemente estos riesgos, ya que eliminan los posibles beneficios fiscales que los contribuyentes argentinos derivarían de la simulación de las transacciones realizadas exclusivamente a efectos de evitar el pago del impuesto a las ganancias en Argentina con la consiguiente erosión de la base fiscal. Argentina reitera que las medidas fiscales defensivas en cuestión constituyen una "estrategia global" para hacer frente a los riesgos que plantean las prácticas fiscales nocivas de las jurisdicciones no cooperadoras.⁹³⁷

7.769. En cuanto al grado de importancia de los intereses protegidos por las medidas fiscales defensivas, Argentina argumenta que el objetivo de garantizar su sistema de recaudación de impuestos frente a los riesgos planteados por las prácticas fiscales nocivas de jurisdicciones no cooperadoras es un interés de la máxima importancia. Argentina recuerda que las transacciones entre contribuyentes y entidades ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras suponen un mayor riesgo de evasión fiscal, elusión fiscal y erosión de la base impositiva argentina porque las autoridades argentinas no tienen acceso independiente a la información sobre quiénes son los beneficiarios finales de las entidades extranjeras y tampoco tienen acceso a la información relativa al valor real de las operaciones en cuestión. Mediante la reducción de oportunidades para que este tipo de transacciones engañosas y fraudulentas tengan lugar, las medidas fiscales defensivas en cuestión refuerzan el interés superlativo de proteger el sistema impositivo argentino frente a los riesgos planteados por las prácticas fiscales nocivas de jurisdicciones no cooperadoras. Argentina reitera que el grado de importancia de la protección de la recaudación impositiva y la aplicación del sistema tributario de Argentina frente a los riesgos que plantean las prácticas fiscales nocivas de jurisdicciones fiscales no cooperadoras se ve corroborado por los trabajos del Foro Global.⁹³⁸

7.770. Argentina argumenta que las medidas fiscales defensivas en cuestión no son excesivamente restrictivas del comercio de servicios financieros provenientes de proveedores de servicios situados en jurisdicciones fiscales no cooperadoras.⁹³⁹ Sobre este punto, Argentina se refiere a lo expuesto en el contexto de su defensa bajo el Artículo XIV(c) del AGCS.⁹⁴⁰

7.771. Argentina concluye que no existe un solo factor que juegue en contra de la conclusión que las Medidas 2, 3 y 4 están abarcadas por el apartado (d) del Artículo XIV.⁹⁴¹

7.772. Argentina argumenta que las Medidas 2, 3 y 4 son aplicadas de conformidad con el *chapeau* del Artículo XIV del AGCS. El trato diferente a los contribuyentes establecido por las medidas fiscales defensivas de Argentina a los efectos del impuesto a las ganancias en relación a transacciones domésticas y transacciones que involucran a contribuyentes argentinos con proveedores de servicios en jurisdicciones no cooperadoras difícilmente puede ser visto como "arbitrario" o "injustificable". Desde el punto de vista de las autoridades fiscales argentinas, estas dos categorías de transacciones entrañan distintos grados de riesgo para "garantizar la imposición y la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos en la Argentina de acuerdo con sus leyes impositivas". Mientras que en el caso de los proveedores en Argentina, las autoridades fiscales argentinas tienen la capacidad de obtener la información necesaria para "garantizar la imposición y la recaudación equitativa y efectiva de impuestos directos", en el caso de los proveedores de jurisdicciones no cooperadoras, las autoridades fiscales argentinas no son capaces de obtener esta información. Según Argentina, esta diferencia afecta negativamente la capacidad de Argentina para "garantizar la imposición y la recaudación equitativa y efectiva de impuestos directos" y salvaguardar la integridad de su base impositiva.⁹⁴²

⁹³⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 367-371.

⁹³⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 381-384.

⁹³⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 386 y 387.

⁹⁴⁰ Véase el párr. 7.536 *supra*.

⁹⁴¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 389.

⁹⁴² Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 392-395.

7.773. Argentina argumenta que el trato diferente de los contribuyentes a los efectos del impuesto a las ganancias entre transacciones que involucran a proveedores de servicios en Argentina y transacciones que involucran a contribuyentes argentinos con proveedores de servicios de jurisdicciones no cooperadoras reflejado en las medidas fiscales defensivas argentinas se basa en normas internacionalmente reconocidas del Foro Global y de la OCDE, a las que, a su vez, Panamá se ha comprometido. Argentina concluye que la razón o motivo del trato diferente atribuido por las normas a los proveedores de servicios en Argentina respecto de los proveedores de servicios de jurisdicciones no cooperadoras se relaciona directamente con el objetivo legítimo de "garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros" a la luz de los mayores riesgos que las transacciones con jurisdicciones no cooperadoras implican respecto de la recaudación efectiva, los riesgos de evasión y elusión impositiva, la transferencia de beneficios y la salvaguardia de la base impositiva argentina en comparación con las transacciones domésticas.⁹⁴³

7.3.6.1.2 Panamá

7.774. Panamá observa que no existe jurisprudencia que haya establecido la manera en que esta disposición debe ser interpretada y aplicada a un caso concreto, pero no hay razón para no aplicar análogamente el mismo enfoque utilizado para la aplicación del Artículo XIV(c)(i) del AGCS. Panamá recuerda que los requisitos del *chapeau* son los mismos en el caso de una defensa bajo el Artículo XIV(d) del AGCS. Según Panamá, la parte que invoca esta disposición para intentar justificar una medida que viola el Artículo XVII del AGCS tiene la carga de probar que su medida cae bajo el alcance de esta norma. Panamá aduce que, para justificar provisionalmente una medida al amparo del apartado (d) del Artículo XIV, el demandado debe probar que se trata de una medida cuyo objeto sea "garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros". Para dicho propósito un demandado debe: (i) identificar los impuestos directos; (ii) establecer lo que considera como imposición o recaudación equitativa o efectiva [de estos impuestos] respecto de servicios y proveedores de servicios de otros Miembros; y (iii) demostrar que la medida tiene la finalidad de garantizar esa imposición o recaudación.⁹⁴⁴

7.775. Panamá argumenta que la identificación de impuestos directos se refiere a la identificación de tributos que gravan directamente al sujeto pasivo de la obligación tributaria. Los impuestos directos deben distinguirse de los impuestos indirectos u otro tipo de tributación (incluyendo las tasas y las contribuciones). En lo que concierne al segundo elemento, el demandado debe acreditar que la medida en cuestión se refiere a la imposición o recaudación equitativa o efectiva respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros, e identificar lo que se considera equitativo o efectivo en términos de recaudación o imposición. Según Panamá, si una medida no se refiere a la imposición o recaudación respecto de servicios o proveedores de servicios de otros Miembros, está fuera del alcance del Artículo XIV(d) del AGCS. Panamá sostiene que, en tercer lugar, un demandado deberá probar que la medida tiene como finalidad garantizar la recaudación o imposición equitativa o efectiva en cuestión. Para ello se deberá evaluar la finalidad expresa de la medida, si estuviera contenida en una norma, así como el diseño, estructura y arquitectura de la misma.⁹⁴⁵

7.776. Panamá argumenta que las Medidas 2, 3 y 4 no están encaminadas a asegurar la recaudación de tributos directos con respecto a servicios o proveedores del extranjero. Según Panamá, la Medida 2 no sólo tiene efectos sobre la recaudación del impuesto a las ganancias – un impuesto directo – sino también sobre el IVA y los impuestos internos, los cuales son impuestos indirectos.⁹⁴⁶ Panamá reconoce que la Medida 3 se vincula a la imposición o recaudación de un impuesto directo, pero argumenta que no guarda relación con la recaudación o imposición de tributos sobre servicios o proveedores de servicios de otros Miembros. Según Panamá, la finalidad de esta medida es, tal como ha mencionado la propia Argentina, determinar la veracidad del valor real entre partes relacionadas para evitar transacciones que tengan la finalidad de evadir impuestos y/o la transferencia de ganancias a jurisdicciones no cooperadoras. Panamá alega que la medida puede desplegar efectos y una posible recaudación mayor sobre el consumidor de los

⁹⁴³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 396-398.

⁹⁴⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.350-2.353.

⁹⁴⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.354-2.358.

⁹⁴⁶ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 55; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.360 y 2.361.

servicios, es decir, el contribuyente argentino, pero no guarda relación con la imposición o recaudación del impuesto a las ganancias "respecto de servicios y proveedores de servicios de otros Miembros". De ello se desprende que la medida no se refiere a recaudación o imposición tributaria respecto de proveedores de servicios de otros Miembros. Panamá aduce que no se trata tampoco de una medida relativa a la recaudación o imposición del impuesto a las ganancias respecto de los servicios de los otros Miembros porque la imposición o recaudación del impuesto a las ganancias respecto a los servicios que se vean afectados en modo 1 se realiza a través de los Artículos 9 al 13 y el Título V de la LIG. Con respecto a los servicios que se podrían ver afectados en el modo 2 – por tratarse de actividades realizadas fuera de Argentina – Panamá observa que no están gravadas con la LIG en virtud del Artículo 5 de esta ley.⁹⁴⁷ Panamá reconoce que la Medida 4 se vincula a la recaudación de un impuesto directo.⁹⁴⁸

7.777. Panamá argumenta que las Medidas 2, 3 y 4 no guardan relación con la recaudación o imposición tributaria sobre servicios o proveedores de servicios de otros Miembros. Estas medidas pueden tener efectos y permitir una posible recaudación mayor sobre el consumidor de los servicios, a saber, el contribuyente argentino. Sin embargo, ninguna de estas tres medidas guarda relación con la recaudación o imposición tributaria respecto de servicios o proveedores de servicios de otros Miembros.⁹⁴⁹

7.778. Panamá argumenta que ninguna de las Medidas 2, 3 y 4 se aplica en conformidad con el *chapeau* del Artículo XIV del AGCS. Según Panamá, cada una de estas tres medidas se constituye en un medio de discriminación arbitraria e injustificable entre países que están en condiciones similares a los fines de transparencia fiscal e intercambio de información. Panamá sostiene que las distinciones de Argentina basadas en la lista de países cooperadores para los fines de la transparencia fiscal y el intercambio de información no reflejan un trato imparcial y neutral con respecto a países que afrontan situaciones similares en este contexto. Panamá alega también que estas medidas restringen de manera encubierta el comercio de servicios pertinentes desde países no cooperadores entre sujetos que no están vinculados.⁹⁵⁰

7.3.6.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.779. En la presente diferencia, Argentina invoca el Artículo XIV(d) del AGCS de manera alternativa a la defensa principal presentada bajo el Artículo XIV(c) del AGCS con respecto a las alegaciones de Panamá al amparo del Artículo XVII en relación con las Medidas 2, 3 y 4.

7.780. Dado que hemos constatado que la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) y la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos) 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 relevantes en los que Argentina ha contraído compromisos específicos, el Grupo Especial se abstiene de pronunciarse sobre si dichas medidas están amparadas bajo la excepción prevista en el Artículo XIV(d) del AGCS.

7.3.7 Defensa de Argentina bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros ("Excepción Cautelar")

7.3.7.1 Principales argumentos de las partes

7.3.7.1.1 Argentina

7.781. Argentina alega que en el caso de que el Grupo Especial constataste la incompatibilidad de la Medida 5 con los Artículos II:1, XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS y la Medida 6 con el Artículo II:1 del

⁹⁴⁷ Declaración inicial de Panamá en la primera reunión del Grupo Especial, párr. 56; y segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.471 y 2.472.

⁹⁴⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.570.

⁹⁴⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.363, 2.471-2.472 y 2.571-2.572.

⁹⁵⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.364-2.365, 2.474-2.475 y 2.573. En relación con la aplicación del *chapeau* del Artículo XIV a las Medidas 2, 3 y 4, Panamá se refiere también a los argumentos que presentó relativos a la defensa de Argentina bajo el Artículo XIV(c). Véanse los párrs. 7.560-7.565 *supra*.

AGCS, sus medidas estarían amparadas por el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS (la Excepción Cautelar).⁹⁵¹

7.782. En lo que se refiere al alcance de la Excepción Cautelar, Argentina argumenta que el párrafo 2(a) provee una excepción para medidas incompatibles con el AGCS que son adoptadas con fines cautelares o precautorios.⁹⁵² Argentina no está de acuerdo con el argumento de Panamá que la Excepción Cautelar únicamente se aplica a las medidas de "reglamentación nacional" adoptadas bajo el Artículo VI del AGCS. Argentina no ve ninguna base textual para tal interpretación restrictiva y considera, por el contrario, que la posición de Panamá está en directa contradicción con el texto del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.⁹⁵³ Asimismo, Argentina considera que los términos "[n]o obstante las demás disposiciones del Acuerdo" indican claramente que el párrafo 2(a) se refiere a cualquier violación del AGCS, siempre que afecte al comercio de servicios. Argentina considera que lo anterior se confirma por el contexto de la segunda oración del párrafo 2(a), que establece "[c]uando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo", lo cual indica que la primera oración se aplica a medidas que son por lo demás incompatibles con alguna de las disposiciones del AGCS. Argentina, además, considera que la referencia a "[n]inguna disposición del Acuerdo" en el párrafo 2(b) del Anexo sobre Servicios Financieros indica que la Excepción Cautelar es amplia en su alcance, y se aplica a violaciones de cualquiera de las disposiciones del AGCS.⁹⁵⁴

7.783. En cuanto al criterio jurídico a seguir bajo la Excepción Cautelar, Argentina argumenta que, al evaluar su defensa, el Grupo Especial debe realizar "tres pasos secuenciales", a saber:⁹⁵⁵ (i) establecer si la medida en cuestión es una medida "que afect[a] al suministro de servicios financieros" en los términos del párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS; (ii) determinar si la medida se ha tomado "por motivos cautelares" – Argentina considera que "[e]sta pregunta requiere que exista una 'relación racional' entre la medida y su objetivo cautelar"⁹⁵⁶; y (iii) determinar si la medida está siendo "utilizada como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del Acuerdo". Con respecto a este último elemento del criterio jurídico propuesto, Argentina afirma que la segunda frase de la Excepción Cautelar desempeña la misma función que el preámbulo del Artículo XIV del AGCS, es decir, evitar abusos en el uso de la excepción.⁹⁵⁷ Argentina explica que la segunda oración de la Excepción Cautelar exige que las medidas incompatibles con la OMC adoptadas por razones cautelares no sean, de hecho, medidas cuyo objetivo sea eludir las disciplinas del AGCS.⁹⁵⁸ Según Argentina, esta disposición está dirigida a determinar si la medida realmente se está aplicando de forma compatible con su objetivo cautelar, y no a los efectos de eludir los compromisos u obligaciones de un Miembro en el marco del AGCS.⁹⁵⁹

7.784. Con respecto al primer elemento del criterio jurídico propuesto, Argentina reconoce que, sin duda, las medidas en cuestión "afectan al suministro de servicios financieros" en el sentido del párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. De hecho, tanto los "servicios de reaseguro y retrocesión" como el comercio de "valores transferibles" se enumeran específicamente en las definiciones de los servicios financieros en el párrafo 5(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.⁹⁶⁰

7.785. Con respecto al segundo elemento del criterio jurídico propuesto, Argentina entiende que una medida "cautelar" o adoptada "por motivos cautelares" en el sentido de la Excepción Cautelar es una medida destinada a prevenir un resultado que se oponga a un fin previamente establecido o previsto por la Autoridad correspondiente que pueda tener consecuencias contrarias o perniciosas para los derechos tutelados por esa Autoridad.⁹⁶¹ Según Argentina, la primera frase del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros establece una lista no exhaustiva de medidas que pueden servir propósitos cautelares; no contiene *a priori* limitación alguna sobre los tipos de

⁹⁵¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 551. Véase también la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(a).

⁹⁵² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 553.

⁹⁵³ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 80.

⁹⁵⁴ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 81.

⁹⁵⁵ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 79.

⁹⁵⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 79.

⁹⁵⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 556.

⁹⁵⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 556.

⁹⁵⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 79.

⁹⁶⁰ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 85.

⁹⁶¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 560.

medidas que un Miembro de la OMC puede adoptar por razones cautelares. El alcance de las medidas incompatibles con el AGCS que pueden estar sujetas potencialmente a la Excepción Cautelar es, por lo tanto, muy amplio.⁹⁶² Para Argentina, esto incluye, como mínimo, las medidas que protegen los intereses de los consumidores o el público en general con respecto a la prestación de servicios financieros, así como las medidas que buscan asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero, tales como las medidas que tienen por objeto prevenir corridas bancarias, el fallo sistémico de las instituciones financieras o salvaguardar el sistema financiero contra riesgos de tipo moral.⁹⁶³ Según Argentina, las dos medidas en cuestión buscan proteger preventivamente a los asegurados y los consumidores de servicios financieros frente a los riesgos que pueden socavar la confianza pública y afectar al funcionamiento de los mercados financieros de Argentina.⁹⁶⁴

7.786. Para Argentina, otro aspecto central que confiere a una medida su carácter cautelar tiene que ver con su adecuación para prevenir el evento o los efectos que de él deriven que la medida pretende evitar. En este sentido, la Medida 5 tiene una relación directa y específica con la necesidad de preservar, en la forma más adecuada posible, la solidez del sistema financiero argentino.⁹⁶⁵ Para Argentina, en el caso de ambas medidas, existe una relación racional entre la medida y su objetivo cautelar ya que con ellas se garantizan objetivos precautorios o cautelares desarrollados en relación a ambos sectores – reaseguros y mercado de capitales.⁹⁶⁶ En el caso de la Medida 5, Argentina explica que los considerandos de la Resolución SSN No. 35.615/2011 se refieren a la necesidad de adecuar los mecanismos de control tendientes a garantizar la necesaria solvencia de aseguradores y reaseguradores que operen en el territorio nacional, así como la equidad y razonabilidad técnica de las condiciones de contratación respectivas. La normativa establece requisitos adicionales que compensan la falta de acceso a la información en forma inmediata y adecuada.⁹⁶⁷

7.787. Argentina considera que la Medida 5, por ejemplo, tendría como objetivo regular el mercado de reaseguro para preservar la naturaleza intrínseca del contrato de seguro que se basa en una relación de confianza y buena fe entre el dador y el tomador del seguro.⁹⁶⁸ Según Argentina, en caso de insolvencia o quiebra de una reaseguradora extranjera, el tomador del seguro en Argentina no será capaz de cobrar su reclamo en contra de esa reaseguradora, y el asegurador original en Argentina seguirá siendo responsable del pago de las reclamaciones bajo el contrato original de seguro. Por esta razón, el fracaso de la reaseguradora extranjera supone una carga adicional sobre la capacidad financiera de la aseguradora original, que a su vez puede conducir a la quiebra de la aseguradora original, creando un "efecto dominó" en el mercado de seguros de Argentina.⁹⁶⁹ Argentina argumenta que cuando la reaseguradora se encuentra localizada en una jurisdicción no cooperadora, las autoridades argentinas no tienen acceso a la información relativa a la propiedad efectiva de la reaseguradora, si está adecuadamente capitalizada, si sus fuentes de fondos son legítimas, o si existe algún riesgo de que la transacción sea utilizada para el blanqueo de dinero, entre otros aspectos. Por esta razón, este tipo de transacciones exponen a los mercados de seguros en Argentina a un mayor riesgo sistémico.⁹⁷⁰ Argentina sostiene que por este motivo, al imponer medidas de tipo cautelar que regulen la actividad y ciertos aspectos relacionados con los riesgos inherentes a la misma, la autoridad argentina -SSN- no sólo tiene que resguardar la relación fiduciaria entre la compañía de reaseguro y los tenedores de pólizas, sino también preservar la solidez del sistema, de manera que se garanticen las condiciones adecuadas para la preservación de los contratos de seguros y la relación fiduciaria entre las compañías y los tomadores de pólizas.

7.788. En relación con la Medida 5, Argentina también invoca la Excepción Cautelar respecto de la alegación de Panamá al amparo del Artículo XVI del AGCS. Argentina considera que el requisito de que las aseguradoras remitan cierta información adicional a la SSN a fin de ser autorizadas a efectuar operaciones de reaseguro con entidades reaseguradoras extranjeras desde su país de origen que correspondan a los riesgos individuales inferiores a los U\$S 50.000.000 establece un

⁹⁶² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 554.

⁹⁶³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 555.

⁹⁶⁴ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 86.

⁹⁶⁵ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 89.

⁹⁶⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 567.

⁹⁶⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 568.

⁹⁶⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 561.

⁹⁶⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 87.

⁹⁷⁰ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 88.

umbral razonable que contribuye al objetivo cautelar de fortalecer las reaseguradoras que operan en el territorio nacional, generando un sector doméstico activo, sólido y competitivo que se encuentre en condiciones de afrontar riesgos sistémicos, garantizando la necesaria solvencia de los reaseguradores que allí se desenvuelven.⁹⁷¹ Argentina señala que la Medida 5 es una medida adoptada por motivos cautelares mencionados en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, a saber: (i) garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero; (ii) la protección de los tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria; y (iii) la protección de inversores y depositantes.⁹⁷² Según Argentina, una crisis en el sector de seguros y de reaseguros que implique una pérdida de capacidad aseguradora o reaseguradora puede sobrevenir en un período corto de tiempo y menoscabar la estabilidad financiera y la economía real.⁹⁷³

7.789. En el caso de la Medida 6, Argentina argumenta que el objetivo es "la protección de los inversores ... [y] la integridad y buen funcionamiento del mercado de capitales" argentino.⁹⁷⁴ Argentina considera que es esencial para el buen funcionamiento de los mercados financieros salvaguardar la salud financiera de los intermediarios de valores y proteger a los inversores de las fallas sistémicas que involucran a los intermediarios financieros.⁹⁷⁵ Según Argentina, las operaciones de valores con las jurisdicciones no cooperadoras exponen al mercado financiero argentino a un mayor riesgo de fracaso sistémico, ya que en ese tipo de transacciones, el regulador argentino no puede tener acceso a la información relativa a la propiedad efectiva de la parte que ordena la transacción y a la legitimidad de la fuente de sus fondos, y tampoco puede saber si la entidad extranjera está sujeta a una supervisión adecuada en su jurisdicción de origen. Por esta razón, Argentina sostiene que las transacciones de valores con entidades ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras presentan riesgos que pueden no estar presentes en las transacciones con entidades ubicadas en jurisdicciones cooperadoras, incluyendo riesgos de lavado de dinero, evasión de impuestos y el riesgo de no pago de las operaciones con valores.⁹⁷⁶

7.790. Argentina no está de acuerdo con la interpretación de Panamá de que el término "cautelar" sugiere que se deba demostrar la existencia de un "riesgo inminente de daño" (*periculum in mora*). Argentina explica que la analogía con los requisitos para la concesión de medidas cautelares por los tribunales nacionales no es apropiada ni se desprende del texto de la Excepción. Argentina hace referencia al equivalente del término "cautelar" en inglés (*prudential*) y en francés (*prudentielle*) para confirmar lo anterior. Argentina considera que el sentido corriente del término "cautelar" sugiere que las medidas adoptadas en virtud del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros son de naturaleza preventiva y que nada en el sentido corriente del término "cautelar" sugiere que los riesgos que justifican la adopción de la medida deban ser inminentes o que puedan producirse en un futuro próximo. Por el contrario, como la crisis financiera de 2008 ha demostrado, los riesgos para la "integridad y estabilidad del sistema financiero" se encuentran típicamente latentes y son extremadamente difíciles de identificar de antemano, por lo que resulta prácticamente imposible hacer frente a esos riesgos a través de medidas correctivas. Es precisamente por esta razón que el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros autoriza a los Miembros de la OMC a adoptar medidas por motivos cautelares para hacer frente *ex ante* a los riesgos de carácter sistémico.⁹⁷⁷

7.791. En cuanto al tercer elemento del criterio jurídico propuesto, Argentina argumenta que sus regulaciones de reaseguro y de valores no se utilizan como un medio para eludir sus compromisos y obligaciones en el marco del AGCS. Estas medidas apuntan a afrontar los riesgos sistémicos que sólo se plantean en relación a las transacciones efectuadas con entidades ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras, y no se aplican cuando no existen esos riesgos. En ambos casos, el "acceso a la información permite a la autoridad reguladora una supervisión y control adecuados a fin de evitar que el mercado de capitales se convierta en un vehículo para el lavado de activos, evasión fiscal, manipulación y abuso del mercado y otras prácticas nocivas, garantizando de esta manera la integridad del sistema financiero al reducir el riesgo sistémico."⁹⁷⁸ Por ejemplo, las operaciones con valores ordenadas o efectuadas desde jurisdicciones no cooperadoras pueden ser

⁹⁷¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(a).

⁹⁷² Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(a).

⁹⁷³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(a).

⁹⁷⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 562.

⁹⁷⁵ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 91.

⁹⁷⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 92.

⁹⁷⁷ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 82.

⁹⁷⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 567.

procesadas previa demostración de que (i) el intermediario está sujeto a supervisión regulatoria adecuada en la jurisdicción de origen, y (ii) esta entidad ha establecido un acuerdo de intercambio de información con la CNV.⁹⁷⁹

7.792. Finalmente, en relación a la Medida 5, Argentina pone énfasis en la proporcionalidad de la medida respecto al objetivo perseguido.⁹⁸⁰ En ese sentido, Argentina argumenta que en los propios considerandos de la Resolución SSN No. 35.615/2011 se observa que se ha dicho expresamente "[q]ue, a través de la experiencia acumulada, se ha determinado que resulta necesario adecuar los mecanismos de control tendientes a garantizar la necesaria solvencia de aseguradores y reaseguradores que operen en el territorio nacional, así como la equidad y razonabilidad técnica de las condiciones de contratación respectivas". Argentina aduce que, tal y como se ha explicado en la sección pertinente, la normativa establece requisitos adicionales que compensan la falta de acceso en forma inmediata y adecuada a la información.⁹⁸¹

7.3.7.1.2 Panamá

7.793. Panamá objeta el amparo de las Medidas 5 y 6 bajo la Excepción Cautelar alegando que Argentina no ha logrado establecer que ambas medidas estén justificadas bajo dicha disposición.⁹⁸² Panamá considera que el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros "tiene naturaleza de excepción", como se desprende de su frase inicial "[n]o obstante las demás disposiciones del Acuerdo".⁹⁸³ Por esta razón, Panamá considera que todo Miembro de la OMC que pretenda justificar la incompatibilidad de una medida al amparo de la Excepción Cautelar tiene la carga de la prueba, por lo que deberá demostrar que la medida cumple con todos los requisitos previstos en dicha disposición.⁹⁸⁴ Panamá argumenta que Argentina no ha cumplido con su carga probatoria bajo la Excepción Cautelar y ha planteado un criterio jurídico que omite aspectos relevantes y, en general, no sigue las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.⁹⁸⁵

7.794. En cuanto al criterio jurídico a seguir bajo la Excepción Cautelar, Panamá plantea que deben verificarse los siguientes cuatro elementos, a saber: (i) que la medida afecta al suministro de servicios financieros; (ii) que la medida constituye una "reglamentación nacional" y se encuentra cubierta por la Excepción Cautelar; (iii) que la medida ha sido adoptada por "motivos cautelares"; y (iv) que la medida en cuestión no es utilizada como medio para eludir los compromisos u obligaciones bajo el AGCS.⁹⁸⁶

7.795. En cuanto al primer elemento del criterio jurídico propuesto, Panamá considera que el demandado tiene la carga de demostrar que la medida que pretende justificar está cubierta por el Anexo sobre Servicios Financieros. Por tal razón, corresponde al demandado probar esta aplicabilidad a la luz de las definiciones previstas en dicho Anexo.⁹⁸⁷

7.796. En cuanto al segundo elemento del criterio jurídico, Panamá considera que el Miembro demandado debe probar que la medida en cuestión califica como "reglamentación nacional".⁹⁸⁸ Panamá considera que el título "Reglamentación nacional" que precede al párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros informa la interpretación de la Excepción Cautelar y la circunscribe al tipo de medidas previstas en el Artículo VI del AGCS, titulado también "Reglamentación nacional".⁹⁸⁹ Para Panamá, el Artículo VI del AGCS se refiere a las reglamentaciones nacionales tales como las prescripciones y los procedimientos en materia de títulos de aptitud, las licencias y las normas técnicas.⁹⁹⁰ Panamá considera que se debe probar que la medida se trata de una norma técnica, de aptitud o de licencia del proveedor, como aquéllas relacionadas con, por ejemplo, la calidad del servicio suministrado o la capacidad del proveedor para suministrar el

⁹⁷⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 94.

⁹⁸⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 568.

⁹⁸¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 568.

⁹⁸² Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.685-2.686 y 2.722.

⁹⁸³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.636.

⁹⁸⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.633, 2.636, 2.637 y 2.708.

⁹⁸⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.633.

⁹⁸⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.637.

⁹⁸⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.638.

⁹⁸⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.651.

⁹⁸⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.643.

⁹⁹⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.645.

servicio.⁹⁹¹ Panamá aduce que una interpretación objetiva del AGCS no puede proveer sentido divergente a dos disposiciones que explícitamente cubren el mismo tema, a menos que conste la intención expresa de que los términos usados tienen un sentido diferente.⁹⁹² Según Panamá, una medida que no califique como una reglamentación nacional podría estar cubierta por otras excepciones⁹⁹³, pero nunca caería bajo el alcance de la Excepción Cautelar.⁹⁹⁴

7.797. En lo que respecta al tercer elemento del criterio jurídico, Panamá considera que el demandado debe demostrar que la medida cumple con los requisitos de la primera frase de la Excepción Cautelar, es decir, que la medida de reglamentación nacional ha sido adoptada "por motivos cautelares".⁹⁹⁵ Panamá explica que la Excepción Cautelar menciona dos "motivos cautelares": (i) "la protección de inversores, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria"; y (ii) "garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero". Panamá reconoce que si bien la lista de motivos no es exhaustiva, cualquiera que sea la razón por la cual se adopta la medida debe ser, en todo caso, precautoria o "cautelar".⁹⁹⁶

7.798. Al analizar lo que debe considerarse un "motivo cautelar", Panamá explica que el sentido corriente del término "motivo" es "causa o razón que mueve para algo"⁹⁹⁷, y el del término "cautelar" es "preventivo, precautorio", "dicho de una medida o de una regla destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo".⁹⁹⁸ A su vez, el sentido corriente del verbo "precaver" es "prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo".⁹⁹⁹ Panamá considera que de estas definiciones se desprende que las medidas "cautelares" o "por motivos cautelares"¹⁰⁰⁰ "son aquéllas que se adoptan por una 'causa o razón' concreta, a saber, 'prevenir un riesgo, daño o peligro' que podría materializarse, para así evitarlo y salvaguardar intereses legítimos".¹⁰⁰¹ Panamá plantea que el término "medidas cautelares" debe equipararse a medidas "provisionales" porque "[e]n el ámbito del derecho internacional público, la doctrina hispanófila parece usar 'medidas provisionales' como sinónimo de, e intercambiable con, 'medidas cautelares'".¹⁰⁰² Panamá también hace referencia al término en francés "*mesures conservatoires*".¹⁰⁰³ Adicionalmente, Panamá se apoya en el Artículo [41.1] del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el cual faculta a la Corte para indicar "las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes".¹⁰⁰⁴ Panamá considera que este artículo le permite a la Corte adoptar "medidas cautelares sólo si []

⁹⁹¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.651. (Nota del original) Informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 6.304.

⁹⁹² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.643.

⁹⁹³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.651. En este punto Panamá menciona el Artículo XIV del AGCS, a modo de ejemplo.

⁹⁹⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.651.

⁹⁹⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.652.

⁹⁹⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.652.

⁹⁹⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.653. (Nota del original) Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22a edición, 2001, p. 1545.

⁹⁹⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.653. (Nota del original) Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22a edición, 2001, p. 484.

⁹⁹⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.653. (Nota del original) Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22a edición, 2001, p. 1817.

¹⁰⁰⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.653. (Nota del original) Al igual que Argentina, Panamá entiende que medidas "cautelares" o por "motivos cautelares" son términos sinónimos. (Véase la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 560) Panamá observa, a este respecto, que los párrafos 3 y 4 del Anexo sobre Servicios Financieros se refieren a "medidas cautelares" y a "cuestiones cautelares", respectivamente, lo que confirmaría que el término clave a los efectos del Anexo sobre Servicios Financieros es "cautelares", y no tanto los términos "motivos", "medidas" o "cuestiones".

¹⁰⁰¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.653.

¹⁰⁰² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.654. (Nota del original) Algunos autores mencionan lo siguiente: "Decimos *medida cautelar*, porque no nos parece adecuada la distinción que han hecho los internacionalistas entre medidas cautelares y medidas provisionales, provisorias o de urgencia, todas ellas características de aquellas" (Augusto Mario Morello y Enrique Vescovi, "*La eficacia de la justicia. Valor supremo del procedimiento, en el área de la cautela*", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 4, 1984, p. 543.) Véase también Soledad Torrecuadrada García-Lozano, "*La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: El asunto Breard (Paraguay contra Estados Unidos de América)*", Agenda Internacional, Instituto de Estudios Internacionales, p. 113.

¹⁰⁰³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.654.

¹⁰⁰⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.654 (las cursivas figuran en el original).

considera que las circunstancias así lo exigen".¹⁰⁰⁵ Panamá explica que la CIJ ha entendido que "uno de los rasgos distintivos de dichas medidas es su finalidad de *resguardar o proteger* los derechos o bienes jurídicos en riesgo".¹⁰⁰⁶

7.799. Como se mencionó anteriormente, Panamá argumenta que la doctrina en distintas áreas del derecho está de acuerdo en que la adopción de medidas cautelares procedería si se cumplen al menos dos requisitos que se desprenden de su naturaleza jurídica: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primer requisito (la apariencia de buen derecho) exige cierta verosimilitud en la pretensión, la existencia real de un riesgo y la posibilidad de que se materialice. El segundo requisito (el peligro en la demora) se relaciona con el peligro de que se produzca un daño jurídico inminente como consecuencia del retraso en la adopción de la medida. El peligro de daño inminente precisamente hace que las medidas cautelares tengan por lo general un carácter urgente.¹⁰⁰⁷ Adicionalmente, Panamá considera que puesto que la existencia de peligro inminente no responde a una situación permanente o estructural, las medidas cautelares tienen un carácter transitorio, provisional o coyuntural. Las medidas cautelares, por tanto, sólo pueden subsistir mientras se mantengan las circunstancias fácticas que permitieron su adopción.¹⁰⁰⁸

7.800. En lo que respecta a los dos motivos cautelares previstos en la primera frase de la Excepción Cautelar, Panamá considera que la primera parte, referente a la "protección de inversores, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria" cubre la protección de consumidores de servicios financieros en general. En este punto, Panamá hace una conexión con el informe del grupo especial en *CE – Amianto*, en el que se afirmó que "la noción de 'protección' implica la existencia de un riesgo".¹⁰⁰⁹ Para Panamá este punto "casa perfectamente con el requisito de *periculum in mora* para la adopción de medidas cautelares", por lo que "para la adopción de medidas cautelares para la protección de los consumidores de servicios financieros debe existir el 'riesgo' de que el proveedor no cumpla con su obligación fiduciaria y produzca un daño patrimonial al consumidor".¹⁰¹⁰

7.801. En lo que respecta al segundo motivo cautelar, que consiste en "garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero", Panamá considera que esta finalidad cubriría medidas encaminadas a evitar la inminente desintegración y desestabilización del sistema financiero.¹⁰¹¹ Panamá sostiene que este motivo cautelar no puede justificar cualquier tipo de medida relativa a servicios financieros que, de alguna u otra manera, tenga alguna relación con el sistema financiero. Por el contrario, debe cubrir únicamente aquellas medidas dirigidas a evitar "riesgos" graves y de naturaleza sistémica conducentes a una crisis de las estructuras del sistema financiero y a una alteración del buen funcionamiento de la economía.¹⁰¹² Como se mencionó anteriormente, Panamá reconoce que la lista de motivos cautelares prevista en la Excepción Cautelar no es exhaustiva. En todo caso, los motivos perseguidos por la medida deberán ser siempre

¹⁰⁰⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.654 (las cursivas figuran en el original). (Nota del original) Augusto Mario Morello y Enrique Véscovi, "La eficacia de la justicia. Valor supremo del procedimiento, en el área de la cautela", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 4, 1984, p. 165 (citando y traduciendo al español la Providencia de la CIJ de 10 de mayo de 1984, Caso Nicaragua contra Estados Unidos de América (solicitud de adopción de medidas cautelares de 9 de abril de 1984)).

¹⁰⁰⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.654 (las cursivas figuran en el original). (Nota del original) Asuntos Interhandel, ordenanza del 24 de octubre de 1957 en: CIJ, *Recueil*, 1957, pp. 110-112; y el pasaje por el Gran Belt (Finlandia v. Dinamarca) ordenanza del 29 de julio de 1991, en: CIJ, *Recueil*, 1991, p. 17.

¹⁰⁰⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.655. (Nota del original) Véase, por ejemplo, Andrés Nogueira Muñoz, "Dos tipo[s] de medidas provisionales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Revista Derechos Humanos (2011), p. 3; Jake W Rylatt, "Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sover[e]ignty vs. Efficiency", Leeds Journal of Law & Criminology, Vol. 1 No. 1, p. 66; o Gabriel Hernández Villarreal, "Medidas cautelares en los procesos arbitrales, ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?", ISSN 0124-0579 (2007), pp. 189-190.

¹⁰⁰⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.656. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.655. Para estos argumentos Panamá se apoya en los artículos 74.1, 74.2 y 76.1. del Reglamento de la CIJ.

¹⁰⁰⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.658 (donde se cita el informe del grupo especial, *CE – Amianto*, párr. 8.170 (las cursivas figuran en el original)).

¹⁰¹⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.658.

¹⁰¹¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.659.

¹⁰¹² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.659.

"cautelares".¹⁰¹³ Panamá enfatiza que la naturaleza *cautelar* de la medida adoptada por el demandado – de prevención de un riesgo real y que exige la reacción urgente – es el elemento que debe ser "objeto de mayor escrutinio" por parte de un grupo especial. Panamá considera que un grupo especial no puede aceptar sin más cualquier motivo que el demandado alegue. Panamá observa que ni el AGCS ni el Anexo sobre Servicios Financieros prevén normas de revisión especiales distintas a lo dispuesto en el Artículo 11 del ESD.

7.802. Para concluir su análisis de este elemento, Panamá explica que cuando un grupo especial evalúe si la medida adoptada por un Miembro es "por motivos cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, deberá examinar si existe un riesgo real que produzca un daño inminente si dicha medida no se adopta, o se retrasa su adopción. Así, por ejemplo, en el caso de medidas para proteger a los consumidores, debe existir el riesgo de que el proveedor de servicios financieros no cumpla con sus obligaciones y produzca un daño patrimonial al consumidor. Por su parte, en el caso de medidas para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero, debe existir el riesgo de inestabilidad financiera que haga peligrar las bases del sistema financiero.¹⁰¹⁴

7.803. En cuanto al cuarto elemento del criterio jurídico propuesto, Panamá argumenta que la función de la segunda oración del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros es limitar la posibilidad de adoptar libremente medidas supuestamente bajo motivos cautelares.¹⁰¹⁵ Para cumplir con este elemento, Panamá considera que debe existir una relación de medios y fines entre la medida adoptada y el objetivo de precaución perseguido.¹⁰¹⁶ Panamá está de acuerdo con Argentina en que la literatura académica ha descrito la segunda frase de la Excepción Cautelar como equivalente a una obligación de buena fe que requiere de una relación racional de medios y fines entre la medida adoptada y el objetivo de precaución perseguido.¹⁰¹⁷

7.804. Panamá argumenta que un uso prohibido o indebido es un abuso. Por lo tanto, la prohibición de utilizar medidas cautelares como medio para eludir los compromisos y obligaciones persigue evitar abusos. Además, permite asegurar que el derecho de los Miembros a valerse de excepciones se ejerza en forma razonable o prudente, y de manera que no frustre los derechos que las disposiciones sustantivas del AGCS confieren a los demás Miembros.¹⁰¹⁸

7.805. Panamá considera que al analizar el cumplimiento del último elemento de la Excepción Cautelar un grupo especial debe analizar si el diseño, estructura y arquitectura de la medida (o su aplicación en la práctica) responde a los motivos cautelares alegados como fundamento para la misma. En otras palabras, se debe examinar si existe una relación genuina de medios y fines entre la medida y dichos objetivos.¹⁰¹⁹ En este sentido, Panamá considera que si una medida no es apta, capaz de, o adecuada para, alcanzar el objetivo cautelar que presumiblemente persigue, entonces deberá entenderse que su utilización no corresponde (total o parcialmente) al objetivo perseguido. Ante dichas circunstancias, el uso de la medida que no responda al motivo cautelar alegado, no tendrá un motivo cautelar de sustento. En ausencia de motivo cautelar de fundamento, ese uso (o parte de él) deberá ser tratado como lo que es objetivamente: un medio de elusión de compromisos u obligaciones. Por lo tanto, estará prohibido en virtud de la segunda frase del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.¹⁰²⁰

7.806. Panamá considera que el análisis de este elemento debe basarse en una evaluación objetiva.¹⁰²¹ En este punto, Panamá hace varias referencias al informe del Órgano de Apelación en

¹⁰¹³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.660. No obstante lo anterior, en el párrafo 2.654 de su segunda comunicación escrita Panamá reconoce que la Excepción Cautelar, en su texto en inglés, "se refiere a medidas adoptadas por razones prudenciales ("*prudential reasons*"). El sentido corriente del término 'prudencial' es '[p]erteneciente o relativo a la prudencia', '[q]ue no es exagerado ni excesivo'. Las medidas cautelares en el ámbito del AGCS tienen, por ende, cierta connotación de prudencia". Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.654.

¹⁰¹⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.661.

¹⁰¹⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.662.

¹⁰¹⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.708.

¹⁰¹⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.665.

¹⁰¹⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.663 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 339).

¹⁰¹⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.664.

¹⁰²⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.665.

¹⁰²¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.666.

Japón – Bebidas alcohólicas II, y explica que la jurisprudencia ha entendido de manera reiterada que "[n]o se trata de una cuestión de intención"¹⁰²² y que el objetivo de la medida puede, la mayoría de las veces, "discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida".¹⁰²³

7.807. A manera de ejemplo, Panamá explica que "si una medida no está diseñada para conseguir la protección de consumidores de servicios financieros, y su aplicación no contribuye al logro de este objetivo, deberá entenderse que no existe la relación de medios y fines requerida por la segunda frase del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros".¹⁰²⁴ Panamá concluye que "[s]e entenderá, en consecuencia, que la medida se utiliza como medio de eludir los compromisos y obligaciones del AGCS y no estará justificada por la excepción cautelar".¹⁰²⁵

7.3.7.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.3.7.2.1 Introducción

7.808. La cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial es si la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) y la Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales) están amparadas bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, tal y como defiende Argentina.¹⁰²⁶ En respuesta, Panamá considera que Argentina no ha logrado probar que ambas medidas estén amparadas bajo dicha disposición.¹⁰²⁷

7.809. Hacemos hincapié en que ésta es la primera ocasión en la que un Miembro invoca el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros (o Excepción Cautelar) en una diferencia en la OMC. Comenzaremos nuestro análisis estableciendo el criterio jurídico que consideramos adecuado bajo la Excepción Cautelar para, seguidamente, aplicarlo a la determinación de si las Medidas 5¹⁰²⁸ y 6 están amparadas bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

7.810. El punto de partida de nuestro análisis es el enunciado del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS.

7.3.7.2.2 La disposición jurídica pertinente

7.811. El párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros establece 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.

¹⁰²² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.666 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, pág. 33).

¹⁰²³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.666 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, pág. 34).

¹⁰²⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.666.

¹⁰²⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.666.

¹⁰²⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 551.

¹⁰²⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.685-2.686 y 2.722.

¹⁰²⁸ El Grupo Especial recuerda que, en el caso de la Medida 5, ha constatado que los aspectos de esta medida mantenidos en virtud del Punto 19 del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 y del Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 no son incompatibles con los Artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS. Por lo tanto, no examinará estos aspectos de la Medida 5 a la luz del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Se centrará únicamente en los aspectos de la Medida 5 mantenidos en virtud de los Puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 (modificados por la Resolución SSN No. 38.284/2014) cuya incompatibilidad con el Artículo II:1 del AGCS ha constatado. Véanse las secciones 7.3.3.2.3.2, 7.3.3.2.4.2 y 7.3.2.2.4 *supra*.

7.812. Como indicamos en la introducción, esta disposición no ha sido objeto de interpretación por el Órgano de Apelación o grupos especiales anteriores. De ahí que nos corresponda a nosotros la ardua tarea de interpretarla por primera vez. Antes de proceder a establecer el criterio jurídico que consideramos adecuado bajo esta disposición, nos parece pertinente determinar la naturaleza de esta disposición con el fin de averiguar sobre qué parte recae la carga de la prueba.

7.3.7.2.3 La naturaleza del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. La carga de la prueba

7.813. En lo que respecta a la naturaleza del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, ambas partes parecen considerar esta disposición como una "excepción".¹⁰²⁹

7.814. Si observamos el enunciado del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, vemos que comienza con las palabras "[n]o obstante las demás disposiciones del [AGCS]". Asimismo, la primera parte de la segunda frase del párrafo dispone "[c]uando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo". A tenor de este enunciado, coincidimos con las partes en que el párrafo 2(a) consiste en una justificación para medidas que son incompatibles con el AGCS, y que por lo tanto reviste la naturaleza de "excepción". Las versiones en inglés¹⁰³⁰ y francés¹⁰³¹ de esta disposición confirman nuestro parecer.

7.815. Nuestra conclusión concuerda con la categorización dada a esta disposición en la versión revisada de las "Directrices para la consignación en Listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)", adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001. En este documento se explica, en una sección dedicada a la descripción de las "Excepciones" bajo el AGCS, que "toda medida cautelar que se adopte en virtud del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros constituye una excepción al Acuerdo".¹⁰³² Este es el mismo lenguaje utilizado en una Nota Explicativa de la Secretaría anterior titulada "Consignación en Listas de los Compromisos Iniciales en la Esfera del Comercio de Servicios" en la que, al explicar qué debe consignarse en una lista de compromisos específicos bajo el AGCS, se dispone que "toda medida cautelar que pueda justificarse en virtud del párrafo 2.1 del Anexo sobre Servicios Financieros constituye una excepción al Acuerdo".¹⁰³³

7.816. Dada la naturaleza de excepción del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, la carga de la prueba recae en Argentina, quien deberá por lo tanto acreditar que sus Medidas 5 y 6 están amparadas por esta disposición.¹⁰³⁴

7.817. Continuamos nuestra labor interpretativa examinando cuáles deberían ser los requisitos que componen el criterio jurídico bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, y que Argentina deberá acreditar para poder amparar sus Medidas 5 y 6 bajo esta disposición.

7.3.7.2.4 El criterio jurídico bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros

7.818. Observamos que el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros incluye dos frases. La primera frase dispone:

¹⁰²⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 553; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.636. Observamos que ésta parece ser también la opinión de varios terceros. Véanse, Unión Europea, comunicación de tercero, párr. 128; Estados Unidos, comunicación de tercero, párr. 21 y las respuestas de Estados Unidos y Brasil a la pregunta del Grupo Especial No. 13.

¹⁰³⁰ En la versión inglesa, el inicio de la primera y la segunda frase del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros dispone lo siguiente: "*Notwithstanding any other provisions of the Agreement*" ... "[w]here such measures do not conform with the provisions of the Agreement".

¹⁰³¹ En la versión francesa, el inicio de la primera y la segunda frase del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros dispone lo siguiente: "*Nonobstant toute autre disposition de l'Accord*" ... "[d]ans les cas où de telles mesures ne seront pas conformes aux dispositions de l'Accord".

¹⁰³² Véanse las Directrices de 2001, pruebas documentales PAN-45 / ARG-39, párr. 20.

¹⁰³³ Véanse las Directrices de 1993, pruebas documentales PAN-46 / ARG-79, párr. 13. Recordamos que en *Estados Unidos – Juegos de azar* el Órgano de Apelación consideró que esta Nota Explicativa constituía un medio de interpretación complementario bajo el Artículo 32 de la Convención de Viena. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 197.

¹⁰³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camisas y blusas de lana*, pág. 16.

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.

7.819. Por lo tanto, la primera frase permite la adopción de medidas "por motivos cautelares" e incluye una lista de motivos cautelares. La utilización de los términos "entre ellos" (en inglés "*including*", en francés "*y compris*") nos indica que la lista es de naturaleza indicativa.

7.820. La segunda frase del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros estipula que:

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.

7.821. Del enunciado del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros se deducen, por lo tanto, dos requisitos que Argentina deberá acreditar para prevalecerse de dicha excepción; a saber, (i) que la medida en cuestión ha sido adoptada por motivos cautelares y (ii) que la medida no se utiliza como medio de eludir los compromisos u obligaciones que ha contraído en el marco del AGCS. Observamos al respecto que tanto las partes como varios terceros coinciden con esta interpretación.¹⁰³⁵

7.822. No obstante, junto a estos dos requisitos, tanto las partes como uno de los terceros identifican un requisito preliminar que la parte que invoca el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros debe demostrar y que deducen del párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Este párrafo dispone que "[e]l presente Anexo se aplica a las medidas que afecten al suministro de servicios financieros". A su parecer, la parte que invoca la Excepción Cautelar debe demostrar también que la medida "afecta al suministro de servicios financieros".¹⁰³⁶

7.823. Examinamos a continuación si, tal y como sostienen las partes, el criterio jurídico establecido por el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros requiere que Argentina acredite que las Medidas 5 y 6 son medidas que afectan al suministro de servicios financieros.

7.824. Observamos que el enunciado del párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros dispone lo siguiente:

ANEXO SOBRE SERVICIOS FINANCIEROS

1. Alcance y definición

a) El presente Anexo se aplica a las medidas que afecten al suministro de servicios financieros. Cuando en este Anexo se haga referencia al suministro de un servicio financiero ello significará el suministro de un servicio según la definición que figura en el párrafo 2 del artículo I del Acuerdo.

7.825. El párrafo 1(a), por lo tanto, define el alcance del Anexo sobre Servicios Financieros como circunscrito a "las medidas que afecten al suministro de servicios financieros". A nuestro juicio, el párrafo 1(a) sirve de contexto a la interpretación del párrafo 2(a) del mismo Anexo. Concurrimos por ello con las partes en que para que Argentina pueda prevalecerse de la excepción del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, tendrá que acreditar, junto con los otros dos requisitos señalados anteriormente, que las Medidas 5 y 6 son "medidas que afect[a]n al suministro de servicios financieros".

¹⁰³⁵ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 79; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.637; Unión Europea, comunicación de tercero, párrs. 131 y 133; respuesta de la Unión Europea a la pregunta del Grupo Especial No. 13, párrs. 32 y 33; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta del Grupo Especial No. 13 (donde hace referencia a su respuesta a la pregunta anticipada del Grupo Especial No. 7, párrs. 12 y 16).

¹⁰³⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 85; segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.637, y Unión Europea, comunicación de tercero, párr. 129.

7.826. Además de estos tres requisitos, y fundándose en el título que encabeza el párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros, que reza "Reglamentación nacional", Panamá propone un requisito adicional de carácter preliminar, a saber, que el demandado acredite que la medida constituye una "reglamentación nacional".¹⁰³⁷

7.827. Examinamos a continuación si, tal y como sostiene Panamá, el criterio jurídico establecido por el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros exige a Argentina acreditar que las Medidas 5 y 6 son "reglamentaciones nacionales".

7.828. Al respecto, Panamá considera que "luego de probar que una medida cae bajo el alcance del Anexo sobre Servicios Financieros, un Miembro demandado debe probar que la medida en cuestión califica como 'reglamentación nacional'".¹⁰³⁸ Para estos efectos, Panamá considera que se debe probar que la medida es "una norma técnica, de aptitud o de licencia del proveedor, como aquéllas 'relacionadas con, por ejemplo, la calidad del servicio suministrado o la capacidad del proveedor para suministrar el servicio'".¹⁰³⁹ Teniendo en cuenta que el párrafo en el que se establece la Excepción Cautelar viene precedido del título "Reglamentación nacional", Panamá se refiere a jurisprudencia del Órgano de Apelación para afirmar que dicho título forma parte del texto de la Excepción Cautelar e informa la interpretación de la Excepción Cautelar circunscribiéndola al tipo de medidas previstas en el Artículo VI del AGCS, también titulado "Reglamentación nacional".¹⁰⁴⁰

7.829. Panamá argumenta que una interpretación objetiva del AGCS "no puede proveer sentido divergente a dos disposiciones que explícitamente cubren el mismo tema, a menos que conste la intención expresa de que los términos usados tienen un sentido diferente."¹⁰⁴¹ Asimismo, Panamá explica que otros títulos del Anexo sobre Servicios Financieros también tienen una correlación directa con artículos específicos del AGCS como, por ejemplo, "Alcance y definición" (párrafo 1 del Anexo y Artículo I del AGCS); "Reconocimiento" (párrafo 3 del Anexo y Artículo VII del AGCS); Solución de diferencias (párrafo 4 del Anexo y Artículos XXII y XXIII del AGCS); y "Definiciones" (párrafo 5 del Anexo y Artículo XXVIII del AGCS). En virtud de lo anterior, Panamá argumenta que "[p]or la limitación de temas cubiertos en el Anexo, en comparación con los cubiertos por el AGCS, es notorio que los párrafos del Anexo se refieren directa y únicamente a aquellos temas específicos del AGCS en los que se consideró pertinente establecer disposiciones adicionales para los servicios financieros" y que "todo aquello sobre lo que no se estableció disposición en concreto en el Anexo sigue estando regido únicamente por las disciplinas generales del AGCS".¹⁰⁴² Panamá también apunta a una intervención de los Estados Unidos durante la Ronda Uruguay que, según Panamá, parece reconocer esto pero que no se encuentra en nuestro expediente.

7.830. Argentina no ve ninguna base textual para tal interpretación restrictiva y considera que la interpretación de Panamá está en directa contradicción con el texto del párrafo 2(a).¹⁰⁴³ Argentina considera que los términos "[n]o obstante las demás disposiciones del Acuerdo" indican claramente que el párrafo 2(a) se refiere a cualquier violación del AGCS, siempre que afecte al suministro de servicios. Argentina considera que lo anterior se confirma por el contexto de la segunda oración del párrafo 2(a), que establece "[c]uando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo", lo cual indica "claramente que la primera oración se aplica a medidas que son por lo demás incompatibles con alguna de las disposiciones del AGCS". Asimismo, Argentina considera que la referencia a "[n]inguna disposición del Acuerdo" en el párrafo 2(b) del Anexo "indica, además, que la excepción cautelar ... es amplia en su alcance, y se aplica a violaciones de cualquiera de las disposiciones del AGCS".¹⁰⁴⁴

7.831. Hacemos notar que los terceros que proporcionaron al Grupo Especial una contribución sobre este asunto consideran que todo tipo de medidas, no sólo las cubiertas por el Artículo VI del

¹⁰³⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.651.

¹⁰³⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.651.

¹⁰³⁹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.651 (donde se cita el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 6.304).

¹⁰⁴⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.640, 2.642 y 2.643 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 320; *Estados Unidos – Madera blanda IV*, párr. 93; y *Estados Unidos – Acero al carbono*, párr. 67).

¹⁰⁴¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.643.

¹⁰⁴² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.644.

¹⁰⁴³ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 80.

¹⁰⁴⁴ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 81.

AGCS sino también aquellas abarcadas por otras disposiciones del AGCS, están cubiertas por el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.¹⁰⁴⁵

7.832. Nuestro punto de partida es el enunciado del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros que describimos en el párrafo 7.811. A tal efecto, observamos que el párrafo 2(a) contiene dos frases que nos parecen relevantes: "[n]o obstante las demás disposiciones del Acuerdo" y "[c]uando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo". El Grupo Especial observa que ambas frases se refieren a "disposiciones del Acuerdo" en plural y no a una sola disposición del AGCS. Estas referencias a "demás disposiciones del Acuerdo" y "las disposiciones del Acuerdo" parecen apuntar a cualquier medida que sea incompatible con el AGCS. Los textos en inglés ("*[n]otwithstanding any other provisions of the Agreement ... [w]here such measures do not conform with the provisions of the Agreement*") y en francés ("*Nonobstant toute autre disposition de l'Accord ...[d]ans les cas où de telles mesures ne seront pas conformes aux dispositions de l'Accord*"), parecen confirmar tal conclusión. En efecto, la referencia a "*any other provisions of the Agreement*" or "*toute autre disposition de l'Accord*" que podría traducirse como "cualquier otra disposición del Acuerdo" parecen indicar que las medidas amparadas por el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros son aquéllas que afecten al suministro de servicios financieros, cualquiera que sea su naturaleza.

7.833. Igualmente, la referencia a "[c]uando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo" ("*[w]here such measures do not conform with the provisions of the Agreement*"; "*[d]ans les cas où de telles mesures ne seront pas conformes aux dispositions de l'Accord*") en la segunda frase del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros parece referirse a medidas que pueden ser incompatibles con cualquier disposición del AGCS.

7.834. Como explicamos, Panamá basa su posición en que el párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros aparece encabezado por el título "Reglamentación nacional". Como también señala Panamá, el Órgano de Apelación en *China – Materias primas*, citando informes anteriores, otorgó relevancia al título del Artículo XI del GATT de 1994 para interpretar su alcance.¹⁰⁴⁶ Concurrimos con Panamá en la relevancia interpretativa del título de una disposición para interpretar los términos de dicha disposición.

7.835. Observamos que el AGCS no contiene la definición de las expresiones "reglamentación nacional" y "reglamentación". Asimismo, observamos que la expresión "reglamentación nacional" aparece como título no sólo de los párrafos 2(a) y 2(b) del Anexo sobre Servicios Financieros sino también, como señala Panamá, del Artículo VI del AGCS. Como hemos visto anteriormente, Panamá argumenta que las "reglamentaciones nacionales" son el "tipo de medidas previstas en el Artículo VI del AGCS". Asimismo, Panamá argumenta que el demandado debe probar que la medida "se trata de una norma técnica, de aptitud o de licencia del proveedor", como aquéllas "relacionadas con, por ejemplo, la calidad del servicio suministrado o la capacidad del proveedor para suministrar el servicio". Al argumentar de esta manera, Panamá parece considerar que la "reglamentación nacional" a que se refiere tanto el Artículo VI del AGCS como el párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros abarca solamente medidas relativas a títulos de aptitud, normas técnicas y licencias.

¹⁰⁴⁵ Para la Unión Europea, el párrafo 2(a) prevé una excepción con respecto a todas las obligaciones del AGCS. Brasil señala que el párrafo 2(a) consagra una justificación específica por motivos cautelares para medidas incompatibles con el AGCS. Los Estados Unidos, por su parte, argumentan que la excepción cautelar preserva una amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales para proteger el sistema financiero. Véanse Unión Europea, comunicación de tercero, párr. 128; Brasil, comunicación de tercero, párr. 18; y Estados Unidos, comunicación de tercero, párr. 21.

¹⁰⁴⁶ El Órgano de Apelación explicó:
Además, observamos que el artículo XI del GATT de 1994 lleva por título "Eliminación general de las restricciones *cuantitativas*". El Grupo Especial constató que este título indica que el artículo XI regula la eliminación de las "restricciones cuantitativas" en general. En ocasiones anteriores nos hemos referido al título de una disposición al interpretar las prescripciones establecidas en ella. En el caso que nos ocupa, consideramos que la utilización de la palabra "cuantitativas" en el título de la disposición informa la interpretación de los términos "restricción" y "prohibición" de los párrafos 1 y 2 del artículo XI. Indica que el artículo XI del GATT de 1994 abarca las prohibiciones y restricciones que tienen un efecto limitativo en la cantidad o cuantía de un producto importado o exportado.
Véase el informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 320. (no se reproducen las notas de pie de página)

7.836. La argumentación de Panamá nos plantea dos cuestiones separadas: por 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. Comenzamos por esta última cuestión.

7.837. Una lectura atenta del Artículo VI del AGCS nos permite constatar que las medidas relativas a títulos de aptitud, normas técnicas y licencias sólo aparecen mencionadas en los párrafos 4 y 5 del Artículo VI.¹⁰⁴⁷ El párrafo 4 del Artículo VI establece un mandato de negociación para el establecimiento de disciplinas multilaterales "[c]on objeto de asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios". Observamos que tales disciplinas no han sido acordadas aún por los Miembros. El párrafo 5 del Artículo VI es una disposición transitoria que establece que "[e]n los sectores en que un Miembro haya contraído compromisos específicos, dicho Miembro, hasta la entrada en vigor de las disciplinas que se elaboren para esos sectores en virtud del párrafo 4, no aplicará prescripciones en materia de licencias y títulos de aptitud ni normas técnicas que anulen o menoscaben dichos compromisos específicos...".

7.838. El Grupo Especial hace notar además que el Artículo VI hace referencia a otras "reglamentaciones nacionales", tales como las "medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios" (Artículo VI:1), las "decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios" (Artículo VI:2) o la "autorización para el suministro de un servicio" (Artículo VI:3). En otras palabras, 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. Por estas razones, nos parece que la caracterización que hace Panamá de lo que es una "reglamentación nacional" abarcada por el Artículo VI del AGCS es errónea.

7.839. A pesar de la caracterización, a nuestro parecer errónea, que hace Panamá de la "reglamentación nacional" abarcada por el Artículo VI, queda aún por decidir 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.

7.840. Como apuntamos anteriormente, en nuestro ejercicio interpretativo debemos tener en cuenta el título del párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros para interpretar los términos del párrafo 2(a). También tenemos que tener presente que el Órgano de Apelación ha advertido que "la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado" y "[e]l intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado".¹⁰⁴⁸ De ahí que debemos tener cuidado con evitar una interpretación del alcance del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros que haga inútiles o redundantes los términos utilizados por dicha disposición u otras disposiciones del AGCS.

7.841. Si interpretamos el enunciado del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros como únicamente referido a medidas que constituyan reglamentación nacional bajo el Artículo VI del AGCS, podríamos estar reduciendo a la inutilidad la referencia explícita a "las demás disposiciones del Acuerdo" ("*any other provisions of the Agreement*"; "*toute autre disposition de l'Accord*") que parece referirse a cualquier otra disposición del AGCS, y no sólo al Artículo VI. Igualmente, las referencias "[c]uando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo" ("*[w]here such measures do not conform with the provisions of the Agreement*"; "*[d]ans les cas où de telles mesures ne seront pas conformes aux dispositions de l'Accord*") quedarían reducidas a "una disposición", el Artículo VI del AGCS. Nos parece poco probable el argumento de Panamá según el cual el hecho de que la Excepción Cautelar cubra únicamente reglamentaciones nacionales no

¹⁰⁴⁷ Accesoriamente, hacemos notar que el Artículo XVIII del AGCS (Compromisos adicionales) también se refiere a medidas "que se refieran a títulos de aptitud, normas o cuestiones relacionadas con las licencias."

¹⁰⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Gasolina*, pág. 27 (no se reproducen las notas de pie de página). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párr. 271. En *Japón — Bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación consideró que el principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*) se derivaba de la regla general de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Japón — Bebidas alcohólicas*, pág. 15.

significa que no pueda justificar violaciones de cualquier disposición del AGCS.¹⁰⁴⁹ En efecto, Panamá aduce, a título de ejemplo, que una prohibición absoluta y un sistema de licencias podrían ser ambas incompatibles con la obligación de trato NMF del Artículo II:1 del AGCS. Según Panamá, bajo tal escenario, únicamente el sistema de licencias caería bajo el alcance de la Excepción Cautelar.¹⁰⁵⁰ A nuestro parecer, este ejemplo de Panamá carece de sentido. No vemos cómo puede existir un sistema que prevea el otorgamiento de una licencia para suministrar un servicio si tal suministro está absolutamente prohibido.

7.842. Al respecto, recordamos que el Órgano de Apelación ha explicado que los términos utilizados en una disposición deben "interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición".¹⁰⁵¹ Según el Órgano de Apelación, aunque el sentido atribuido a los mismos términos en otras disposiciones del mismo acuerdo puede constituir también un contexto pertinente, no tiene por qué ser idéntico, en todos los aspectos, a esos otros significados.¹⁰⁵²

7.843. Por ello, vamos a analizar el contexto del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Observamos que como contexto inmediato, el párrafo 2 del Anexo de Servicios Financieros incluye un inciso (b) que dispone lo siguiente:

2. Reglamentación nacional

...

b) Ninguna disposición del Acuerdo se interpretará en el sentido de que obligue a un Miembro a revelar información relativa a los negocios y contabilidad de clientes particulares ni ninguna información confidencial o de dominio privado en poder de entidades públicas.

7.844. Como podemos ver, el párrafo 2(b), así como el párrafo 2(a), también está encabezado por el título "Reglamentación nacional". Este párrafo se refiere específicamente al derecho de los Miembros a mantener la confidencialidad de cierta información. De forma parecida al párrafo 2(a), el párrafo 2(b) define su alcance en referencia a "[n]inguna disposición del Acuerdo" ("*Nothing in this Agreement*", "*Aucune disposition de l'Accord*"). También aquí, si interpretamos el párrafo 2(b) como refiriéndose exclusivamente a reglamentación nacional bajo el Artículo VI del AGCS, podríamos estar reduciendo el derecho a la confidencialidad de los Miembros ya que tal derecho no existiría en el caso de medidas que no calificasen como reglamentaciones nacionales.

7.845. Panamá explica que otros títulos del Anexo sobre Servicios Financieros también tienen una correlación directa con artículos específicos del AGCS como, por ejemplo, "Alcance y definición" (párrafo 1 del Anexo y Artículo I del AGCS); "Reconocimiento" (párrafo 3 del Anexo y Artículo VII del AGCS); "Solución de diferencias" (párrafo 4 del Anexo y Artículos XXII y XXIII del AGCS); y "Definiciones" (párrafo 5 del Anexo y Artículo XXVIII del AGCS). No compartimos la visión de Panamá de que exista una correspondencia exacta entre los títulos de las diferentes secciones del Anexo sobre Servicios Financieros y los títulos de los diferentes artículos del AGCS. Por ejemplo, el párrafo 4 del Anexo sobre Servicios Financieros está acompañado del título "Solución de diferencias", título que no aparece como tal en el texto del AGCS. Si acaso, lo más aproximado a ese título del Anexo sería el Artículo XXIII del AGCS, que se titula "Solución de diferencias y cumplimiento de las obligaciones".

7.846. Asimismo, Panamá argumenta que una interpretación objetiva del AGCS "no puede proveer sentido divergente a dos disposiciones que explícitamente cubren el mismo tema, a menos

¹⁰⁴⁹ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 50, pág. 52.

¹⁰⁵⁰ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 50, pág. 52. En su segunda comunicación escrita, Panamá dice que "[u]na prohibición o una cuota al número de proveedores extranjeros, por ejemplo, no parecerían ser reglamentaciones nacionales; como sí lo serían, por ejemplo, prescripciones sobre verificación de títulos de aptitud o procedimientos de tramitación de solicitudes de una autorización para ejercer." Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.645.

¹⁰⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párr. 88. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de Clavo de Olor*, nota de pie de página 273.

¹⁰⁵² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párr. 88. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de Clavo de Olor*, nota de pie de página 273.

que conste la intención expresa de que los términos usados tienen un sentido diferente."¹⁰⁵³ Según Panamá, "[p]or la limitación de temas cubiertos en el Anexo, en comparación con los cubiertos por el AGCS, es notorio que los párrafos del Anexo se refieren directa y únicamente a aquellos temas específicos del AGCS en los que se consideró pertinente establecer disposiciones adicionales para los servicios financieros".¹⁰⁵⁴ No nos parece que en todos los casos en los que pueda haber correlación entre los títulos de párrafos del Anexo y los de disposiciones del AGCS, exista también una identidad de temas tratados. Un caso flagrante es el del mismo párrafo 2(b) del Anexo que como dijimos trata del derecho de los Miembros a mantener la confidencialidad de cierta información. En efecto, el Artículo VI del AGCS no aborda cuestiones concernientes a la divulgación de información confidencial. Estos temas son tratados por el Artículo III *bis* del AGCS.¹⁰⁵⁵

7.847. A tenor de lo anterior, y en aras de una interpretación que dé sentido a todos los términos del tratado y que no haga inútiles o redundantes términos del párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros, consideramos que el concepto de "reglamentación nacional" presente en el título del párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros tiene un alcance distinto al que tiene el concepto similar que aparece en el título del Artículo VI del AGCS. A nuestro juicio, el texto del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros (i.e. "[n]o obstante las demás disposiciones del Acuerdo" y "[c]uando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo") indica un alcance mayor que el del Artículo VI del AGCS, lo cual es confirmado por el contexto inmediato proporcionado por el párrafo 2(b). Por lo tanto, el Grupo Especial considera 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 mismo Anexo y no sólo aquellas medidas que puedan caracterizarse como "reglamentaciones nacionales" en el sentido del Artículo VI del AGCS.

7.848. Nos gustaría asimismo expresar nuestra preocupación por las importantes implicaciones sistémicas de la interpretación restrictiva propuesta por Panamá. En efecto, tal interpretación 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).

7.849. Concurrimos con la preocupación expresada por algunos terceros en esta diferencia que también hacen hincapié en el amplio espacio de políticas que esta disposición refleja.¹⁰⁵⁶ En particular, nos parece relevante el comentario de los Estados Unidos de que la concepción amplia que los Miembros tienen de la Excepción Cautelar informó el alcance de los compromisos y de las limitaciones que ellos negociaron e inscribieron en sus listas de compromisos específicos y de exenciones al principio de NMF.¹⁰⁵⁷ Asimismo, la Unión Europea ha insistido en que el alcance de esta disposición parece haber sido dejado amplio a propósito y señala que es el resultado de un delicado compromiso. Por lo tanto, una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la disposición o de las condiciones conforme a las cuales la Excepción Cautelar puede ser invocada con éxito iría en contra del equilibrio de derechos y obligaciones del Acuerdo.¹⁰⁵⁸

7.850. La relevancia del rol jugado por la concepción amplia de la Excepción Cautelar en la delimitación del alcance de los compromisos específicos y el consiguiente proceso de inscripción de las limitaciones de cada Miembro en sus listas de compromisos específicos y exenciones al principio de NMF parece confirmado por el párrafo 13 de la Nota Explicativa de la Secretaría

¹⁰⁵³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.643.

¹⁰⁵⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.644.

¹⁰⁵⁵ El Artículo III *bis* titulado "Divulgación de la información confidencial" dispone:

Ninguna disposición del presente Acuerdo impondrá a ningún Miembro la obligación de facilitar información confidencial cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público, o pueda lesionar los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas.

¹⁰⁵⁶ Brasil, comunicación escrita de tercero, párr. 20, y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta del Grupo Especial No. 13 (donde se hace referencia a su respuesta a la pregunta anticipada del Grupo Especial No. 7, párr. 3). Véase además Consejo del Comercio de Servicios, Sesión Especial, "Informe de la Reunión celebrada el 3-6 de diciembre de 2001", S/CSS/M/13, 26 Febrero de 2002, párrs. 267, 268, 271, 272, y 275, documento citado por los Estados Unidos en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 7.

¹⁰⁵⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta del Grupo Especial No. 13 (donde se hace referencia a su respuesta a la pregunta anticipada del Grupo Especial No. 7, párr. 5).

¹⁰⁵⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta del Grupo Especial No. 13, párr. 35.

titulada "Consignación en Listas de los Compromisos Iniciales en la Esfera del Comercio de Servicios" a la que nos referimos anteriormente. Recordamos que al explicar qué debe consignarse en una lista de compromisos específicos bajo el AGCS, esta Nota indica que "toda medida cautelar que pueda justificarse en virtud del párrafo 2.1 del Anexo sobre Servicios Financieros constituye una excepción al Acuerdo y no debe consignarse en las listas."¹⁰⁵⁹

7.851. A tenor de lo anterior, consideramos que para poder amparar sus Medidas 5 y 6 bajo la Excepción Cautelar, Argentina debe acreditar tres requisitos: (i) que las Medidas 5 y 6 "afect[a]n al suministro de servicios financieros"; (ii) que las Medidas 5 y 6 han sido adoptadas "por motivos cautelares"; y (iii) que las Medidas 5 y 6 no han sido utilizadas "como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por [Argentina]" en el marco del AGCS.

7.852. Este orden coincide con el propuesto por las partes y los terceros que han proporcionado al Grupo Especial una contribución sobre este asunto.¹⁰⁶⁰ Aunque los grupos especiales no están obligados a seguir el orden de análisis propuesto por las partes¹⁰⁶¹, este Grupo Especial no ve inconveniente en proceder al análisis interpretativo en el orden propuesto por las partes en esta diferencia. Por lo tanto, el Grupo Especial seguirá este orden de análisis al examinar si las Medidas 5 y 6 están amparadas por el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Comenzamos examinando el primer requisito, a saber, si las Medidas 5 y 6 "afect[a]n al suministro de servicios financieros".

7.3.7.2.4.1 Primer requisito: Si las Medidas 5 y 6 "afect[a]n al suministro de servicios financieros"

7.853. El primer requisito que Argentina debe acreditar es que sus Medidas 5 y 6 "afect[a]n al suministro de servicios financieros" tal y como dispone el párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, que reproducimos en el párrafo 7.823. Por lo tanto, las Medidas 5 y 6 deben "afectar" al suministro de un determinado tipo de servicios: los servicios financieros.

7.854. En lo que respecta a qué significa que una medida "afecte" al suministro de servicios financieros, recordamos que en *CE – Banano III*, cuando se discutía el alcance del AGCS y, en particular, la interpretación de los términos "medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios" en el Artículo I:1 del AGCS, el Órgano de Apelación consideró que:

En su sentido corriente, la palabra "afectar" denota una medida que tiene "un efecto sobre", y ello indica un amplio campo de aplicación. Esta interpretación se ve

¹⁰⁵⁹ Véanse las Directrices de 1993, pruebas documentales PAN-46 / ARG-79, párr. 13. Recordamos que en *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación consideró que esta Nota Explicativa constituía un medio de interpretación complementario bajo el Artículo 32 de la Convención de Viena. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 197. Asimismo, cabe señalar el párrafo 20 de la revisión de estas Directrices adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001 que reproduce prácticamente de manera integral el texto del párrafo 13 de la versión de 1993. Véanse las Directrices de 2001, pruebas documentales PAN-45 / ARG-39, párr. 20.

¹⁰⁶⁰ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 50, párrs. 1-3; respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 50; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta del Grupo Especial No. 13, párrs. 31-33. Señalamos a este respecto que Panamá había considerado que existía un cuarto elemento que Argentina debía acreditar para justificar que una medida está amparada bajo la Excepción Cautelar: "que la medida constituy[a] una 'reglamentación nacional'". Véase la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.637. El Grupo Especial ha considerado 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 mismo Anexo y no sólo aquellas medidas que puedan caracterizarse como "reglamentaciones nacionales" en el sentido del Artículo VI del AGCS. Véase el párr. 7.847 *supra*.

¹⁰⁶¹ La autonomía de los grupos especiales para decidir el orden de su análisis fue reconocida por el Órgano de Apelación en *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, al afirmar que "como principio general, los grupos especiales tienen libertad para estructurar el orden de su análisis como estimen conveniente. Al hacerlo, cabe la posibilidad de que a los grupos especiales les resulte útil tener en cuenta la forma en que un Miembro reclamante les presenta una alegación". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párr. 126. Ello podría equipararse a la forma en la que Argentina presenta su defensa ya que es ella quien invoca la Excepción Cautelar. En *Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, el Órgano de Apelación admitió la posibilidad de los grupos especiales de optar por un orden de análisis diferente al propuesto por el reclamante, "en particular cuando así lo exijan la interpretación o aplicación correctas de las disposiciones jurídicas de que se trate". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, párr. 277.

reforzada por las conclusiones de grupos especiales anteriores en el sentido de que las palabras "que afecte" en el contexto del artículo III del GATT de 1947 tiene un alcance más amplio que términos tales como "regular" o "regir".¹⁰⁶²

7.855. A este respecto, opinamos que al determinar si la medida "afecta" al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a) del Anexo sobre servicios financieros, el Grupo Especial puede guiarse por esta jurisprudencia del Órgano de Apelación. Ello nos lleva a considerar que el término "afectar" en el párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros tiene un alcance más amplio que términos como "regular" o "regir", y abarca, por lo tanto, toda medida que tenga "un efecto sobre" el suministro de servicios financieros.

7.856. Recordamos que hemos concluido anteriormente que las ocho medidas en litigio, y por lo tanto, las Medidas 5 y 6, "afectan al comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:1 del AGCS.¹⁰⁶³ Asimismo, hemos concluido que tanto la Medida 5 como la Medida 6 son incompatibles con el Artículo II:1 del AGCS.¹⁰⁶⁴ A nuestro juicio, si una medida está abarcada por el AGCS al afectar al comercio de servicios y ha sido objeto de una constatación de incompatibilidad con dicho Acuerdo, debe considerarse que "afecta" al suministro de servicios.¹⁰⁶⁵ Debemos por lo tanto establecer si los servicios cuyo suministro afectan las Medidas 5 y 6 son de naturaleza "financiera".

7.857. Argentina alega que las medidas en cuestión "afectan al suministro de servicios financieros" en el sentido del párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros porque tanto los "servicios de reaseguro y retrocesión" (regulados por la Medida 5) como la comercialización de "valores transferibles" (regulados por la Medida 6) se enumeran específicamente en las definiciones de los servicios financieros en el párrafo 5(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.¹⁰⁶⁶ Observamos que los servicios identificados por Panamá son los servicios de reaseguro¹⁰⁶⁷ (para la Medida 5) y los servicios de administración de carteras (para la Medida 6)¹⁰⁶⁸, ambos de naturaleza financiera.¹⁰⁶⁹ Observamos asimismo que el párrafo 5 del Anexo sobre Servicios Financieros, antes de enumerar los "servicios financieros" a que nos hemos referido, define el concepto "servicio financiero" como "todo servicio de carácter financiero ofrecido por un proveedor de servicios financieros de un Miembro." Entendemos entonces que todos los servicios que aparecen enumerados en el párrafo 5 del Anexo a continuación de dicha definición son servicios de "carácter financiero".

7.858. En consecuencia, consideramos que tanto la Medida 5 como la Medida 6 son medidas que afectan al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Procedemos a continuación a examinar si Argentina también ha acreditado que las Medidas 5 y 6 son medidas adoptadas "por motivos cautelares".

¹⁰⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 220.

¹⁰⁶³ Véase la sección 7.3.1.2.4 *supra*.

¹⁰⁶⁴ Véase la sección 7.3.2.2.4 *supra*.

¹⁰⁶⁵ Recordamos, asimismo, que en el marco de las alegaciones bajo el Artículo XVII del AGCS constatamos que el concepto de medidas que "afecten al suministro de servicios" está estrechamente vinculado al concepto de "que afecten al comercio de servicios" dado que el concepto de "comercio de servicios" está definido en el Artículo I del AGCS como el "suministro de un servicio" mediante uno de los cuatro modos de suministro identificados en dicha disposición. Véase el párr. 7.474 *supra*.

¹⁰⁶⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 85. El Grupo Especial observa que la comercialización de valores transferibles está abarcada por los servicios citados en el párrafo 5(a)(x) del Anexo sobre Servicios Financieros.

¹⁰⁶⁷ Recordamos que Panamá también presentó alegaciones en relación al sector de servicios de retrocesión pero el Grupo Especial consideró que estos servicios no están abarcados por la Medida 5. Véase la sección 7.1.4 *supra*.

¹⁰⁶⁸ Véase el párr. 7.97 *supra*.

¹⁰⁶⁹ Los servicios de reaseguro aparecen en el párrafo 5(a)(ii) del Anexo sobre Servicios Financieros, mientras que los servicios de administración de cartera están abarcados por los servicios indicados en el párrafo 5(a)(xiii) del mismo Anexo ("Administración de activos; por ejemplo, administración de fondos en efectivo o de carteras de valores, gestión de inversiones colectivas en todas sus formas, administración de fondos de pensiones, servicios de depósito y custodia, y servicios fiduciarios").

7.3.7.2.4.2 Segundo requisito: Si las Medidas 5 y 6 han sido adoptadas por motivos cautelares

7.859. Una vez establecido que las Medidas 5 y 6 afectan al suministro de servicios financieros en el sentido del párrafo 1(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, el siguiente requisito que Argentina debe acreditar es que las Medidas 5 y 6 han sido adoptadas por motivos cautelares.

7.860. El *quid* de la cuestión es, por lo tanto, qué significa que una medida haya sido adoptada "por motivos cautelares". Observamos al respecto que Panamá utiliza los términos "medidas por motivos cautelares" y "medidas cautelares" como sinónimos.¹⁰⁷⁰ En una nota de pie de página en su segunda comunicación escrita, Panamá observa a este respecto que los párrafos 3 y 4 del Anexo sobre Servicios Financieros se refieren a "medidas cautelares" y a "cuestiones cautelares", respectivamente, lo que, según Panamá, confirmaría que el término clave a los efectos del Anexo sobre Servicios Financieros es "cautelares", y no tanto los términos "motivos", "medidas" o "cuestiones".¹⁰⁷¹ Argentina no se refiere específicamente a esta cuestión, pero utiliza ambos términos indistintamente.¹⁰⁷²

7.861. El Grupo Especial no está convencido de esta afirmación de Panamá ni de que ambos conceptos – "medidas por motivos cautelares" y "medidas cautelares" – signifiquen la misma cosa o tengan los mismos efectos. Observamos, en primer lugar, que la Excepción Cautelar no habla de "medidas cautelares" sino de "medidas por motivos cautelares". De ahí que consideremos que es el motivo el que debe ser "cautelar" y no la medida en sí. El significado de ambas frases no puede ser el mismo y éste es, a nuestro juicio, un aspecto importante a retener a la hora de interpretar esta disposición. En otras palabras, el AGCS no trata de identificar medidas que hubieran podido ser caracterizadas como *específicamente* cautelares, tales como las usualmente citadas en el contexto de los estándares definidos por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.¹⁰⁷³ El párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros tampoco hace referencia a ninguna norma internacional como criterio rector a la hora de decidir sobre la naturaleza de la medida a la luz del Acuerdo. En cambio, en vez de eximir un determinado *tipo* de medidas de las obligaciones y compromisos bajo el AGCS, la excepción permite eximir o disculpar cualquier medida que afecte al suministro de servicios financieros que haya sido adoptada "*por motivos cautelares*".

7.862. Contrariamente a lo que opina Panamá, consideramos que el uso que se hace de expresiones tales como "medidas cautelares" y "cuestiones cautelares" en los párrafos 3 y 4 del Anexo sobre Servicios Financieros, respectivamente, responde a disposiciones concretas del Anexo y tiene un sentido específico cuya interpretación no es objeto de esta diferencia. La interpretación propuesta por Panamá iría en contra de una interpretación efectiva del párrafo 2(a) ya que no daría sentido al término "motivos" que aparece en dicha disposición.

7.863. Por ello, para responder a la cuestión de qué significa que una medida haya sido adoptada "por motivos cautelares", nos parece útil dividir nuestro análisis en dos partes: en primer lugar, examinaremos el significado del concepto "motivos cautelares" contenido en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros; y en segundo lugar, analizaremos qué significa que una medida haya sido adoptada "por" motivos cautelares.

(a) El significado del concepto "motivos cautelares"

7.864. Comenzamos por el análisis del significado del concepto "motivos cautelares" en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS.

¹⁰⁷⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.653 y nota de pie de página 624; y primera comunicación escrita de Argentina, párr. 560.

¹⁰⁷¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, nota de pie de página 624.

¹⁰⁷² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 560.

¹⁰⁷³ Véanse los "Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz", establecidos por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, en particular los Principios 14 a 29, relativos a las "regulaciones y requisitos prudenciales" (documento en versión española de septiembre de 2012, disponible en http://www.bis.org/publ/bcbs230_es.pdf).

7.865. El diccionario de la Real Academia Española define "motivo" como "[q]ue mueve o tiene eficacia o virtud para mover; Causa o razón que mueve para algo"¹⁰⁷⁴ y "cautelar" como "[p]reventivo, precautorio; Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo."¹⁰⁷⁵ Este mismo diccionario define "preventivo" como "[q]ue previene"¹⁰⁷⁶ y el verbo "prevenir" como "[p]reparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin; Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio; Precaver, evitar, estorbar o impedir algo; Advertir, informar o avisar a alguien de algo; Imbuir, impresionar, preocupar a alguien, induciéndole a prejuzgar personas o cosas; Anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción; Disponer con anticipación, prepararse de antemano para algo."¹⁰⁷⁷ La definición de "precautorio" en el mismo diccionario es "[q]ue precave o sirve de precaución".¹⁰⁷⁸ La definición de "precaver" es "[p]revenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo".¹⁰⁷⁹

7.866. Como hemos hecho en ocasiones anteriores, consideramos adecuado referirnos al significado corriente de los términos equivalentes en las versiones también auténticas en inglés y francés del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. La versión en inglés de ese párrafo se refiere a "*prudential reasons*". En el Diccionario *Shorter Oxford*, la palabra "*prudential*" se define como "[o]f, involving or characterized by prudence; exercising prudence, esp. in business affairs".¹⁰⁸⁰ En francés, los términos utilizados son "*raisons prudentielles*". El diccionario *Le Petit Robert* no define el término "*prudentiel*" pero sí encontramos el término "*prudent*" que aparece definido como "[q]ui a, montre de la prudence", lo que a su vez se traduce al español como "que tiene o muestra prudencia".¹⁰⁸¹ La definición de "*prudence*" es "[a]ttitude d'esprit d'une personne qui, réfléchissant à la portée et aux conséquences de ses actes, prend ses dispositions pour éviter des erreurs, des malheurs possibles, s'abstient de tout ce qu'elle croit pouvoir être source de dommage".¹⁰⁸²

7.867. Todas estas definiciones, sin importar el idioma oficial que examinemos, apuntan a una caracterización de la expresión "motivos cautelares" como "causas" o "razones" de naturaleza "preventiva" o "precautoria". Hacemos notar en tal sentido que Argentina y terceros como Brasil y los Estados Unidos también consideran que el término "cautelar" ("*prudential*" en inglés) debe interpretarse en el sentido de "precautorio".¹⁰⁸³

7.868. A nuestro parecer, esta comprensión del concepto "motivos cautelares" como referido a "motivos preventivos o precautorios" encuentra apoyo en la lista de motivos cautelares que se enumeran en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. A juicio del Grupo Especial, esta lista arroja luz sobre el tipo de "motivos cautelares" previstos en dicho párrafo. Esta lista, que constituye el contexto inmediato para el concepto "motivos cautelares", se incluye tras el uso de los términos "entre ellos" por lo que, como indicamos anteriormente¹⁰⁸⁴, la lista de motivos debe considerarse como indicativa y no exhaustiva, a diferencia, por ejemplo, de los apartados del Artículo XIV del AGCS. Hacemos notar que las partes y los terceros que han comentado sobre esta

¹⁰⁷⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1503.

¹⁰⁷⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 470.

¹⁰⁷⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1783.

¹⁰⁷⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1783.

¹⁰⁷⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1770.

¹⁰⁷⁹ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1770.

¹⁰⁸⁰ *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ª edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2007), pág. 2386.

¹⁰⁸¹ *Dictionnaire de la Langue Française Le Petit Robert*, (Dictionnaires Le Robert, 2000), pág. 2033

¹⁰⁸² *Dictionnaire de la Langue Française Le Petit Robert*, (Dictionnaires Le Robert, 2000), pág. 2033.

¹⁰⁸³ Estados Unidos, comunicación de tercero, nota de pie de página 13; y Brasil, comunicación de tercero, párr. 18.

¹⁰⁸⁴ Véase párr. 7.819 *supra*.

disposición están de acuerdo en el carácter indicativo y no exhaustivo de la lista de motivos cautelares incluida en la Excepción Cautelar.¹⁰⁸⁵

7.869. La lista indicativa de motivos cautelares del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros incluye a modo de ejemplo "la protección de inversores, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria" o "garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero".¹⁰⁸⁶ Estos ejemplos son de por sí extremadamente amplios y apuntan a diversos aspectos de los motivos cautelares – aspectos que tienen que ver, *inter alia*, con la protección de los consumidores de servicios financieros en un sentido amplio o con el mantenimiento de la integridad y estabilidad del sistema financiero. Al ser ilustrativa, la lista contenida en el párrafo 2(a) puede incluir otros motivos cautelares más allá de los explícitamente citados.¹⁰⁸⁷

7.870. A juicio del Grupo Especial, el significado y la importancia que los Miembros atribuyen a esos motivos cautelares puede variar en el tiempo, en función de diversos factores, incluida la percepción del riesgo que prevalezca en distintos momentos. En tal sentido, recordamos que el Órgano de Apelación ha afirmado en varias ocasiones que los Miembros, al aplicar conceptos igualmente importantes para la sociedad, tales como los abarcados por el Artículo XX del GATT de 1994, tienen derecho a determinar el nivel de protección que consideren adecuado.¹⁰⁸⁸ Así lo consideró el Grupo Especial en *Estados Unidos – Juegos de azar*, refiriéndose a otros objetivos de política enmarcados en el Artículo XIV del AGCS.¹⁰⁸⁹

7.871. Aunque esas declaraciones se hicieron en el contexto de los Artículos XX del GATT de 1994 y XIV del AGCS, opinamos que también son válidas por lo que respecta a motivos cautelares tales como "la protección de inversores, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria" o "la integridad y estabilidad del sistema financiero" en el marco del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. La naturaleza y el alcance de la reglamentación financiera en distintas épocas reflejan el conocimiento, la experiencia y la escala de valores de los gobiernos en el momento de que se trate. Por tanto, consideramos que los Miembros de la OMC deberían tener

¹⁰⁸⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 553; respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 52; respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 52; respuesta de Brasil a la pregunta del Grupo Especial No. 14; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta anticipada del Grupo Especial No. 7; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta del Grupo Especial No. 14.

¹⁰⁸⁶ Observamos que no resulta evidente que la frase "para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero" sea uno de los posibles motivos cautelares, ya que dicha expresión está precedida por la conjunción "o" detrás de una coma, por lo que parecería indicar que se trata de otro tipo de medidas además de aquellas por "motivos cautelares". Así, la primera frase de la Excepción Cautelar podría entenderse como autorizando a los Miembros a adoptar "medidas por motivos cautelares, entre ellos..., o para...". La misma estructura aparece en las versiones auténticas en inglés y francés. Sin embargo las partes y los terceros parecen considerar que se trata de un motivo cautelar más. El Grupo Especial toma nota de los argumentos de las partes y de los terceros. Sin embargo, no considera que sea necesario analizar más adelante los argumentos de las partes sobre este asunto ya que no es necesario resolver esta cuestión en la presente diferencia.

¹⁰⁸⁷ En el mismo sentido se pronuncian los Estados Unidos en su respuesta a la pregunta anticipada del Grupo Especial No. 7.

¹⁰⁸⁸ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párr. 176, y *CE – Amianto*, párr. 168.

¹⁰⁸⁹ El Grupo Especial razonó como sigue:
Somos muy conscientes de que puede haber sensibilidades asociadas a la interpretación de los términos "moral pública" y "orden público" en el contexto del artículo XIV. A juicio del Grupo Especial, el significado de esos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio, en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan. Además, el Órgano de Apelación ha afirmado en varias ocasiones que los Miembros, al aplicar conceptos sociales similares, tienen derecho a determinar el nivel de protección que consideran adecuado. Aunque esas declaraciones del Órgano de Apelación se hicieron en el contexto del artículo XX del GATT de 1994, opinamos que también son válidas por lo que respecta a la protección de la moral pública y el orden público en el marco del artículo XIV del AGCS. Más concretamente, debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de "moral pública" y "orden público" en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores.
Véase el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 6.461 (no se reproducen las notas de pie de página).

suficiente libertad para definir cuáles son los motivos cautelares que fundamentan sus medidas, según sus propias escalas de valores.

7.872. A nuestro juicio, esta interpretación responde al objeto y propósito del AGCS, tal como aparece plasmado en su propio preámbulo, que 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."¹⁰⁹⁰

7.873. Por ello, concurrimos con los terceros sobre la naturaleza evolutiva del concepto "motivos cautelares". Así, para la Unión Europea, el concepto de "motivos cautelares" es de "naturaleza intrínsecamente evolutiva", y el hecho de que los Miembros hayan acordado una lista no exhaustiva de motivos es evidencia de ello. Según la Unión Europea, como reveló la reciente crisis financiera, no siempre es posible anticipar las consecuencias de las turbulencias en los mercados financieros o en el sistema financiero, ni evitarlas, y el arsenal de medidas cautelares está en constante evolución, como lo demuestra la plétora de recomendaciones hechas por los organismos financieros internacionales en los últimos años.¹⁰⁹¹ Para los Estados Unidos, como la crisis financiera del 2008 y sus secuelas demostraron ampliamente, los riesgos en el sector financiero pueden evolucionar a lo largo del tiempo, en base a las circunstancias cambiantes en este sector, y acarrear consecuencias que pueden amenazar toda la economía y el bienestar de las naciones.¹⁰⁹² Asimismo, Brasil argumenta que no sólo las medidas podrán ser adoptadas de manera amplia para proteger a los inversores, depositantes y al sistema financiero en su conjunto, sino que también se podrán adoptar de manera preventiva ("*precautionary*" en inglés).¹⁰⁹³ Según Brasil, la Excepción Cautelar permite a los Miembros actuar de manera amplia y planificar el futuro, teniendo en cuenta que muchas de las amenazas a la estabilidad financiera provienen de múltiples y complejos factores de los mercados, como quedó demostrado con la crisis financiera del 2008.¹⁰⁹⁴

7.874. Observamos asimismo que la comunidad internacional ha reconocido que la acumulación de riesgos financieros puede ser difícil de percibir y abordar. En palabras del G-20:

Los responsables políticos, reguladores y supervisores, en algunos países avanzados, no apreciaron ni abordaron adecuadamente los riesgos que se estaban acumulando en los mercados financieros, ni se mantuvieron al paso de la innovación financiera, ni tuvieron en cuenta las ramificaciones sistémicas de las medidas reglamentarias internas.¹⁰⁹⁵

7.875. Por lo tanto, nuestra interpretación parece estar en consonancia con las preocupaciones de la comunidad internacional sobre la naturaleza y el impacto de los riesgos financieros y la consecuente necesidad de preservar flexibilidad suficiente a la hora de determinar los motivos cautelares a los que debe responder la regulación.

7.876. Observamos que Panamá presenta una visión de lo "cautelar" distinta a la que acabamos de caracterizar. Recordamos al respecto que Panamá confunde el concepto de "medidas ... por motivos cautelares" con el de "medidas cautelares". Tal y como se indicó anteriormente, Panamá considera que la naturaleza cautelar de la medida requiere la existencia de al menos dos requisitos: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Según Panamá, el primer requisito (la apariencia de buen derecho) exige cierta verosimilitud en la pretensión, la existencia real de un riesgo y la posibilidad de que se materialice. El segundo requisito (el peligro en la demora) se relaciona con el peligro de que se produzca un daño jurídico inminente como consecuencia del retraso en la adopción de la medida. El peligro de daño inminente hace que las medidas cautelares tengan por

¹⁰⁹⁰ Cuarto considerando del preámbulo del AGCS.

¹⁰⁹¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta del Grupo Especial No. 13, párr. 36.

¹⁰⁹² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta del Grupo Especial No. 13 (donde se hace referencia a su respuesta a la pregunta anticipada del Grupo Especial No. 7, párr. 13).

¹⁰⁹³ Brasil, comunicación escrita de tercero, párr. 18.

¹⁰⁹⁴ Brasil, comunicación escrita de tercero, párr. 20.

¹⁰⁹⁵ G-20, *Declaración de la Cumbre sobre los Mercados Financieros y la Economía Mundial*, 2008, prueba documental ARG-14, párr. 3 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

lo general un carácter urgente.¹⁰⁹⁶ Panamá mantiene que debe existir, por tanto, un riesgo cuya materialización sea inminente si se demora la adopción de la medida.¹⁰⁹⁷

7.877. No vemos en el texto del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros ninguna indicación de que los motivos cautelares contemplados sean únicamente aquéllos que, como argumenta Panamá, impliquen evitar "un riesgo cuya materialización sea inminente si se demora la adopción de la medida".¹⁰⁹⁸ De hecho, la naturaleza indicativa de la lista de motivos cautelares en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros refleja, por un lado, la dificultad de tener una lista exhaustiva de motivos que pueden fundamentar determinadas medidas en el sector financiero y denota, por otro lado, la voluntad de permitir que los Miembros adapten sus medidas en el sector financiero a la cambiante e impredecible naturaleza de los riesgos que puedan surgir. Por ello, teniendo en cuenta el sentido corriente de los términos "motivos cautelares" y la lista ilustrativa de estos motivos, nada en el texto del párrafo 2(a) sugiere tal idea de "inminencia".

7.878. A nuestro parecer, es importante entender que los problemas "sistémicos" pueden estar incubándose o gestándose a lo largo del tiempo y estallar rápidamente; de ahí la importancia de prever con anticipación.¹⁰⁹⁹ Por ejemplo, en el caso particular del sector de seguros, una situación de quiebra – y, por ende, la posibilidad de contagio e inestabilidad financiera, pero también de riesgo para la protección del consumidor de esos servicios – puede tardar en emerger a la superficie.¹¹⁰⁰

7.879. A la luz de lo expuesto, concluimos que la expresión "motivos cautelares" se refiere a aquellas "causas" o "razones" que mueven a las autoridades reglamentarias del sector financiero a actuar para prevenir un riesgo, daño o peligro que no tiene por qué tener un carácter inminente.

(b) Medidas adoptadas "por" motivos cautelares

7.880. Habiendo determinado el significado del concepto "motivos cautelares", procedemos con nuestro análisis examinando la cuestión de cuándo una medida es adoptada "por" motivos cautelares.

7.881. Recordamos que Argentina argumenta que este paso del examen bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros requiere determinar si existe una "relación racional" entre la medida y su objetivo cautelar.¹¹⁰¹ Para Argentina, una medida adoptada "por motivos cautelares" es una medida destinada a prevenir un resultado que se oponga a un fin previamente establecido

¹⁰⁹⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.655.

¹⁰⁹⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.708.

¹⁰⁹⁸ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.708.

¹⁰⁹⁹ Hacemos notar al respecto que los terceros comparten esta lectura del Grupo Especial con respecto a la primera frase del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros en el sentido de permitir a los Miembros no solamente reaccionar ante situaciones de peligro inminente para el sistema financiero sino también prever con suficiente antelación la ocurrencia de situaciones de peligro para el sistema financiero. Así, Brasil argumenta que las medidas no sólo podrán ser adoptadas de manera amplia para proteger a los inversores, depositantes y al sistema financiero en su conjunto, sino que también se podrán adoptar de manera preventiva ("*precautionary*" en inglés). Según Brasil, la Excepción Cautelar, en lugar de permitir reaccionar ante riesgos individuales en sectores o áreas específicas del ámbito financiero, permite a los Miembros actuar de una manera amplia y planificar el futuro, teniendo en cuenta que muchas de las amenazas a la estabilidad financiera provienen de múltiples y complejos factores de los mercados, como quedó demostrado con la crisis financiera del 2008. Véase Brasil, comunicación de tercero, párrs. 18 y 19.

¹¹⁰⁰ La Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, órgano rector de este sector a nivel mundial, reconoce esta posibilidad:

[E]l riesgo sistémico con incidencia en la estabilidad financiera y la economía real que plantea el sector de los seguros es de una naturaleza diferente a causa del modelo de negocio de los seguros. En el sector de los seguros, el horizonte temporal juega un papel relevante ya que los problemas sistémicos tienden a surgir en un horizonte de tiempo más largo que en el caso de la banca. Mientras que las quiebras bancarias pueden surgir en cuestión de horas o días, las quiebras en el sector de seguros suelen tardar meses o años, aunque la pérdida de la capacidad aseguradora pueda surgir en cuestión de semanas, si las aseguradoras o reaseguradoras dejan de ofrecer cobertura tras la aparición problemas graves.

Véase Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, *Riesgo Sistémico y el Sector de Seguros*, 25 de octubre de 2009, prueba documental ARG-140, párr. 25 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

¹¹⁰¹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 79; y respuestas de Argentina a las preguntas del Grupo Especial Nos. 53 y 87.

o previsto por la Autoridad correspondiente que pueda tener consecuencias contrarias o perniciosas para los derechos tutelados por esa Autoridad.¹¹⁰² Para Argentina, un aspecto central que confiere a una medida su carácter cautelar tiene que ver con su adecuación para prevenir el evento o los efectos que de él deriven que la medida pretende evitar.¹¹⁰³

7.882. Panamá considera que las medidas deben haber sido adoptadas por una "causa o razón concreta". Según Panamá, es la naturaleza *cautelar* de la medida adoptada por el demandado lo que debe ser objeto de mayor escrutinio por parte de un grupo especial en esta fase del examen.¹¹⁰⁴ Asimismo, Panamá sostiene que cuando un grupo especial evalúe si la medida adoptada por un Miembro es "por motivos cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, deberá examinar si existe un riesgo real que produzca un daño inminente si dicha medida no se adopta, o se retrasa su adopción.¹¹⁰⁵

7.883. Observamos que varios terceros comentaron sobre qué tipo de examen deberíamos llevar a cabo para determinar si una medida ha sido adoptada por motivos cautelares. La Unión Europea coincide con las partes en que el uso de la preposición "por" implica una relación racional de medios y fines entre la medida y el motivo prudencial.¹¹⁰⁶ Para los Estados Unidos, el Miembro debe, como cuestión inicial, identificar una "razón prudencial" "por" la cual la medida fue adoptada.¹¹⁰⁷

7.884. La elaboración de un examen adecuado para determinar si una medida ha sido adoptada por motivos cautelares no es tarea fácil. Si comparamos el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros con las excepciones generales de los Artículos XIV del AGCS y XX del GATT de 1994, observamos que, a diferencia de muchos de los apartados de estas disposiciones¹¹⁰⁸, la Excepción Cautelar no exige que las medidas sean "necesarias". Por lo tanto, no nos parece *a priori* que el texto del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros justifique la imposición de una prueba de "necesidad" que requiera que la medida sea la menos restrictiva del comercio, tal y como se ha desarrollado en el ámbito de las excepciones generales del GATT de 1994 y del AGCS. Concurrimos en tal sentido con las partes y varios terceros. Para Argentina, la Excepción Cautelar no justifica el uso de una prueba de "necesidad" ni otro estándar más deferente, tal como el derivado de la expresión "relativas a".¹¹⁰⁹ Panamá no se refiere a la prueba de "necesidad", sino que considera

¹¹⁰² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 560.

¹¹⁰³ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 89.

¹¹⁰⁴ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 87.

¹¹⁰⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.661.

¹¹⁰⁶ La Unión Europea explica lo siguiente:

A diferencia de muchos de los párrafos del Artículo XX del GATT de 1994 y del XIV del AGCS, que especifican que la medida debe ser "necesaria" para lograr el objetivo legítimo, el párrafo 2(a) no requiere que la medida sea la menos restrictiva del comercio para lograr el objetivo establecido. El uso de la palabra "por" en la frase "medidas por motivos cautelares" implica una relación de medios a fines entre la medida y el objetivo cautelar. Por lo tanto, el Miembro que adopte la medida en cuestión debe demostrar una relación racional de medios a fines entre el objetivo y la medida en litigio.

Véase Unión Europea, comunicación de tercero, párr. 132 (traducción al español por la Secretaría de la OMC). La Unión Europea reitera el mismo concepto en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial No. 13.

¹¹⁰⁷ Los Estados Unidos consideran que:

Así, según el texto, para que la medida de un Miembro caiga dentro de la excepción, el Miembro debe, como cuestión inicial, identificar un "motivo cautelar" "por" el que la medida fue "adopt[ada]". Estos motivos no son excluyentes; la excepción deja claro que su ámbito de aplicación es amplio y abarca otros motivos prudenciales o consideraciones más allá de los enumerados expresamente en la disposición.

Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta del Grupo Especial No. 13 (donde se hace referencia a su respuesta a la pregunta anticipada del Grupo Especial No. 7, párr. 12) (traducción al español por la Secretaría de la OMC).

¹¹⁰⁸ A saber, 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.

¹¹⁰⁹ Para Argentina:

[S]i los redactores de la excepción cautelar hubiesen pretendido que esta excepción se aplique más estrictamente, hubieran proporcionado un estándar menos deferente, como el de 'necesidad' que, según el Órgano de Apelación *'está más cerca del polo de lo indispensable que de hacer una contribución a'*. También podrían haber sometido la excepción cautelar a un nivel intermedio de deferencia, como 'relativas a', que según el Órgano de Apelación se refiere a medidas que están *'destinadas principalmente a la conservación de los recursos naturales no renovables, en virtud del artículo XX(d) del GATT'*. Sin embargo, los redactores de la excepción cautelar acordaron el texto de esta disposición en los términos más amplios posibles, exigiendo

que las medidas deben haber sido adoptadas por una "causa o razón concreta". Según Panamá, es la naturaleza *cautelar* de la medida adoptada por el demandado lo que debe ser objeto de mayor escrutinio por parte de un grupo especial en esta fase del examen.¹¹¹⁰ La Unión Europea considera que, a diferencia de varios de los párrafos del Artículo XX del GATT de 1994 y XIV del AGCS, que especifican que la medida debe ser "necesaria" para lograr el objetivo legítimo, el párrafo 2(a) no requiere que la medida deba ser la menos restrictiva posible del comercio para alcanzar el objetivo fijado.¹¹¹¹ Según los Estados Unidos, la expresión "por motivos cautelares" no requiere ni permite una evaluación del grado en el que la medida contribuye a la realización del fin.¹¹¹²

7.885. Tampoco nos parece que podamos transponer sin más la jurisprudencia desarrollada por el Órgano de Apelación con respecto al Artículo XX(g) del GATT de 1994, que permite la adopción de medidas incompatibles "relativas a la conservación de recursos ...". En tal sentido, concurrimos con Argentina, para quien la Excepción Cautelar no justifica el uso de un estándar como el derivado de la expresión "relativas a".¹¹¹³

7.886. Debemos, por lo tanto, proceder a interpretar el texto del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros basándonos en el sentido corriente de sus términos, en su contexto, y teniendo en cuenta el objeto y fin del AGCS.

7.887. Observamos que la Real Academia Española define la preposición "por" en la acepción más adecuada como "[d]enota causa".¹¹¹⁴ En inglés, el Diccionario *Shorter Oxford* define la preposición "for" como "[a]ffecting, with regard to, or in respect of" o "[h]aving (the thing mentioned) as a reason or cause".¹¹¹⁵ En francés, el diccionario *Le Petit Robert* define la preposición "pour" como "destiné à (qqn, qqch.)" o "à cause de". El significado en los tres idiomas es, por lo tanto, parecido.¹¹¹⁶

7.888. Una medida adoptada "por" motivos cautelares sería, por lo tanto, una medida cuya causa o razón es cautelar. Esta interpretación se ve reforzada por el propio significado de la expresión "motivo", que también apunta a la "causa o razón" de algo.

7.889. En tal sentido, la interpretación de Argentina – al pregonar una "relación racional" entre la medida y su objetivo cautelar¹¹¹⁷ y que la medida tenga que ser adecuada para prevenir el evento o los efectos que de él deriven que la medida pretende evitar¹¹¹⁸ – nos parece estar en línea con la idea que se desprende del significado de las expresiones "por" y "motivos" de que en el diseño,

sólo la medida sea adoptada 'por motivos cautelares'. Este lenguaje implica un estándar muy deferente, que requiere que el Grupo Especial examine los objetivos cautelares de la medida, y trate de determinar si existe un vínculo racional entre los objetivos cautelares y la medida en cuestión.

Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 53 (las cursivas figuran en el original).

¹¹¹⁰ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 87.

¹¹¹¹ Véase la nota de pie de página 1106 *supra*.

¹¹¹² Los Estados Unidos indican en su comunicación lo siguiente:

Por sus términos y a diferencia de las excepciones generales, la excepción cautelar establece que una medida debe ser adoptada "por motivos cautelares". Ese texto no exige ni permite una evaluación del "grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido", ya sea bajo una prueba relacionada con la "necesidad", o si la medida es "relativa a" un fin particular (por ejemplo, "relación racional" o prueba de "razonabilidad"). Algunas de las excepciones generales del GATT y el AGCS, por ejemplo, requieren expresamente que una medida sea "necesaria" para lograr un propósito, como por ejemplo: "necesaria" para proteger la moral o mantener el orden público; "necesaria" para proteger la salud humana, animal o la vida o la salud de las plantas; o "necesaria" para lograr la observancia de las leyes y reglamentos que no sean incompatibles con el acuerdo.

Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta del Grupo Especial No. 13 (donde se hace referencia a su respuesta a la pregunta anticipada del Grupo Especial No. 7, párr. 14) (traducción al español por la Secretaría de la OMC).

¹¹¹³ Véase la nota de pie de página 1109 *supra*.

¹¹¹⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1756.

¹¹¹⁵ *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ª edición, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), pág. 1010.

¹¹¹⁶ *Dictionnaire de la Langue Française Le Petit Robert*, (Dictionnaires Le Robert, 2000), pág. 1959.

¹¹¹⁷ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 79.

¹¹¹⁸ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 89.

estructura y arquitectura tiene que haber una relación racional de causa-efecto entre la medida y su motivo cautelar. Observamos al respecto que ésta es también, aunque parcialmente, la interpretación favorecida por Panamá. En efecto, Panamá considera que las medidas deben haber sido adoptadas por una "causa o razón concreta". Según Panamá, es la naturaleza *cautelar* de la medida adoptada por el demandado lo que debe ser objeto de mayor escrutinio por parte de un grupo especial en esta fase del examen.¹¹¹⁹

7.890. No estamos de acuerdo con la interpretación de Panamá de que las "medidas cautelares" deban tener un carácter transitorio, provisional o coyuntural¹¹²⁰ y que, por lo tanto, sólo puedan subsistir mientras se mantengan las circunstancias fácticas que permitieron su adopción.¹¹²¹ En primer lugar, recordamos que, tal y como se indicó anteriormente, la expresión "medidas cautelares" no aparece como tal en el párrafo 2(a), ya que este párrafo se refiere a "medidas por motivos cautelares". En segundo lugar, nada en el sentido corriente de los términos "motivos cautelares" conlleva una idea de limitación temporal, sea para los motivos o para las medidas. Finalmente, aun si aceptáramos que lo cautelar se limita a situaciones de peligro inminente, no concordamos con la premisa de Panamá de que la existencia de un peligro "inminente" requiera única y necesariamente medidas de carácter "transitorio, provisional o coyuntural".¹¹²² En efecto, y como cuestión de principio, un peligro "inminente" puede dar lugar a medidas duraderas para evitar la repetición de similares situaciones en el futuro. Por lo tanto, a nuestro juicio, las medidas por motivos cautelares contempladas en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros pueden ser medidas urgentes para hacer frente a un riesgo inminente, medidas temporales o provisionales, e incluso medidas permanentes (o de carácter duradero), que puedan adoptarse aun en ausencia de un riesgo inminente que impediría cumplir con alguno de los motivos o razones contemplados por ese párrafo.¹¹²³ A nuestro juicio, es la naturaleza de la situación que atenta contra un determinado objetivo cautelar la que dictará la naturaleza de la medida.

7.891. Nos parece, por lo tanto, que el uso de la palabra "por" en la frase "medidas por motivos cautelares" denota una relación racional de causa-efecto entre la medida y el motivo cautelar. De ahí que el Miembro que adopte la medida en cuestión deba demostrar que en el diseño, estructura o arquitectura de la medida existe una relación racional de causa-efecto entre la medida que busca justificar al amparo del párrafo 2(a) y el motivo cautelar esgrimido. Un 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. La determinación de si una medida ha sido adoptada "por motivos cautelares", es decir, si hay una relación racional de causa-efecto entre la medida y el motivo, solamente puede hacerse caso por caso, teniendo en cuenta las características propias de cada situación y cada diferencia.

7.892. Proseguimos nuestro análisis examinando si Argentina ha acreditado que sus Medidas 5 y 6 han sido adoptadas por motivos cautelares, es decir, si los motivos identificados por Argentina califican como "cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros y, en tal caso, si existe una relación racional de causa-efecto entre las Medidas 5 y 6 y los respectivos motivos cautelares. Comenzamos por examinar la Medida 5.

(c) Si la Medida 5 ha sido adoptada "por motivos cautelares"

7.893. Argentina sostiene que el objetivo cautelar por el que la Medida 5 ha sido adoptada es proteger al consumidor financiero, en sus distintas variantes, incluida el seguro, de las distorsiones, manipulaciones y situaciones de abuso que se producen justamente cuando no se

¹¹¹⁹ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 87.

¹¹²⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.656.

¹¹²¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.656. Para estos argumentos Panamá se apoya en los artículos 74.1, 74.2 y 76.1 del Reglamento de la CIJ.

¹¹²² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.656.

¹¹²³ Asimismo, observamos que en otras disposiciones de los acuerdos OMC, cuando los redactores quisieron acotar el ámbito de una disposición a medidas de carácter temporal o urgente lo dispusieron de manera explícita. A modo de ejemplo, señalamos el Artículo XI:2(a) del GATT de 1994, que habla de "[p]rohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente", o el Artículo XII del GATT de 1994 que incluye expresiones como "amenaza inminente" (Artículo XII:2(a)), "las partes ...atenuarán [la aplicación de restricciones en virtud del Artículo XII:2(a)] progresivamente a medida que mejore la situación...y las suprimirán tan pronto como deje de estar justificado su establecimiento o mantenimiento" (Artículo XII:2(b)). Esta disposición, a su vez, dispone cómo proceder "[e]n caso de que la aplicación de restricciones a la importación en virtud de este artículo revistiera un carácter duradero y amplio" (Artículo XII:5).

conoce a la institución responsable de reasegurar un riesgo determinado, por falta de intercambio eficaz de información. Según Argentina, "[c]uando la reaseguradora se encuentra localizad[a] en una jurisdicción no cooperadora, las autoridades argentinas no tienen acceso a la información relativa a, entre otras cosas, la propiedad efectiva de la reaseguradora, si está adecuadamente capitalizada, si sus fuentes de fondos son legítimas, o si existe algún riesgo de que la transacción sea utilizada para el blanqueo de dinero. Por esta razón, este tipo de transacciones exponen a los mercados de seguros en Argentina a un mayor riesgo sistémico."¹¹²⁴ Según Argentina, la Medida 5 responde a la necesidad de preservar la integridad del sistema financiero en tanto muchas operaciones sospechosas de lavado de dinero frecuentemente se nutren de fondos procedentes de países que, precisamente por su condición de no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, imponen un velo -voluntario o involuntario- sobre información relevante para la actividad de control. Argentina argumenta que, en el caso de jurisdicciones no cooperadoras, no es posible para la autoridad reguladora de valores argentina determinar si las fuentes de fondos son legítimas o si el proveedor de servicios financieros es objeto de control y fiscalización adecuados por parte de una entidad reguladora en su jurisdicción de origen.

7.894. Argentina alega que "otro aspecto central que confiere a una medida su carácter prudencial tiene que ver con su adecuación para prevenir el evento o los efectos que de él deriven que la medida pretende evitar. En este sentido la medida tiene una relación directa y específica con la necesidad de preservar, en la forma más adecuada posible, la solidez del sistema financiero argentino."¹¹²⁵ Argentina explica que ello es debido a la importancia que tiene el sector asegurador – definido en términos amplios y comprendiendo a las compañías que operan en el segmento de reaseguros y retrocesión – en tanto segundo inversor institucional en el mercado de capitales argentino.¹¹²⁶ Argentina explica que los servicios de reaseguro y retrocesión permiten a las aseguradoras del país transferir parte del riesgo de su cartera a terceros ubicados en Argentina o en el extranjero, liberando así más capital para financiar más pólizas de seguro en Argentina. Sin embargo, en el caso de insolvencia o quiebra de una reaseguradora extranjera, el tomador del seguro en Argentina no será capaz de cobrar su reclamo en contra de esa reaseguradora, pero seguirá siendo responsable del pago de las reclamaciones bajo el contrato original de seguro. Por esta razón, el fracaso de la reaseguradora extranjera supone una carga adicional sobre la capacidad financiera de la aseguradora original, que a su vez puede conducir a la quiebra de la aseguradora original, creando un "efecto dominó" en el mercado de seguros de Argentina.¹¹²⁷ Por esta razón, la autoridad argentina -SSN- no sólo tiene que resguardar la relación fiduciaria entre la compañía de reaseguro y los tenedores de pólizas, sino también preservar la solidez del sistema, de manera que se garanticen las condiciones adecuadas para la preservación de los contratos de seguros y la relación fiduciaria entre las compañías y los tomadores de pólizas.¹¹²⁸

7.895. Argentina alega que la Medida 5 guarda una proporcionalidad adecuada al objetivo perseguido.¹¹²⁹ Según Argentina, en los propios considerandos de la Resolución SSN No. 35.615/2011 se observa que se ha dicho expresamente "[q]ue, a través de la experiencia acumulada, se ha determinado que resulta necesario adecuar los mecanismos de control tendientes a garantizar la necesaria solvencia de aseguradores y reaseguradores que operen en el territorio nacional, así como la equidad y razonabilidad técnica de las condiciones de contratación respectivas." Argentina aduce que la normativa establece requisitos adicionales que compensan la falta de acceso en forma inmediata y adecuada a la información.¹¹³⁰

7.896. Panamá responde que Argentina no ha explicado por qué su medida debería considerarse adoptada "por motivos cautelares". Según Panamá, aunque Argentina sostiene que su medida persigue el objetivo de "preservar al consumidor financiero" y responde a la necesidad de "preservar la integridad del sistema financiero", las referencias vagas y extremadamente generales a las "distorsiones, manipulaciones y situaciones de abuso" sufridas por los consumidores o a las "muchas operaciones sospechosas de lavado de dinero" distan mucho de constituir una explicación suficiente de los riesgos concretos que Argentina persigue prevenir con la medida relativa a los servicios de reaseguro. Panamá sostiene que la mera afirmación de que una medida ha sido adoptada para proteger a los consumidores y al sistema financiero no puede ser suficiente para

¹¹²⁴ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 88.

¹¹²⁵ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 89.

¹¹²⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 89.

¹¹²⁷ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 87.

¹¹²⁸ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 90.

¹¹²⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 568.

¹¹³⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 568.

probar que efectivamente se trata de una medida cautelar.¹¹³¹ A juicio de Panamá, Argentina debería haber explicado, por ejemplo, cuál o cuáles serían los riesgos concretos que los consumidores argentinos sufrirían al contratar servicios de reaseguro con proveedores de países no cooperadores, o qué riesgo sistémico creado por las reaseguradoras de países no cooperadores podría alterar la estabilidad del sistema financiero argentino, o cómo la imposición de los "requisitos adicionales" a las reaseguradoras de países no cooperadores puede considerarse una medida diseñada para atender y "mitigar los riesgos" existentes, evitando que se materialicen.¹¹³²

7.897. Panamá pone en duda, asimismo, que se pueda garantizar la necesaria solvencia de las compañías reaseguradoras mediante la existencia de un acuerdo o memorando de entendimiento entre dos organismos gubernamentales. Panamá no entiende cómo el riesgo de que el consumidor argentino no reciba la cobertura pactada por falta de fondos de la compañía reaseguradora se ve de alguna forma prevenido o mitigado por el hecho de que la SSN pueda contactar *ex post* a su organismo homólogo en otra jurisdicción una vez que se ha materializado el riesgo. Para Panamá, para prevenir el riesgo de insolvencia *ex ante*, no es necesario ni efectivo discriminar a empresas reaseguradoras en función de su origen, ni imponer condiciones a los organismos gubernamentales homólogos a la SSN. Según Panamá, lo que sí sería eficaz sería aplicar medidas de control o de capital mínimo a cada empresa reaseguradora, independientemente de su origen.¹¹³³

7.898. A efectos de determinar si la Medida 5 ha sido adoptada "por motivos cautelares", el Grupo Especial procederá en dos etapas. En primer lugar, analizaremos si los motivos identificados por Argentina respecto de la Medida 5 son "cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Es decir, si se trata de "causas" o "razones" que mueven a las autoridades reglamentarias del sector de los seguros a actuar para prevenir un riesgo, daño o peligro que, como dijimos anteriormente, no tiene por qué ser inminente. Si determinamos que existen "motivos cautelares", como paso siguiente, analizaremos si la medida ha sido adoptada "por" dichos motivos cautelares, es decir, si existe una relación racional de causa-efecto entre la Medida 5 y los motivos cautelares identificados por Argentina.

(i) Si los motivos identificados por Argentina son "cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros

7.899. Recordamos que Argentina ha identificado los siguientes motivos cautelares en relación con la Medida 5; a saber, proteger preventivamente a los asegurados, asegurar la solvencia de aseguradoras y reaseguradoras, y prevenir el riesgo sistémico que pudiera surgir por insolvencia y quiebra de compañías de reaseguros, que pudiera acarrear la caída de empresas de seguros directos, y garantizar la integridad del mercado.¹¹³⁴

7.900. Observamos en primer lugar que, como argumenta Argentina, los considerandos de la Resolución SSN No. 35.615/2011 indican entre sus objetivos la necesidad de adecuar "los mecanismos de control tendientes a garantizar la necesaria solvencia de aseguradores y reaseguradores que operen en el territorio nacional, así como la equidad y razonabilidad técnica de las condiciones de contratación respectivas."¹¹³⁵

7.901. Hacemos notar, asimismo que, tal como argumenta Argentina, los servicios de reaseguro son vitales para el buen funcionamiento del mercado de seguros.¹¹³⁶ En un documento titulado "Criterios Generales de Solvencia. Operaciones de Reaseguro", la Asociación de Superintendentes de Seguros de América Latina (ASSAL) expresa que "[e]l reaseguro es una parte esencial de la actividad aseguradora ya que, desde un punto de vista técnico permite que las instituciones dispersen adecuadamente los riesgos que asumen, y desde un punto de vista financiero, expande la capacidad para suscribir riesgos, limitando sus posibles pérdidas, sobre todo en el caso de los grandes riesgos."¹¹³⁷ Asimismo, como argumenta Argentina, asegurar la solvencia de los

¹¹³¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párrs. 2.676 y 2.677.

¹¹³² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.677.

¹¹³³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.678.

¹¹³⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 563; y segunda comunicación escrita de Argentina, párrs. 86-90.

¹¹³⁵ Primera comunicación de Argentina, párr. 568 y pruebas documentales PAN-36 / ARG-27.

¹¹³⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 87.

¹¹³⁷ Asociación de Superintendentes de Seguros de América Latina (ASSAL), Criterios generales de solvencia – Operaciones de reaseguro, agosto de 1999, prueba documental ARG-88, párr. 1.

aseguradores y reaseguradores es una condición *sine qua non* para garantizar la estabilidad financiera y prevenir el riesgo sistémico.¹¹³⁸ Esto es confirmado por la ASSAL, quien señala que "la orientación que la autoridad supervisora de la actividad aseguradora dé a las acciones de vigilancia debe en todo momento cuidar la solvencia y liquidez de las instituciones."¹¹³⁹ Observamos que la ASSAL explica asimismo que una institución aseguradora está expuesta a enfrentar problemas de solvencia debidos a "[l]as reaseguradoras extranjeras a las que ceda riesgos: en función de su calidad o "security", es factible que enfrenten problemas derivados del incumplimiento de esas responsabilidades transferidas y por las cuales, generalmente, no se cuenta con el respaldo de reservas técnicas ni de capital mínimo de garantía."¹¹⁴⁰

7.902. A su vez, vemos cómo se indica en un documento de 2009 de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, titulado "Riesgo Sistémico y el Sector de Seguros", que "el riesgo sistémico puede surgir en el sector de seguros cuando la capacidad del mercado de seguros disminuye o desaparece. Podría deberse a, por ejemplo, la quiebra de uno o más aseguradores o a la retirada de la cobertura del seguro o reaseguro".¹¹⁴¹ El mismo documento explica más adelante que la quiebra de un asegurador puede darse a través de su exposición en materia de reaseguros: "Una quiebra repentina de un reasegurador puede ocasionar que aseguradores directos pierdan protección para líneas de seguro directo y estén sometidos, en consecuencia, a tensiones financieras".¹¹⁴²

7.903. Observamos que Argentina argumenta en el mismo sentido, señalando que la Resolución SSN No. 35.615/2011 se enmarca en un conjunto de "acciones y medidas adoptadas que tienen como objetivo evitar la insolvencia de los reaseguradores, entendiendo que la quiebra de una entidad afectaría la estabilidad de los aseguradores directos y en general a los asegurados y a los damnificados".¹¹⁴³

7.904. A la luz de los argumentos y pruebas presentados con anterioridad, a nuestro juicio, los motivos identificados por Argentina respecto de la Medida 5 – proteger a los asegurados, asegurar la solvencia de aseguradoras y reaseguradoras, y prevenir el riesgo sistémico que pudiera surgir por insolvencia y quiebra de compañías de seguros directos – son de naturaleza cautelar, y conformes a nuestra interpretación de la expresión "motivos cautelares" en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

7.905. Resta aún por saber si la Medida 5 ha sido adoptada "por" esos motivos cautelares, es decir, tal como indicamos anteriormente, si la medida guarda una relación racional de causa-efecto con esos motivos cautelares. Recordamos que un aspecto central de esa relación racional causa-efecto es la adecuación de la medida al motivo cautelar, es decir, si la medida contribuye a causar el efecto buscado.

(ii) Si la Medida 5 ha sido adoptada por los motivos cautelares identificados por Argentina

7.906. Como describimos en la sección 2.3.6 *supra*, la Medida 5 consiste en la imposición por parte de Argentina de requisitos a proveedores de servicios de países no cooperadores para que éstos puedan acceder al mercado argentino de servicios de reaseguro. Argentina mantiene esta medida al amparo de los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011.

7.907. Tal y como se observa en el propio enunciado de dos de las disposiciones por las que se mantiene la Medida 5 (los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 modificada por la Resolución SSN No. 38.284/2014), Argentina establece un trato diferente en

¹¹³⁸ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 87.

¹¹³⁹ ASSAL, Criterios generales de solvencia – Operaciones de reaseguro, prueba documental ARG-88, párr. 16.

¹¹⁴⁰ ASSAL, Criterios generales de solvencia – Operaciones de reaseguro, prueba documental ARG-88, párr. 18(a).

¹¹⁴¹ Véase Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, *Riesgo Sistémico y el Sector de Seguros*, 25 de octubre de 2009, prueba documental ARG-140, párr. 16 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

¹¹⁴² Véase Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, *Riesgo Sistémico y el Sector de Seguros*, 25 de octubre de 2009, prueba documental ARG-140, párr. 20 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

¹¹⁴³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 459.

función de si los proveedores de servicios de reaseguro están o no constituidos e inscriptos en países cooperadores. Así, en el caso de que la empresa extranjera no acredite que ella o su casa matriz se encuentra constituida e inscripta en un país cooperador, deberá acreditar que: (i) la sociedad extranjera o su casa matriz se encuentra sujeta al control y fiscalización de un organismo que cumpla similares funciones a las de la SSN; y (ii) que dicho organismo de control y fiscalización al que está sujeta la sociedad extranjera o su casa matriz ha firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la SSN.

7.908. Las condiciones para que un país sea considerado como "cooperador a los fines de la transparencia fiscal" son fijadas, como se recordará, por el Decreto No. 589/2013. Como explicamos en la sección 2.2 *supra*, el Decreto No. 589/2013 establece las siguientes condiciones para que un país sea considerado cooperador, a saber: (i) haber suscrito con 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) haber iniciado con Argentina las negociaciones necesarias a los fines de suscribir dicho acuerdo y/o convenio.¹¹⁴⁴ En el caso de no reunir uno de estos requisitos, el país es considerado como no cooperador.¹¹⁴⁵

7.909. Al iniciar nuestro análisis, convenimos con Argentina en que una crisis en el sector de los seguros y de los reaseguros que implique una pérdida de capacidad aseguradora o reaseguradora puede sobrevenir en un período corto de tiempo y menoscabar la estabilidad financiera y la economía real.¹¹⁴⁶ En el mismo sentido se pronuncia, como vimos más arriba, la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS, por sus siglas en inglés).¹¹⁴⁷

7.910. Como este Grupo Especial dijo más arriba¹¹⁴⁸, las medidas adoptadas "por motivos cautelares" incluyen aquéllas que buscan prevenir y disponer con anticipación lo necesario para alcanzar determinado objetivo cautelar en el sector financiero. En tal sentido, nos parece que requerir información pertinente de las autoridades regulatorias de otras jurisdicciones forma parte de medidas destinadas a prevenir y disponer lo necesario para alcanzar determinado objetivo cautelar en el sector financiero, en este caso asegurar la solvencia de aseguradoras y reaseguradoras y prevenir el riesgo sistémico que pudiera surgir por insolvencia y quiebra de compañías de seguros directos, tal como argumenta Argentina. A nuestro juicio, contar con información adecuada y oportuna sobre la compañía de reaseguros extranjera es fundamental con miras a anticipar crisis o riesgos sistémicos que, como vimos, pueden estar incubándose de manera imperceptible a lo largo del tiempo y desencadenarse súbitamente. Desde esta perspectiva, entendemos la motivación del *requisito de intercambio de información* entre supervisores de seguros a que apuntan los puntos 18(a) y 20(f)I) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011, que encontramos perfectamente válido.

7.911. No obstante, tal como afirmamos más arriba, un aspecto central de la 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. Seguidamente abordaremos este aspecto.

7.912. Observamos en primer lugar, que la determinación de quiénes son "cooperadores" y "no cooperadores" surge de la aplicación del Decreto No. 589/2013. El Decreto No. 589/2013

¹¹⁴⁴ Artículo 1° del Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

¹¹⁴⁵ Señalamos, sin embargo, que la Resolución AFIP No. 3.576/2013, dictada "en uso de las facultades conferidas por el inciso b) del Artículo 2° del Decreto N° 589" presenta ligeras diferencias con lo dispuesto en el Decreto No. 589/2013. Por un lado, el Artículo 1° de esta Resolución establece 3 categorías de países cooperadores: "(a) Cooperadores que suscribieron Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información, con evaluación positiva de efectivo cumplimiento de intercambio de información; (b) 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 (c) 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". Asimismo, observamos que la tercera categoría se refiere al inicio del proceso de negociación o de ratificación, mientras que el Decreto No. 589/2013 sólo se refiere a la negociación. Véase la Resolución AFIP No. 3.576/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-37.

¹¹⁴⁶ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85, párr. 22.

¹¹⁴⁷ Véase Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, *Riesgo Sistémico y el Sector de Seguros*, 25 de octubre de 2009, prueba documental ARG-140, párr. 25 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

¹¹⁴⁸ Véanse los párrs. 7.867 y 7.879 *supra*.

establece las condiciones para que un país sea considerado cooperador, a saber: (i) haber suscrito con 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) haber iniciado con Argentina las negociaciones necesarias a los fines de suscribir dicho acuerdo y/o convenio.¹¹⁴⁹ En el caso de no reunir uno de estos requisitos, el país es considerado como no cooperador.¹¹⁵⁰

7.913. En otras palabras, el Decreto No. 589/2013 sirve para determinar no solamente quiénes son cooperadores e intercambian información, sino también, por defecto, quiénes son "no cooperadores" a cuyas compañías se les va a exigir, en virtud de los segundos párrafos de los puntos 18(a) y 20(f)I), que acrediten que se encuentran sujetas al control y fiscalización de un organismo (i) que cumpla similares funciones a las de la SSN, y (ii) con el cual la SSN haya firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información. Es en el mecanismo utilizado por el Decreto No. 589/2013 para determinar quién es cooperador y quién es no cooperador donde vemos un problema esencial, que explicaremos a continuación.

7.914. El Decreto No. 589/2013 también faculta a la AFIP para "elaborar el listado de los países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, publicarlo en su sitio "web" (<http://www.afip.gob.ar>) y mantener actualizada dicha publicación." Esta lista tiene, de hecho, efectos prácticos. En el caso de la Medida 5, el estar incluido en la lista permite a la compañía de reaseguros del país de que se trate cumplir automáticamente con el primer requisito establecido por los puntos 18(a) y 20(f)I) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011.

7.915. Observamos que el primer criterio del Decreto No. 589/2013 dispone que, para considerar a un país como país cooperador, éste debe haber suscrito con 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. Señalamos, asimismo, que el estándar C.1.8 del Foro Global dentro de la Sección "Intercambio de Información – Elementos Esenciales" dispone que "los mecanismos de intercambio de información deberían proporcionar un intercambio efectivo de información y deberían ... estar en vigor; donde se hayan firmado acuerdos, las jurisdicciones deben dar todos los pasos necesarios para que entren en vigor con celeridad".¹¹⁵¹

7.916. Sin embargo, observamos que en el caso del criterio relativo al inicio del proceso de negociación de un Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información no existe un mecanismo formal que permita un intercambio efectivo de información entre Argentina y el país con el que está negociando. Argentina, no obstante, otorga estatus de país cooperador a países en proceso de negociación respecto de los cuales no tiene acceso a la información fiscal dado que no existe un acuerdo o convenio. Dejando de lado la polémica entre las partes sobre si Panamá cumplió con este requisito y, de hecho, inició negociaciones¹¹⁵², éste sería el caso de Panamá, por ejemplo, que está considerado como un país cooperador por Argentina pero no ha suscrito ningún acuerdo de los previstos en el Decreto No. 589/2013.¹¹⁵³ Esto significa que las jurisdicciones con las que Argentina está en proceso de negociación de acuerdos de intercambio de información fiscal son consideradas cooperadoras a pesar de que Argentina sigue sin tener acceso a la información fiscal cuyo intercambio es la razón de ser de sus medidas defensivas.

7.917. La situación entre Panamá y Argentina ilustra las consecuencias de utilizar este criterio. Como explica Argentina, Panamá fue incluido "a partir del 1 de enero de 2014 como 'país

¹¹⁴⁹ Artículo 1º del Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

¹¹⁵⁰ Véase la nota de pie de página 1145 *supra*.

¹¹⁵¹ Véase Foro Global, *Términos de Referencia* (2010), prueba documental ARG-40, pág. 8 (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

¹¹⁵² Recordamos que Panamá sostiene que nunca inició negociaciones con Argentina, mientras que Argentina afirma que estas negociaciones se iniciaron en noviembre de 2013. Véase la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7(a); y la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(c).

¹¹⁵³ Cabe señalar a este respecto que las partes discrepan sobre si han iniciado las negociaciones de un Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información. Mientras Argentina considera que las negociaciones se iniciaron en noviembre de 2013, Panamá alega que dichas negociaciones nunca se han iniciado. Véase la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7; y la primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 131 y 132.

cooperador a los fines de la transparencia fiscal' en el marco del Decreto 589/2013 y de la Resolución AFIP No. [3576]/2013, tras haberse iniciado negociaciones para celebrar un acuerdo de intercambio de información a los fines fiscales a partir de noviembre de 2013...".¹¹⁵⁴ Es decir que, hasta el 31 de diciembre de 2013, Argentina consideraba a Panamá como un país "no cooperador". A partir del 25 de marzo de 2014¹¹⁵⁵, en virtud de la inclusión de Panamá en la lista de países cooperadores a partir del 1 de enero de 2014 simplemente porque Argentina considera que se han iniciado negociaciones, las compañías de reaseguros constituidas e inscriptas en Panamá son consideradas como cumpliendo el primero de los requisitos establecidos por los puntos 18(a) y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011. En ambos casos, es decir, antes del 31 de diciembre de 2013 y después del 31 de diciembre de 2013, Panamá no ha intercambiado ningún tipo de información tributaria con Argentina, como se desprende de la negativa constante de Panamá durante este proceso a considerar que había iniciado negociaciones o que tenga la intención de entablar negociaciones con Argentina a los fines de suscribir un acuerdo de intercambio de información tributaria.¹¹⁵⁶

7.918. Asimismo, la utilización de este criterio de inicio de negociaciones (pero sin la existencia de un acuerdo formal ni de un intercambio efectivo de información), así como la periodicidad con la que se actualiza la lista de países cooperadores, provoca otros problemas. Según Argentina, esta lista se actualiza anualmente al inicio del año fiscal. Al momento de distribuir este informe a las partes, la lista de países que Argentina considera cooperadores sigue siendo la publicada en la página web de la AFIP el 1 de enero de 2014. Panamá, que, según Argentina, había iniciado negociaciones con Argentina en noviembre de 2013, se encuentra en la lista de países cooperadores. Sin embargo, otras jurisdicciones (Belarús, Camerún, Chipre, Costa de Marfil, Gabón, Gibraltar y Hong Kong (China)), con los cuales Argentina ha iniciado negociaciones en el curso del año 2014¹¹⁵⁷, todavía no tienen el estatus de países cooperadores. En otras palabras, estas jurisdicciones están en la misma situación que Panamá – negocian, según Argentina, pero, presumiblemente, no intercambian información. Sin embargo, dado que Panamá fue incluida en la lista, las empresas de reaseguros panameñas son tratadas a los efectos de la Medida 5 de distinta manera a las empresas de reaseguro constituidas e inscriptas en cualquiera de las otras jurisdicciones mencionadas.

7.919. A tenor de lo anterior, consideramos que la Medida 5, y en particular el hecho de que Argentina no requiera información pertinente de las autoridades reguladoras de seguros de jurisdicciones oficialmente cooperadoras pero que no han concluido un acuerdo de intercambio de información o no han intercambiado información de forma efectiva, no guarda una relación racional de causa-efecto con los motivos cautelares identificados por Argentina.

7.920. En consecuencia, concluimos que Argentina no ha acreditado que la Medida 5 haya sido adoptada por motivos cautelares en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

(d) Si la Medida 6 ha sido adoptada "por motivos cautelares"

7.921. Argentina argumenta que la Medida 6 pretende proteger a los inversores de las distorsiones, manipulaciones y situaciones de abuso que se producen cuando no se conoce al beneficiario final de la operación de valores por falta de intercambio eficaz de información¹¹⁵⁸ y preservar la integridad y buen funcionamiento del mercado de capitales argentino.¹¹⁵⁹ Según Argentina, las operaciones de valores con las jurisdicciones no cooperadoras exponen al mercado financiero argentino a un mayor riesgo de fracaso sistémico, ya que en ese tipo de transacciones,

¹¹⁵⁴ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(c) y (d), pág. 21.

¹¹⁵⁵ Tal y como mencionamos anteriormente, los puntos 18 y 20(f) de la Resolución SSN No. 35.615/2011 fueron modificados por la Resolución SSN No. 38.284/2014, que entró en vigor el 25 de marzo de 2014. Los puntos 18 y 20(f) del Anexo I de la Resolución SSN No. 35.615/2011 en su redacción previa a la modificación de marzo de 2014 establecían prohibiciones al suministro de servicios de reaseguro por parte de proveedores de países no cooperadores vía modo 1 y 3. La modificación introducida por la Resolución SSN No. 38.284/2014 eliminó dicha prohibición y condicionó el suministro de servicios de reaseguro por parte de proveedores de países no cooperadores al cumplimiento de ciertos requisitos. Véanse los párrs. 2.25 - 2.33 *supra*.

¹¹⁵⁶ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 7, pág. 12.

¹¹⁵⁷ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 10(b)(i), pág. 21.

¹¹⁵⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 564-566.

¹¹⁵⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 562.

el regulador argentino no puede tener acceso a la información relativa a la propiedad efectiva de la parte que ordena la transacción y a la legitimidad de la fuente de sus fondos, y tampoco puede saber si la entidad extranjera está sujeta a una supervisión adecuada en su jurisdicción de origen. Por esta razón, Argentina sostiene que las transacciones de valores con entidades ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras presentan riesgos que pueden no estar presentes en las transacciones con entidades ubicadas en jurisdicciones cooperadoras, incluyendo riesgos de lavado de dinero, evasión de impuestos y el riesgo de no pago de las operaciones con valores.¹¹⁶⁰

7.922. Argentina argumenta que la búsqueda de la transparencia y el conocimiento del beneficiario final de las personas jurídicas extranjeras es una de las formas para combatir las amenazas mencionadas. Según Argentina, es por esta razón que el GAFI recomienda que los países adopten medidas para impedir el uso indebido de las personas jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Argentina sostiene que los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente.¹¹⁶¹

7.923. Argentina explica que en el marco de las "Medidas Preventivas" que los países deben imponer a sus instituciones financieras para alcanzar todos estos objetivos se destacan aquellas relacionadas con la "debida diligencia del cliente", a saber:¹¹⁶² identificar al cliente y verificar la identidad del cliente; identificar al beneficiario final y la estructura de titularidad y de control del cliente; y realizar una debida diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transacciones que se realicen sean consistentes con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y el perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la fuente de los fondos. Argentina argumenta que el propósito de estas medidas de debida diligencia es doble: en primer lugar, prevenir el uso ilícito de las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, al entender suficientemente al cliente como para poder evaluar apropiadamente los riesgos potenciales de lavado de activos y financiamiento del terrorismo asociados a la relación comercial; y en segundo lugar, dar los pasos apropiados para mitigar los riesgos.¹¹⁶³

7.924. Según Argentina, como consecuencia de la ausencia de un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria con Argentina o de un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la CNV, en el caso de las transacciones ordenadas por sujetos de países no cooperadores, no es posible garantizar el cumplimiento de cualquiera de dichas medidas preventivas. Según Argentina, en el caso de los países no cooperadores, ni los intermediarios bursátiles (ni la CNV ni ningún otro ente gubernamental) cuentan con garantías de que podrán identificar al cliente y al beneficiario final que ordena las transacciones, o quienes se encuentran por detrás de ellos, como es el caso de los clientes de los administradores de cartera o portfolio de inversión.¹¹⁶⁴ Según Argentina, la propia Recomendación 10 del GAFI establece explícitamente que si la institución financiera no pudiera cumplir con las medidas de debida diligencia indicadas no debe realizarse la transacción solicitada:

Si la institución financiera no pudiera cumplir con [las medidas de debida diligencia del cliente] ... se le debe exigir a esta que no abra la cuenta, comience relaciones comerciales o realice la transacción; o se le debe exigir que termine la relación comercial; y debe considerar hacer un reporte de transacciones sospechosas sobre el cliente.¹¹⁶⁵

7.925. Argentina explica que la metodología del GAFI para evaluar el cumplimiento de dicha recomendación establecida en 2013 reiteró la misma exigencia de no realizar la transacción cuando no se pueda identificar al cliente y/o al beneficiario final y la estructura de titularidad y de

¹¹⁶⁰ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 92.

¹¹⁶¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 11. Véanse también las Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, Recomendaciones 24 y 25.

¹¹⁶² GAFI, Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, Recomendación 10.

¹¹⁶³ GAFI, Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, Nota interpretativa a la Recomendación 10, pág. 64.

¹¹⁶⁴ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 15.

¹¹⁶⁵ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 16 (donde se hace referencia a las Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, Recomendación 10, pág. [16]) (el subrayado figura en el original).

control.¹¹⁶⁶ En este sentido, la normativa de la CNV no podría estar más en línea con lo requerido por el GAFI. Son los propios estándares internacionales los que establecen que, como medida cautelar, "no [se] realice la transacción". Así se refuerza el cumplimiento de la recomendación de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) de establecer políticas y procedimientos destinados a *minimizar el riesgo* de la utilización de intermediarios como vehículos para el lavado de dinero. Al cuestionar este tipo de medidas, se demuestra qué tan frontalmente choca la alegación de Panamá con los esfuerzos internacionales por salvaguardar la integridad del sistema financiero de los riesgos derivados del lavado de dinero y con la regulación prudencial en general.

7.926. Argentina argumenta que entre los principios de la IOSCO se encuentra aquél que dispone que las distintas jurisdicciones deberían establecer mecanismos de intercambio de información que fijen cuándo y cómo intercambiar información pública y no pública con sus contrapartes nacionales y extranjeras, lo que se encuentra vedado frente a países que no cumplen dichos estándares internacionales.¹¹⁶⁷ Según Argentina, los acuerdos de intercambio de información son fuertemente aconsejados por la IOSCO, quien señala que dichos acuerdos permiten la asistencia de los reguladores extranjeros cuando la evidencia de una posible violación de la normativa se encuentre fuera de su jurisdicción. Según Argentina, sin dichos acuerdos, los reguladores como la CNV no tienen las herramientas para llevar adelante su tarea regulatoria. Argentina cita el siguiente párrafo de un documento de la IOSCO:

Los reguladores de títulos valores han utilizado durante mucho tiempo los acuerdos de intercambio de información, normalmente conocidos como memoranda de entendimiento o [MOU por sus siglas en inglés], para facilitar la consulta, la cooperación y el intercambio de información en materia de aplicación de la reglamentación sobre títulos valores. Estos [MOU] permiten a los reguladores que sospechan que sus leyes han sido infringidas solicitar asistencia *ad hoc* de parte de sus homólogos en el extranjero cuando la evidencia de la posible infracción pueda radicar fuera de sus jurisdicciones.¹¹⁶⁸

7.927. Argentina argumenta que, de acuerdo con los estándares internacionales, los países deben asegurar que las autoridades competentes como la CNV puedan, rápida, constructiva y eficazmente, prestar el mayor rango de cooperación internacional en relación al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo. Argentina explica que los países deben hacerlo espontáneamente y siguiendo una solicitud, y debe existir una base legal para prestar la cooperación. Según Argentina, las recomendaciones internacionales del GAFI en este sentido son muy claras e impulsan a los países a negociar y firmar memorandos de entendimiento con sus contrapartes extranjeras.¹¹⁶⁹

Si una autoridad competente necesita acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, como un Memorando de Entendimiento (MOU), estos deben negociarse y firmarse a tiempo, con la mayoría de gama de contrapartes extranjeras.¹¹⁷⁰

7.928. Panamá argumenta que, puesto que Argentina pretendió justificar conjuntamente las restricciones al mercado de reaseguros y de capitales bajo la Excepción Cautelar, su justificación de la medida discriminatoria en cuanto al acceso al mercado de capitales argentino adolece de los mismos defectos que Panamá ya identificó para la medida relativa a los servicios de reaseguro.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁶ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 17 (donde se hace referencia a GAFI, "Metodología para la evaluación de la conformidad técnica con las recomendaciones del GAFI y la eficacia de los sistemas ALD / LFT", 2013, pág. 44 en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>: "Cuando una entidad financiera no sea capaz de cumplir con las medidas DDC pertinentes: (a) debería exigírsele que no abra la cuenta, inicie relaciones comerciales o realice la transacción; o debería exigírsele que ponga fin a la relación empresarial."

¹¹⁶⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 530.

¹¹⁶⁸ Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 19 (donde se hace referencia a IOSCO, *Principios Relativos a la Cooperación en Materia de Supervisión Transfronteriza Informe Final*, mayo de 2010, pág. 31, <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD322.pdf>) (prueba documental proporcionada en inglés; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

¹¹⁶⁹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 20.

¹¹⁷⁰ Véase GAFI, Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, Recomendación 40, pág. 31.

¹¹⁷¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.714.

Según Panamá, las referencias generales a las "distorsiones, manipulaciones y situaciones de abuso" sufridas por los consumidores o a las "muchas operaciones sospechosas de lavado de dinero", no son suficientes para explicar con claridad y de forma entendible cuáles son los riesgos específicos que Argentina persigue precaver con la medida que discrimina entre administradores de cartera de distinto origen.¹¹⁷²

7.929. Según Panamá, Argentina tenía el deber de explicar cuál sería el riesgo concreto que los consumidores argentinos sufrirían al contratar los servicios de un administrador de portfolio de inversión procedente de algún país no cooperador, o cómo la imposición de las condiciones previstas en las Normas de la CNV es una medida diseñada para atender y "mitigar los riesgos" creados por administradores de países no cooperadores. Según Panamá, Argentina no ha explicado cómo pueden prevenirse o precaverse *ex ante* los presuntos riesgos para los consumidores y el sistema financiero en general con la imposición de condiciones no sobre las gestoras de patrimonio o las entidades bancarias que operarán en el mercado argentino, sino sobre sus gobiernos.¹¹⁷³

7.930. Según Panamá, incluso si el Grupo Especial considerara que la Excepción Cautelar aplica a la medida de Argentina relativa al acceso al mercado de valores por parte de administradores de cartera extranjeros, el párrafo 2(b) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS no parecería permitir medidas como las que pretende imponer Argentina.¹¹⁷⁴ Para Panamá, la medida argentina precisamente persigue forzar a otros Miembros a revelar información al gobierno argentino, supeditando el acceso de administradores de cartera extranjeros al mercado argentino a la negociación o firma de acuerdos de intercambio de información.¹¹⁷⁵ Panamá considera que la excepción del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS, leída a la luz del párrafo 2(b), no permite en modo alguno justificar este tipo de medidas.¹¹⁷⁶ En consecuencia, Panamá considera que Argentina no ha satisfecho su carga de demostrar que la medida relativa al acceso al mercado de capitales argentino ha sido adoptada "por motivos cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS.¹¹⁷⁷

(i) Si los motivos identificados por Argentina son "cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros

7.931. Como hicimos con la Medida 5, a efectos de determinar si la Medida 6 ha sido adoptada "por motivos cautelares", el Grupo Especial procederá en dos etapas. En primer lugar, analizaremos si los motivos identificados por Argentina respecto de la Medida 6 son "cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Es decir, si se trata de "causas" o "razones" que mueven a las autoridades reglamentarias del sector financiero a actuar para prevenir un riesgo, daño o peligro que, como dijimos anteriormente, no tiene por qué ser inminente. Si determinamos que existen "motivos cautelares", como paso siguiente, analizaremos si la medida ha sido adoptada "por" dichos motivos cautelares, es decir, si existe una relación racional de causa-efecto entre la Medida 6 y los motivos cautelares identificados por Argentina.

7.932. Al comenzar nuestro análisis, observamos que la Medida 6 forma parte del Nuevo Texto de las Normas de la CNV (N.T. 2013) dictado por la CNV en ejercicio de las facultades de reglamentación que le confiere el Artículo 155 de la Ley No. 26.831 del Mercado de Capitales, promulgada el 27 de diciembre de 2012.¹¹⁷⁸ El N.T. 2013 reglamenta la mencionada Ley. Entre los objetivos mencionados por la Ley del Mercado de Capitales aparece en su primer artículo el siguiente: "Fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los pequeños inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor." A nuestro juicio, este objetivo se refiere concretamente a la protección de los inversores (en el marco de la función de protección del consumidor), tal como argumenta Argentina.

¹¹⁷² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.714.

¹¹⁷³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.715.

¹¹⁷⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.716.

¹¹⁷⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.716.

¹¹⁷⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.716.

¹¹⁷⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.717.

¹¹⁷⁸ Ley No. 26.831 del Mercado de Capitales, de 27 de diciembre de 2012 (Ley del Mercado de Capitales), pruebas documentales PAN-48 / ARG-49.

7.933. Observamos, más adelante, que el Artículo 39 de la Ley del Mercado de Capitales, al ocuparse de los sistemas de negociación de valores negociables, les impone a éstos la obligación de "garantizar la plena vigencia de los principios de protección del inversor, equidad, eficiencia, transparencia, no fragmentación y reducción del riesgo sistémico."¹¹⁷⁹ Todos estos objetivos y principios son, a juicio de este Grupo Especial, motivos cautelares que pueden enmarcarse en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

7.934. Observamos también que la Ley del Mercado de Capitales faculta a la CNV no solamente a regular, supervisar, inspeccionar, fiscalizar y sancionar a todas las personas que desarrollen actividades *relacionadas* con la oferta pública de valores negociables, sino también a dictar normas para prevenir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, que aparecen entonces, a juicio de este Grupo Especial, como motivos cautelares adicionales que deben informar las normas reglamentarias de la Ley.¹¹⁸⁰ Es en ese marco que, a nuestro juicio, debe entenderse el Título XI del T.N. 2013, que encabeza la Medida 6 y que lleva el título de "Prevención del Lavado de Dinero y Financiación del Terrorismo". Esto confirma, a nuestro juicio, el argumento argentino de que entre los motivos cautelares de la Medida 6 se encuentra la prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo.¹¹⁸¹

7.935. El Grupo Especial también está de acuerdo con Argentina en que la prevención del lavado de dinero y de la financiación del terrorismo fortalece la integridad y la estabilidad del sistema financiero. Argentina cita al Fondo Monetario Internacional (FMI), quien considera que el lavado de dinero y la financiación del terrorismo pueden menoscabar la integridad y estabilidad del sistema financiero y sus instituciones y desestabilizar las finanzas y la macroeconomía de un país y, en última instancia, la estabilidad financiera global.¹¹⁸² Tal como señala el FMI, la prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo fortalece la integridad del sistema financiero y la estabilidad macroeconómica tanto a nivel nacional como internacional.¹¹⁸³ Según Argentina, entre las numerosas iniciativas internacionales desarrolladas para perseguir estos objetivos sobresale el GAFI (o "*Financial Action Task Force*") reconocido como responsable primario del desarrollo de

¹¹⁷⁹ Ley del Mercado de Capitales, pruebas documentales PAN-48 / ARG-49.

¹¹⁸⁰ Véase el Artículo 19 de la Ley del Mercado de Capitales, en particular sus párrafos a), c), d) y p), pruebas documentales PAN-48 / ARG-49.

¹¹⁸¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 21.

¹¹⁸² Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 7 (donde se reproduce el siguiente fragmento de una publicación del FMI:

La comunidad internacional ha dado prioridad a la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Al FMI le preocupa especialmente la manera en que el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y otras cuestiones relacionadas con la gestión de gobierno pueden incidir en la integridad y estabilidad del sector financiero, así como en la economía en sentido más amplio. Estas actividades pueden menoscabar la integridad de las instituciones y los sistemas financieros, desalentar la inversión extranjera y distorsionar los flujos internacionales de capital. Pueden incidir negativamente en la estabilidad financiera y la evolución macroeconómica de un país al disminuir el bienestar desviando recursos de actividades económicas más productivas, e incluso generar efectos de contagio desestabilizadores en las economías de otros países. En un mundo cada vez más interconectado, los efectos negativos de estas actividades son de alcance mundial, y su impacto en la integridad y la estabilidad financiera de los países es ampliamente reconocido... Un régimen ALD/LFT [lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo] sólido afianza la integridad y estabilidad del sector financiero, facilitando así la integración de los países en el sistema financiero mundial. Dicho régimen también fortalece la gestión de gobierno y la administración. La integridad de los sistemas financieros nacionales es esencial para la estabilidad macroeconómica y del sector financiero a escala nacional e internacional.

Véase FMI, "El FMI y la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo", 5 de septiembre de 2014 (texto disponible en español en <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/pdf/aml.pdf>).

¹¹⁸³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 8 (donde Argentina reproduce el siguiente fragmento de una publicación del FMI en inglés): "Un régimen ALD/LFT [lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo] sólido afianza la integridad y estabilidad macroeconómica tanto a nivel nacional como internacional". Véase FMI, *Contra el lavado de dinero y combatiendo la financiación del terrorismo – Inclusión en las evaluaciones de vigilancia y estabilidad financiera*, pág. 6 (disponible en inglés en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/121412a.pdf>; traducción al español por la Secretaría de la OMC).

estándares globales de la lucha contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo.¹¹⁸⁴ Estos argumentos, así como la evaluación del FMI, nos parecen convincentes.

7.936. Asimismo, tal como explica Argentina, el intercambio de información es un objetivo promovido por la comunidad internacional, en el contexto del GAFI y la IOSCO, entre otros. Las recomendaciones emanadas de estas organizaciones apuntan a evitar y/o desincentivar transacciones comerciales cuando no se pueda identificar al cliente o al beneficiario final que ordena las transacciones, o quienes se encuentran por detrás de ellos, como es el caso de los clientes de los administradores de cartera o portfolio de inversión. En nuestra opinión, no es necesario repetir lo argumentado por Argentina en tal sentido, que nos parece convincente.¹¹⁸⁵

7.937. A la luz de los argumentos y pruebas presentados por Argentina, a nuestro juicio, los motivos de la Medida 6, entre los que cabe mencionar la protección de los inversores, la reducción del riesgo sistémico, y la prevención de los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, son de naturaleza cautelar y conformes a nuestra interpretación de la expresión "motivos cautelares" en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

7.938. Resta aún por saber si la Medida 6 ha sido adoptada "por" esos motivos cautelares, es decir, tal como indicamos más arriba, si la medida guarda una relación racional de causa-efecto con esos motivos cautelares. Recordamos que un aspecto central de esa relación racional de causa-efecto es la adecuación de la medida al motivo cautelar, es decir, si la medida contribuye a causar el efecto buscado.

(ii) Si la Medida 6 ha sido adoptada por los motivos cautelares identificados por Argentina

7.939. Como describimos en la sección 2.3.7 *supra*, la Medida 6 consiste en la imposición de requisitos a intermediarios bursátiles¹¹⁸⁶ para poder dar curso a operaciones ordenadas por sujetos de países no cooperadores. Argentina mantiene esta medida en virtud del Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (CNV).¹¹⁸⁷

7.940. El Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV permite a los intermediarios bursátiles argentinos dar curso a operaciones efectuadas u ordenadas por sujetos constituidos, domiciliados o que residan en países no cooperadores 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 siempre y cuando se cumplan dos requisitos: (i) que los sujetos constituidos, domiciliados o residentes en países no cooperadores que den la orden al intermediario bursátil ostenten la calidad de intermediarios registrados en una entidad bajo control y fiscalización de un organismo que cumpla funciones similares a las de la CNV argentina, y (ii) que dicho organismo haya firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la CNV argentina.¹¹⁸⁸ En cambio, los intermediarios bursátiles argentinos no están sujetos a estos requisitos para dar curso a operaciones efectuadas u ordenadas por sujetos de países cooperadores.

7.941. Las condiciones para que un país sea considerado como "cooperador a los fines de la transparencia fiscal" son fijadas, como se recordará, por el Decreto No. 589/2013. Como explicamos en la sección 2.2 *supra*, el Decreto No. 589/2013 establece las siguientes condiciones para que un país sea considerado cooperador, a saber: (i) haber suscrito con Argentina un acuerdo

¹¹⁸⁴ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párr. 8 (donde se hace referencia a FMI, *El FMI y la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, 5 de septiembre de 2014 (texto disponible en español en <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/pdf/amls.pdf>)).

¹¹⁸⁵ Véanse la nota de pie de página 1182 *supra*; la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 85(b), párrs. 9 y 10 (donde se hace referencia a IOSCO, *Objetivos y Principios de la Reglamentación de Títulos Valores*, mayo de 2003, pág. 16 (texto disponible en inglés en: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>)); y las Recomendaciones del GAFI, prueba documental ARG-25, Recomendaciones 24 y 25.

¹¹⁸⁶ Por intermediarios bursátiles se entiende los sujetos indicados en el Artículo 1º de las Normas de la CNV 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."

¹¹⁸⁷ Normas CNV 2013, pruebas documentales PAN-58 / ARG-50.

¹¹⁸⁸ Véase la sección 2.3.7 *supra*.

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) haber iniciado con Argentina las negociaciones necesarias a los fines de suscribir dicho acuerdo y/o convenio.¹¹⁸⁹ En el caso de no reunir uno de estos requisitos, el país es considerado como no cooperador.¹¹⁹⁰

7.942. Como este Grupo Especial dijo más arriba, las medidas por motivos cautelares que se pueden adoptar incluyen aquellas destinadas a prevenir y disponer con anticipación lo necesario para alcanzar un determinado objetivo cautelar en el sector financiero. En tal sentido, nos parece que requerir información pertinente de las autoridades reguladoras de otras jurisdicciones forma parte de las acciones destinadas a prevenir y disponer lo necesario para alcanzar un determinado objetivo cautelar en el sector financiero; en este caso, la protección de los inversores, la reducción del riesgo sistémico, y la prevención de los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. En particular, la disponibilidad efectiva de información sobre la identidad del cliente o beneficiario final que ordena o efectúa las transacciones, o quienes se encuentran por detrás de ellos, resulta, como hemos visto, fundamental para prevenir los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Desde esta perspectiva, entendemos la motivación del requisito impuesto por la Medida 6 de que cuando los sujetos que ordenan o efectúan operaciones a través de intermediarios bursátiles argentinos provengan de países no cooperadores, éstos deban acreditar que (i) revisten 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 CNV argentina y (ii) que dicho organismo ha firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la CNV argentina. Sin embargo, tal como afirmamos más arriba, un aspecto central de la relación racional causa-efecto es la adecuación de la medida en sí al motivo cautelar, es decir, si la medida, por su diseño, estructura y arquitectura, contribuye a causar el efecto buscado. A continuación abordaremos este aspecto.

7.943. Observamos, en primer lugar, que la determinación de quiénes son "cooperadores" y "no cooperadores" en la Medida 6 surge de la aplicación del Decreto No. 589/2013. En otras palabras, el Decreto sirve para determinar no solamente quiénes son cooperadores e intercambian información, sino también, por defecto, quiénes son "no cooperadores" y a quiénes se les van a imponer los requisitos mencionados en el párrafo anterior (es decir, acreditar que (i) revisten 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 CNV argentina; y (ii) que el organismo de su jurisdicción de origen ha firmado un memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la CNV argentina). Al igual que con la Medida 5, es en el mecanismo utilizado por la Medida 6 para determinar quién es cooperador y quién es no cooperador donde vemos un problema esencial. Los argumentos que hemos utilizado en los párrafos 7.912-7.918 *supra* se aplican, *mutatis mutandis*, a la Medida 6.

7.944. A tenor de lo anterior, consideramos que la Medida 6, y en particular el hecho de que no imponga requisitos específicos a sujetos que ordenan o efectúan operaciones bursátiles en Argentina y que provienen de jurisdicciones oficialmente cooperadoras pero que no han concluido un acuerdo de intercambio de información o no han intercambiado información de forma efectiva, no guarda una relación racional de causa-efecto con los motivos cautelares identificados por Argentina. Por lo tanto, concluimos que la Medida 6 no ha sido adoptada por los motivos cautelares identificados por Argentina.

7.3.7.2.4.3 Tercer requisito: Si las Medidas 5 y 6 no han sido utilizadas "como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por [Argentina]" en el marco del AGCS

7.945. Habiendo concluido que Argentina no ha acreditado que las Medidas 5 y 6 hayan sido adoptadas por motivos cautelares en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros, consideramos que no es necesario continuar nuestro examen bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros y, por lo tanto, no examinaremos si Argentina ha acreditado que las Medidas 5 y 6 no han sido utilizadas como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por Argentina en el marco del AGCS.

¹¹⁸⁹ Artículo 1º del Decreto No. 589/2013, pruebas documentales PAN-3 / ARG-35.

¹¹⁹⁰ Véase la nota de pie de página 1145 *supra*.

7.3.7.2.5 Conclusión

7.946. Hemos concluido que los motivos identificados por Argentina en relación con las Medidas 5 y 6 respectivamente son motivos "cautelares" en el sentido del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

7.947. Hemos concluido también que la Medida 5, y en particular el hecho de que no requiera información pertinente de las autoridades reguladoras de seguros de jurisdicciones oficialmente cooperadoras pero que no han concluido un acuerdo de intercambio de información o no han intercambiado información de forma efectiva, no guarda una relación racional de causa-efecto con los motivos cautelares identificados por Argentina.

7.948. Asimismo, hemos concluido que la Medida 6, y en particular el hecho de que no imponga requisitos específicos a sujetos que ordenan o efectúan operaciones bursátiles en Argentina y que provienen de jurisdicciones oficialmente cooperadoras pero que no han concluido un acuerdo de intercambio de información o no han intercambiado información de forma efectiva, no guarda una relación racional de causa-efecto con los motivos cautelares identificados por Argentina.

7.949. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye que la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) y la Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales) 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.

7.4 Constataciones bajo el GATT de 1994

7.4.1 Introducción

7.950. En el presente asunto, además de sus alegaciones bajo el AGCS, Panamá impugna también las Medidas 2 y 3 bajo el GATT de 1994. Como explicamos en la sección 7.2 *supra*, la posibilidad de que una medida pueda ser incompatible con el AGCS y el GATT de 1994 al mismo tiempo ha sido aceptada por el Órgano de Apelación en diferencias anteriores. En consecuencia, procedemos a examinar las alegaciones de Panamá bajo el GATT de 1994.

7.4.2 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994

7.4.2.1 Principales argumentos de las partes

7.4.2.1.1 Panamá

7.951. Panamá sostiene que tanto la Medida 2 como la Medida 3 son incompatibles con el Artículo I:1 del GATT de 1994.¹¹⁹¹

7.952. Por lo que respecta a la Medida 2, Panamá alega que la presunción de incremento patrimonial no justificado impuesta por el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT califica como un "reglamento y formalidad relativa a las exportaciones"¹¹⁹² así como una "carga que grava las transferencias internacionales de fondos" efectuadas en concepto de pagos por exportaciones¹¹⁹³ y, por lo tanto, está abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.953. Panamá sostiene que la medida está cubierta por el GATT de 1994 ya que, si bien la medida afecta a la condición tributaria de un comprador o vendedor de un producto "con respecto a un tributo directo (por ej. impuesto a las ganancias), afecta a la vez a aspectos de las transacciones sobre mercancías (por ej. los pagos)".¹¹⁹⁴ Panamá explica que cuando la descarga de impuestos directos o la aparición de contingencias tributarias conexas se vincula a la compra o venta de determinados productos, estos productos se verán afectados implícitamente por la norma que regula la situación tributaria del comprador o vendedor como sujeto de un impuesto

¹¹⁹¹ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, págs. 3 y 4.

¹¹⁹² Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.187. Véanse también las respuestas de Panamá a las preguntas del Grupo Especial Nos. 55 y 89.

¹¹⁹³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.187.

¹¹⁹⁴ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.370.

directo.¹¹⁹⁵ Panamá aclara que la naturaleza directa o indirecta de los impuestos vinculados a esta medida no es un aspecto relevante al momento de analizar si la misma cae bajo el ámbito de aplicación del Artículo I:1 del GATT de 1994.¹¹⁹⁶ Panamá observa que el hecho de que una medida esté contenida en legislación tributaria que grava el patrimonio o impone tributos directos no es un impedimento para que se pueda constatar que la misma afecta al comercio de mercancías. Panamá se apoya en la diferencia *Estados Unidos – EVE*¹¹⁹⁷ alegando que tanto el grupo especial como el Órgano de Apelación constataron que una medida que brindaba beneficios con respecto a un tributo directo influía en la toma de decisión del contribuyente en contra del producto importado, en contravención del Artículo III:4 del GATT.¹¹⁹⁸

7.954. A juicio de Panamá, la Medida 2 califica como un "reglamento y formalidad relativo a la exportación".¹¹⁹⁹ Panamá argumenta que la expresión "todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones" del Artículo I:1 del GATT de 1994 ha sido interpretada de manera amplia por grupos especiales anteriores, lo que permite encuadrar bajo esta disposición medidas relacionadas con la exportación como, por ejemplo, el pago de las mismas.¹²⁰⁰ Panamá se apoya en el informe del grupo especial en el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)* para argumentar que "esta categoría de medidas tiene un alcance amplio, puesto que abarca no solamente medidas directamente relacionadas con el proceso de importación o exportación, sino también aquellas relativas a otros aspectos de la exportación o medidas que afectan a las exportaciones efectivas."¹²⁰¹¹²⁰² Panamá sostiene que el requisito o formalidad de conservar los comprobantes habituales de la operación indica que la medida está fundamentada en (y, por lo tanto, vinculada con) el proceso de exportación. Panamá explica que el momento de declaración del impuesto no es relevante, así como tampoco lo es el hecho de que la operación de exportación se haya perfeccionado antes de que surja la presunción.¹²⁰³ Panamá, asimismo, observa que el hecho de que el requisito sea exigible presuntamente de la misma manera con respecto a otros exportadores solo prueba que la medida es redundante e innecesaria.¹²⁰⁴

7.955. Panamá también alega en su primera comunicación escrita que la presunción de incremento patrimonial no justificado impuesta por el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT califica como una "carga que grava las transferencias internacionales de fondos" efectuadas en concepto de pagos por exportaciones.¹²⁰⁵ Según Panamá, las consecuencias tributarias de una constatación de incremento patrimonial no justificado constituyen una "carga" en tanto que consisten en la obligación de pagar el impuesto a las ganancias, el IVA e impuestos internos respecto de las transferencias internacionales por el pago de exportaciones.¹²⁰⁶

7.956. Panamá afirma que éste es el caso de residentes argentinos que exportan mercancías a países no cooperadores y que, por lo tanto, reciben pagos como contraprestación que acaban resultando en la aplicación de la presunción anteriormente mencionada. Panamá sostiene que la amplia cobertura dada al término "ventaja" cubre el hecho de que los exportadores argentinos que exportan a países cooperadores no se ven afectados por la presunción de incremento patrimonial no justificado, mientras que esta presunción sí que se aplica a los ingresos que reciben los exportadores que exportan a países no cooperadores.¹²⁰⁷

7.957. Panamá argumenta que los productos de países no cooperadores y aquéllos de países cooperadores se pueden considerar "similares" ya que lo único que les diferencia es el origen.¹²⁰⁸

¹¹⁹⁵ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.370.

¹¹⁹⁶ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 89.

¹¹⁹⁷ Panamá se refiere al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD)*, párrs. 207-222. Véase la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 55.

¹¹⁹⁸ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 55.

¹¹⁹⁹ Observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²⁰⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.188.

¹²⁰¹ (Nota del original) Informe del grupo especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párr. 7.410.

¹²⁰² Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 55.

¹²⁰³ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 55.

¹²⁰⁴ Observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²⁰⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.187.

¹²⁰⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.190.

¹²⁰⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.193; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.379.

¹²⁰⁸ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.196 y 4.197.

Asimismo, Panamá alega que la ventaja no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos similares que se exportan a países no cooperadores.¹²⁰⁹

7.958. Por lo que respecta a la Medida 3, Panamá alega que la medida que establece la valoración de productos importados de sujetos de países no cooperadores en base al régimen de precios de transferencia está cubierta por el Artículo I:1 del GATT de 1994 porque es una norma vinculada a la determinación de la base imponible de un tributo interno que recae sobre los contribuyentes que comercializan los productos, y no sobre los productos en sí mismos. Panamá considera que esta medida estaría abarcada por el Artículo III:4 del GATT de 1994.¹²¹⁰ Alternativamente, según Panamá, la medida es una regla o formalidad vinculada a la importación o exportación de los bienes en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994.¹²¹¹

7.959. Al igual que en el caso de la Medida 2, Panamá argumenta que los productos de países no cooperadores y aquéllos de países cooperadores se pueden considerar "similares" ya que lo único que les diferencia es el origen.¹²¹²

7.960. Panamá sostiene que la medida impone sobre los contribuyentes argentinos requisitos y cargas adicionales que no se imponen sobre las transacciones de importación y exportación concluidas con sujetos ubicados en países cooperadores. Según Panamá, el sometimiento al régimen de precios de transferencia implica para las importaciones de bienes de los países no cooperadores formalidades de declaración adicionales, incertidumbres, costos implícitos en recopilación, procesamiento, evaluación de información y contratación de un experto contable. Panamá explica que todo esto no lo soportan las importaciones de bienes similares de los países cooperadores.¹²¹³ Panamá argumenta que estos últimos bienes reciben una ventaja, favor, inmunidad o privilegio que no se extiende a los bienes de los países no cooperadores. De ahí que, a juicio de Panamá, exista una ventaja para aquellos contribuyentes que deciden operar con sujetos de países cooperadores que no se extiende a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores, lo que altera las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores.¹²¹⁴

7.4.2.1.2 Argentina

7.961. Argentina, por su parte, afirma que la Medida 2 no es un "reglamento o formalidad relativo a las exportaciones".¹²¹⁵ Al respecto, Argentina considera que la Medida 2 no afecta a las transacciones de comercio internacional de bienes porque el impuesto se declara una vez perfeccionada la operación de comercio exterior.¹²¹⁶ Según Argentina, gravar el patrimonio del contribuyente nacional con un impuesto no constituye un aspecto del proceso de importación ni afecta a las importaciones efectivas.¹²¹⁷ Argentina explica que la Medida 2 impone un método sobre la determinación del ingreso sujeto a tributación interna en Argentina y que el hecho de que dicho ingreso pueda derivar en parte de transacciones de importación o de exportación no sugiere que las medidas tributarias internas de Argentina sean medidas en frontera sujetas a las disciplinas del Artículo I:1 del GATT de 1994.¹²¹⁸ Argentina se apoya en el informe del Órgano de Apelación en *China – Partes de automóviles* según el cual "un Grupo Especial debe examinar las 'características esenciales' de la medida en cuestión, es decir, las que definen su 'centro de gravedad', para determinar si se trata de una medida en frontera o una medida interna."¹²¹⁹ Según Argentina, el hecho de que una parte de los ingresos sujetos a imposición en Argentina pueda provenir de las operaciones de importación o de exportación no es suficiente para demostrar que el "centro de

¹²⁰⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.200 y 4.201.

¹²¹⁰ Los argumentos de las partes relativos a si la Medida 3 es una medida cubierta por el Artículo III:4 se encuentran en la sección 7.4.3.1 *infra*.

¹²¹¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.263.

¹²¹² Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.264 y 4.265; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.479.

¹²¹³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.241; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.481.

¹²¹⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.266-4.268.

¹²¹⁵ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²¹⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 661.

¹²¹⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 671.

¹²¹⁸ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97.

¹²¹⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *China – Partes de automóviles*, párr. 171).

gravedad" de los impuestos sobre los ingresos / ganancias en Argentina es la importación o exportación de mercancías.¹²²⁰ Para Argentina, la Medida 2 es parte del impuesto y, por lo tanto, es inseparable del mismo.¹²²¹

7.962. Argentina también discute que el informe del grupo especial en el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)* sirva para sostener la calificación de la Medida 2 como un "reglamento relativo a las exportaciones". Según Argentina, el hecho de poder ejercer la facultad de fiscalización sobre el patrimonio de todos los contribuyentes nacionales con un impuesto determinado por ley no puede entenderse en este caso como "otro aspecto de la exportación", y menos aún cuando los contribuyentes pueden probar que la operación de exportación efectivamente se realizó. Asimismo, Argentina aclara que la Medida 2 no afecta a la obligación tributaria del contribuyente argentino o contingencias conexas con respecto al producto exportado. A juicio de Argentina, la obligación tributaria sigue siendo la misma siempre y cuando se pueda acreditar el origen de los fondos recibidos en actividades fehacientemente realizadas. Argentina considera que Panamá no ha explicado el efecto negativo sobre el pago por exportaciones al que alude ni cómo impacta en el pago.¹²²² Argentina también considera que las medidas objeto de la presente diferencia y las examinadas en el caso *Estados Unidos – Aves de corral (China)* son diferentes en cuanto a su "objeto, arquitectura y diseño, ... contexto y ... efecto y alcance", por lo que el marco analítico utilizado por el grupo especial en *Estados Unidos – Aves de corral (China)* no sería de aplicación en la presente diferencia.¹²²³

7.963. Argentina recuerda que el grupo especial en el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)* entendió que "el establecimiento y aplicación de una norma por el FSIS es una condición indispensable para la importación de productos de aves de corral en los Estados Unidos. Recordamos además que hemos concluido que el artículo 727, que es una disposición legislativa, tiene por efecto prohibir la importación de productos de aves de corral chinos en los Estados Unidos."¹²²⁴ Argentina argumenta que la Medida 2 no es una "condición necesaria" para la adquisición o venta de un producto. La medida no tiene por efecto prohibir, en ningún aspecto, las ventas de productos desde Argentina hacia Panamá, por lo que no resulta una condición indispensable para poder concretar una operación de exportación. Sus efectos tampoco resultan en una prohibición de las exportaciones de productos hacia Panamá.¹²²⁵

7.964. Argentina defiende que la Medida 2 tampoco califica como una "carga que grava las transferencias internacionales de fondos" ya que admite prueba en contrario (presunción *iuris tantum*) y el trato tributario recae sobre el patrimonio del contribuyente y no sobre el ingreso en sí mismo derivado de la transacción internacional.¹²²⁶ Además, Argentina recuerda que la presunción se aplica una vez perfeccionada la operación de exportación con el objetivo de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias.¹²²⁷ Argentina señala que Panamá se limitó a afirmar en su segunda comunicación escrita que la Medida 2 se encuadra dentro de la expresión "reglamento y formalidad relativo a las exportaciones", sin argumentar sobre la caracterización de la medida como una "carga". A juicio de Argentina, el argumento de Panamá para determinar la incompatibilidad de la medida con el Artículo I:1 del GATT de 1994 no es coherente ya que Panamá califica a la Medida 2 como un "reglamento y formalidad relativo a la exportación" que tiene un efecto negativo sobre el pago (y no como una "carga que grava las transferencias internacionales de fondos en concepto de pago por exportaciones"), mientras que para intentar probar que existe una ventaja Panamá afirma que la medida impone cargas procesales y fiscales sobre el exportador.¹²²⁸

7.965. Argentina sostiene que la Medida 2 no genera una ventaja, privilegio o inmunidad para los exportadores que destinen sus productos a países cooperadores ya que están igualmente sujetos a

¹²²⁰ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97.

¹²²¹ Observaciones de Argentina a la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 89.

¹²²² Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²²³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 93.

¹²²⁴ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92 (donde se cita el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párr. 7.409). Las siglas FSIS en la diferencia *Estados Unidos – Aves de corral (China)* significan "Servicio de Bromatología (*Food Safety and and Inspection Service*)".

¹²²⁵ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²²⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 673 y 674.

¹²²⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 675.

¹²²⁸ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

presentar toda la documentación necesaria para realizar la operación de exportación.¹²²⁹ Al respecto, Argentina señala que la medida no discrimina entre productos similares en razón del destino de dichos productos y no otorga un trato diferencial en base al destino de las exportaciones argentinas. Según Argentina, el destino del producto objeto de la exportación no es una variable que forme parte de la medida. La medida no se relaciona con el destino de las mercancías argentinas, sino más bien con el patrimonio del contribuyente argentino.¹²³⁰

7.966. Argentina entiende que el Artículo I del GATT de 1994 se ocupa, en el contexto de las operaciones de exportación, del trato dado a los productos destinados a Panamá y no del trato dado a los exportadores de los productos. De acuerdo con la legislación cuestionada por Panamá, la presunción de incremento patrimonial no justificado no se activa necesariamente cuando los productos originarios de Argentina se exportan hacia Panamá. El destino del producto objeto de la exportación no es la variable de aplicación que utiliza la medida cuestionada, por cuanto ésta es el país de origen de los fondos que ingresan al patrimonio del contribuyente argentino, independientemente del destino del producto exportado.¹²³¹

7.967. Por lo que respecta a la Medida 3, Argentina considera que impone un método sobre la determinación del ingreso sujeto a tributación interna en Argentina y que el hecho de que dicho ingreso pueda derivar en parte de transacciones de importación o de exportación no sugiere que las medidas tributarias internas de Argentina sean medidas en frontera sujetas a las disciplinas del Artículo I:1 del GATT de 1994.¹²³² Según Argentina, este tipo de valoración no se exige, sino que aplica cuando no se puede establecer el precio internacional de las operaciones de importación o exportación de bienes.¹²³³ Argentina aduce que los diferentes requisitos que se pueden establecer en función del sujeto con el que se concrete la operación (jurisdicción cooperadora o no cooperadora) "no tienen finalidad de valoración aduanera y no importan la concesión de ninguna ventaja, favor, privilegio o inmunidad con respecto a los derechos de aduana o cargas de cualquier clase".¹²³⁴

7.4.2.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.4.2.2.1 Introducción

7.968. La cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial es si la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado) y la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) son incompatibles con el Artículo I:1 del GATT de 1994.¹²³⁵ En respuesta a estas alegaciones de Panamá, Argentina afirma que estas dos medidas no están cubiertas por dicha disposición jurídica.¹²³⁶

7.969. Empezaremos por examinar el enunciado del Artículo I:1 del GATT de 1994 para establecer el criterio jurídico aplicable teniendo en cuenta cómo ha sido interpretado por grupos especiales anteriores y el Órgano de Apelación. Desde esa perspectiva, procederemos a determinar si las Medidas 2 y 3 infringen dicha disposición.

7.4.2.2.2 La disposición jurídica pertinente

7.970. El Artículo I:1 del GATT de 1994 establece lo siguiente:

Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las

¹²²⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 682; y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²³⁰ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²³¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92; y observaciones de Argentina a la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 89.

¹²³² Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97.

¹²³³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 690 (Nota del original) Ley de Impuesto a las Ganancias, Texto ordenado por Decreto 649/97. ARG-42.

¹²³⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 704.

¹²³⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 5.1.b(iii) y 5.1.c(iii).

¹²³⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 668-687 y 696-706; y segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97. Véase también la respuesta de Argentina a las preguntas del Grupo Especial Nos. 92 y 93.

transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

7.971. En *CE – Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación recordó que el Artículo I:1 establece una obligación fundamental de no discriminación en el marco del GATT de 1994¹²³⁷, "de aplicación generalizada" y "piedra angular del GATT", además de ser "uno de los pilares del sistema de comercio de la OMC".¹²³⁸

7.972. En esta misma diferencia, el Órgano de Apelación resumió la jurisprudencia existente en relación al criterio jurídico aplicable para examinar una alegación bajo el Artículo I:1 del GATT de 1994. De tal forma, el Órgano de Apelación identificó cuatro elementos que es preciso acreditar para demostrar una incompatibilidad con el Artículo I:1 del GATT de 1994:

Sobre la base del texto del párrafo 1 del artículo I, es preciso acreditar la existencia de los siguientes elementos para demostrar una incompatibilidad con dicha disposición: i) que la medida en litigio esté comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo I; ii) que los productos importados en cuestión sean productos "similares" en el sentido del párrafo 1 del artículo I; iii) que la medida en litigio confiera una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" a un producto originario del territorio de cualquier país; y iv) que la ventaja concedida no se conceda "inmediata" e "incondicionalmente" a los productos "similares" originarios de los territorios de todos los Miembros. Así, si un Miembro concede *cualquier* ventaja a *cualquier* producto originario del territorio de *cualquier* otro país, se debe conceder esa ventaja "inmediata e incondicionalmente" a los productos similares procedentes de todos los demás Miembros.¹²³⁹

7.973. Nuestro análisis de las alegaciones de Panamá bajo el Artículo I:1 del GATT de 1994 comienza, por lo tanto, por establecer si las Medidas 2 y 3 están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición. Únicamente en tal caso podremos proseguir nuestro análisis de los otros elementos que integran el criterio jurídico del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.974. Del enunciado de la disposición se desprende que el ámbito de aplicación de la norma abarca la siguiente tipología de medidas: (i) los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pagos de importaciones o exportaciones; (ii) los métodos de exacción de tales derechos y cargas; (iii) todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones; y (iv) todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del Artículo III del GATT de 1994.¹²⁴⁰

7.975. En el caso de la Medida 2, Panamá alega en un primer momento que esta medida "califica como un 'reglamento y formalidad relativa a las exportaciones'"¹²⁴¹ y está diseñada de tal manera que "impone 'una carga que grava las transferencias internacionales de fondos' efectuadas en

¹²³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.86. En *Canadá – Automóviles*, el Órgano de Apelación explicó que el objeto y fin del Artículo I:1 del GATT de 1994 "es prohibir la discriminación entre productos similares originarios de distintos países o a ellos destinados". Asimismo, explicó que dicha prohibición de discriminación "constituye además un incentivo para hacer extensivas, en régimen NMF, las concesiones negociadas recíprocamente a todos los demás Miembros". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párr. 84.

¹²³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.86 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párr. 69; *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párr. 297, y *CE – Preferencias arancelarias*, párr. 101).

¹²³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párr. 5.86 (las cursivas figuran en el original).

¹²⁴⁰ Informe del grupo especial, *CE – Embarcaciones Comerciales*, párr. 7.80.

¹²⁴¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.187.

concepto de pago por exportaciones".¹²⁴² Sin embargo, en su segunda comunicación escrita, Panamá parece centrarse únicamente en la consideración de esta medida como reglamento o formalidad relativa a las exportaciones.¹²⁴³

7.976. En lo que respecta a la Medida 3, Panamá sostiene que esta medida puede estar abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994 de dos formas: (i) considerándola una norma vinculada a la determinación de la base imponible de un tributo interno que no recae sobre los productos sino sobre los contribuyentes, estando entonces cubierta por el Artículo III:4 del GATT de 1994 y, en consecuencia, también por el Artículo I:1; o (ii) de manera alternativa, considerando la medida como una regla o formalidad vinculada a la importación o exportación de bienes en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994.¹²⁴⁴

7.977. Examinamos a continuación cada medida con miras a establecer si están cubiertas por el Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.4.2.2.3 La cuestión de si la Medida 2 está abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994

7.978. Como explicamos con anterioridad, para apoyar su alegación bajo el Artículo I:1 del GATT de 1994, Panamá califica a la Medida 2 como un "reglamento y formalidad relativa a las exportaciones" o como una "carga que grava las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago por exportaciones".¹²⁴⁵ Para determinar si la Medida 2 puede ser considerada como perteneciente a una o ambas categorías, consideramos pertinente recordar en qué consiste la Medida 2.

7.979. Tal y como describimos en detalle en la sección 2.3.3 *supra*, la Medida 2 consiste en una presunción de incremento patrimonial no justificado aplicable a todo ingreso de fondos "cualquiera que sea su naturaleza, concepto o tipo de operación" –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, en el marco del impuesto a las ganancias. Dicha presunción puede ser refutada si el contribuyente prueba "fehacientemente que los ingresos se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados". Argentina mantiene esta medida en virtud del artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT.¹²⁴⁶

7.4.2.2.3.1 Si la Medida 2 es un reglamento y formalidad relativa a las exportaciones

7.980. Examinamos a continuación si Panamá ha acreditado que la Medida 2 constituye un reglamento y formalidad relativa a las exportaciones en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.981. De conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, exploramos el sentido corriente de los términos "reglamento" y "formalidad". La Real Academia Española define "reglamento" como "[c]olección ordenada de reglas o preceptos, que por la autoridad competente se da para la ejecución de una ley o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio" o "[n]orma jurídica general y con rango inferior a la ley, dictada por una autoridad administrativa".¹²⁴⁷ En inglés, el término utilizado en el Artículo I:1 del GATT de 1994 es "rules" que se puede entender como "*a principle, regulation, or maxim governing individual conduct; a principle governing scholarly or scientific procedure or method*" o "*a principle regulating practice or procedure; a dominant custom or habit. Also, accepted or prescribed principles, method, practice, custom*".¹²⁴⁸ lo que parece otorgar un sentido amplio al término, frente a la definición más formal de la Real Academia Española en la que se hace

¹²⁴² Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.190.

¹²⁴³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.373.

¹²⁴⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.263.

¹²⁴⁵ Véase el párr. 7.954 *supra*.

¹²⁴⁶ Ley de Procedimiento Tributario, pruebas documentales PAN-9 / ARG-45.

¹²⁴⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014),

Tomo II, pág. 1882.

¹²⁴⁸ *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ª edición, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), pág. 2628.

referencia a un tipo de normativa que desarrolla una normativa superior. El término elegido en francés, "*réglementation*" ("*ensemble de règles, de règlements, de prescriptions qui concernent un domaine particulier*" o "*action de réglementer*")¹²⁴⁹ también parece referirse a instrumentos de naturaleza jurídica en general. A nuestro juicio, el artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT por el que se mantiene la Medida 2 puede ser calificado de "reglamento", "rule" o "*réglementation*".

7.982. No parece sin embargo que tal disposición jurídica pueda ser calificada de "formalidad", entendida como "[c]ada uno de los requisitos para ejecutar algo" o "[m]odo de ejecutar con la exactitud debida un acto público".¹²⁵⁰ Nuestra visión parece ser confirmada por el grupo especial en *Argentina – Medidas relativas a la importación*, quien también indagó sobre el sentido corriente del término "formalidad" en el marco del Artículo VIII del GATT de 1994. El grupo especial afirmó que la palabra "'formality' (formalidad) es '[a] small point of practice that, though seemingly unimportant, must [usually] be observed to achieve a particular legal result' ([una] pequeña cuestión de orden práctico que, pese a que aparentemente no es importante, [habitualmente] hay que observar para lograr un resultado jurídico concreto). Más en general, una 'formality' (formalidad) guarda relación con '[c]onformity to rules; propriety; rigid or merely conventional observance of forms' ([c]onformidad con las normas, con el decoro; observancia rígida o meramente convencional de las formas)".¹²⁵¹ El sentido corriente de la palabra "*formalité*" en francés ("*opération prescrite par la loi, la règle, et qui est liée à l'accomplissement de certains actes (juridiques, administratifs, religieux) comme condition de leur validité*")¹²⁵² parece confirmar también nuestra postura de que la Medida 2 no reviste las características de una "formalidad".

7.983. Una vez concluido que la Medida 2 puede ser calificada de "reglamento", corresponde determinar si la Medida 2, en tanto que reglamento, es "relativ[a] a las exportaciones". En efecto, el Artículo I:1 del GATT de 1994 no regula cualquier reglamento sino sólo aquellos "relativos a las importaciones y exportaciones". Como hemos indicado, Panamá califica a la Medida 2 como un "reglamento relativo a las exportaciones".

7.984. Las palabras "relativo a las ... exportaciones" ayudan a definir los tipos de medidas que deben ajustarse a la obligación de no otorgar un trato menos favorable a los productos similares. El sentido corriente del término "relativo a" es "[q]ue guarda relación con alguien o con algo".¹²⁵³ Si examinamos la versión inglesa de esta disposición, el término elegido por los negociadores no es "*relating to*" sino "*in connection with*". El término "*in connection with*" cumple una función parecida en el Artículo VIII:1 del GATT de 1994 donde también se definen los tipos de medidas que están sujetas a las disciplinas de esta disposición. En *China – Materias primas*, interpretando terminología similar ("*imposed on or in connection with ... exportation*") en el contexto del Artículo VIII:1 del GATT de 1994, el grupo especial definió el término "*connection*" (conexión) como "[a] causal or logical relationship or association ([una] relación o asociación [causal] o lógica)" y al verbo "*connect*" (conectar) como "*associate in occurrence or action* (asociar en acontecimiento o acción)".¹²⁵⁴ El grupo especial consideró que esta terminología indicaba que el Artículo VIII:1 del GATT de 1994 se aplicaba a las cargas impuestas en el momento de la exportación (*imposed on*) o en asociación con la exportación ("*in connection with*").¹²⁵⁵ El grupo especial explicó que "[c]on independencia de las connotaciones temporales, la frase 'sobre ... la exportación o en conexión con ella[...]' puede significar también que los derechos o cargas que están asociados con la exportación, o que están vinculados a la exportación o tienen una relación lógica con ella quedarían incluidos en el ámbito de aplicación del artículo VIII".¹²⁵⁶ Coincidimos con este grupo especial en considerar que para que una medida pueda ser considerada un reglamento

¹²⁴⁹ *Dictionnaire de la Langue Française Le Petit Robert*, (Dictionnaires Le Robert, 2000), pág. 2140.

¹²⁵⁰ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 1047.

¹²⁵¹ Informe del grupo especial, *Argentina – medidas relativas a la importación*, párr. 6.432 (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas de pie de página).

¹²⁵² *Dictionnaire de la Langue Française Le Petit Robert*, (Dictionnaires Le Robert, 2000), pág. 1064.

¹²⁵³ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo II, pág. 1888.

¹²⁵⁴ Informe del grupo especial, *China – Materias primas*, párr. 7.822 (las cursivas figuran en el original).

¹²⁵⁵ Informe del grupo especial, *China – Materias primas*, párr. 7.823.

¹²⁵⁶ Informe del grupo especial, *China – Materias primas*, párr. 7.824 (las cursivas figuran en el original).

relativo a ("*in connection with*") las exportaciones, debe existir una cierta asociación, vínculo o relación lógica entre la medida y las exportaciones.

7.985. Observamos que, en francés, el término utilizado es "*afférentes aux*" que podría ser definido como "*qui se rapporte aux*".¹²⁵⁷ Así pues, en la versión francesa del acuerdo, al igual que en la versión en inglés, encontramos la idea de que la medida debe estar asociada, vinculada o en relación lógica con las exportaciones, lo que viene a confirmar la interpretación apuntada en el párrafo anterior.

7.986. También encontramos respaldo para esta interpretación en las medidas que anteriores grupos especiales han considerado como abarcadas por la categoría de "reglamentos y formalidades relativos a las importaciones" dentro del ámbito del Artículo I:1 del GATT de 1994. Por ejemplo, las normas de distribución de contingentes arancelarios y procedimientos para el trámite de licencias de importación (*CE – Banano III*)¹²⁵⁸, la declaración anticipada de importaciones, tasas de legalización adicionales y requisitos de cumplimiento aduanero (*Colombia – Puertos de entrada*)¹²⁵⁹, los reglamentos y formalidades para la revocación de derechos compensatorios en el contexto de investigaciones antidumping (*Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*)¹²⁶⁰ o la medida que prohibía utilizar fondos para poder permitir la importación de aves de corral de China (*Estados Unidos – Aves de corral (China)*) que examinamos más abajo. En todos estos casos, existía una asociación, vínculo o relación lógica entre la medida en litigio y las importaciones.

7.987. Argentina nos remite al informe del Órgano de Apelación en *China – Partes de automóviles* al afirmar que "un Grupo Especial debe examinar las 'características esenciales' de la medida en cuestión, es decir, las que definen su 'centro de gravedad', para determinar si se trata de una medida en frontera o una medida interna".¹²⁶¹ Coincidimos con Argentina en que es importante también en este caso examinar las características esenciales que definen el centro de gravedad de la Medida 2 para establecer si existe tal asociación, vínculo o relación lógica entre la medida y las exportaciones.

7.988. Como explicamos anteriormente, la Medida 2 consiste en una presunción refutable de un incremento patrimonial no justificado en el caso de ingresos de fondos "cualquiera que sea su naturaleza, concepto o tipo de operación" –a favor de contribuyentes argentinos– procedente de países no cooperadores. Dicha presunción prevista en la LPT es una herramienta utilizada por la AFIP en el contexto de una determinación de oficio de la base imponible al cálculo del impuesto a las ganancias de los contribuyentes argentinos. Por base imponible entendemos la base monetaria sobre la cual se aplica la alícuota para calcular la obligación tributaria, en este caso, con respecto al impuesto a las ganancias.¹²⁶² Por lo tanto, la Medida 2 tendría una naturaleza impositiva al ser una herramienta para el cálculo de uno de los elementos del impuesto.

7.989. Observamos que la presunción en la que consiste la Medida 2 actúa en relación a "todo" ingreso de fondos cualquiera que sea su naturaleza, concepto o tipo de operación por lo que no estaría, *a priori*, relacionada, vinculada o asociada lógicamente a las exportaciones realizadas por el contribuyente argentino. Si bien ello no excluye que ciertos ingresos de fondos procedentes de

¹²⁵⁷ *Dictionnaire de la Langue Française Le Petit Robert*, (Dictionnaires Le Robert, 2000), pág. 41.

¹²⁵⁸ Informe del grupo especial, *CE – Banano III*, párrs. 7.189, 7.221, 7.240 y 7.255.

¹²⁵⁹ Informe del grupo especial, *Colombia – Puertos de entrada*, párr. 7.342.

¹²⁶⁰ Informe del grupo especial, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párr. 14.167.

¹²⁶¹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *China – Partes de automóviles*, párr. 171).

¹²⁶² En los "Principios Constitucionales en Materia Tributaria", prueba documental PAN-83, se señala de manera ilustrativa los elementos del hecho imponible como: sujeto, objeto, base imponible, alícuota, etc. Al desarrollar la teoría de la reserva de ley a favor del Estado en materia tributaria, la doctrina ha consagrado los siguientes elementos fundamentales del impuesto o tributo: el sujeto pasivo, el hecho imponible, la base imponible y la alícuota. Por sujeto pasivo se entiende a quien paga el impuesto, i.e. el contribuyente; el hecho imponible es el hecho que genera el nacimiento de la obligación tributaria (por ejemplo la renta o ganancia); la base imponible es la expresión monetaria del hecho imponible, es decir, la base sobre la cual se aplica la alícuota que corresponda, esto es, la tasa o porcentaje que se aplica sobre la base imponible para calcular la obligación tributaria. Véase Menéndez Moreno, Alejandro y otros, *Derecho Financiero y Tributario. Parte general. Lecciones de cátedra*, 2009, 10ª edición, pág. 92, Editorial Lex Nova, España; y Romero-Flor, Luis María, La reserva de ley como principio fundamental del derecho tributario, en *Derecho y Políticas Públicas*, Volumen 15, Número 18, julio – diciembre 2013.

países no cooperadores puedan hipotéticamente proceder de pagos por exportaciones efectuadas por contribuyentes argentinos, no nos parece que el centro de gravedad de la Medida 2 se sitúe en la posible relación, asociación o vínculo lógico con las exportaciones. La presunción, que es refutable, se aplica según la procedencia geográfica de los fondos y no en función de si éstos se derivan de operaciones de exportación o no. A nuestro juicio, el hecho de que, hipotéticamente, una parte de los ingresos de un contribuyente argentino sujetos al impuesto a las ganancias pueda provenir de pagos por operaciones de exportación no es suficiente para concluir que la Medida 2 tiene como característica esencial o "centro de gravedad" su relación, vinculación o asociación a las exportaciones realizadas por el contribuyente argentino.

7.990. No nos parece correcto el argumento de Panamá según el cual el requisito de conservar los comprobantes habituales de las operaciones para refutar la presunción de incremento patrimonial justificado es indicativo de que la Medida 2 está fundamentada en (y vinculada con) el proceso de exportación.¹²⁶³ La Medida 2 establece un requisito aplicable a todos los contribuyentes en general, independientemente de la actividad que origine los fondos sometidos al impuesto en cuestión.¹²⁶⁴ Así lo indica el propio artículo sin número agregado a continuación del Artículo 18 de la LPT al disponer que esta presunción se aplica a todo ingreso de fondos "cualquiera que sea su naturaleza, concepto o tipo de operación".

7.991. Con miras a defender que una medida relacionada con un impuesto directo (como es el caso del impuesto a las ganancias) puede ser considerada un reglamento relativo a las exportaciones, Panamá trae a colación el asunto *Estados Unidos – EVE*.¹²⁶⁵ Panamá alega que tanto el grupo especial en dicha diferencia como el Órgano de Apelación constataron que una medida que brindaba beneficios con respecto a un tributo directo, influía en la toma de decisión del contribuyente en detrimento del producto importado, en contravención del Artículo III:4 del GATT de 1994.¹²⁶⁶ De esta jurisprudencia, Panamá deduce que el hecho de que una medida esté contenida en legislación tributaria que grava el patrimonio o impone tributos directos no es un impedimento para que se pueda constatar que la misma afecta al comercio de mercancías. Según Panamá, si la medida que afecta a la condición tributaria de un comprador o vendedor de un producto "con respecto a un tributo directo (por ej. impuesto a las ganancias) afecta a la vez a aspectos de las transacciones sobre mercancías (por ej. los pagos), se tratará de una medida que estará cubierta por el GATT".¹²⁶⁷

7.992. Observamos, en primer lugar, que la jurisprudencia en cuestión concierne a la interpretación de las palabras "que afecte" al "uso ... en el mercado" en el contexto del Artículo III:4 del GATT de 1994, por lo que su relevancia a los efectos de nuestra discusión bajo el Artículo I:1 no es evidente. Dejando este punto de lado, observamos que la medida en cuestión en *Estados Unidos – EVE* consistía en la exención del impuesto estadounidense sobre la renta de aquella parte de los ingresos de fuente extranjera procedentes de la exportación, obtenidos por una empresa de ventas al exterior. Estas empresas se encargaban de determinadas actividades relacionadas con las ventas de bienes producidos en los Estados Unidos para su exportación fuera de dicho país.¹²⁶⁸ El centro de gravedad de dicha medida, a saber, la característica esencial que desencadenaba la aplicación de la exención fiscal era precisamente la exportación. Como hemos explicado, no consideramos que éste sea el caso de la Medida 2.

7.993. Observamos que la argumentación de Panamá sobre la caracterización de la Medida 2 como reglamento y formalidad relativa a las exportaciones se apoya principalmente en el informe del grupo especial en el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*. Según Panamá, de acuerdo con este informe, la categoría de "reglamento y formalidad relativa a las exportaciones" tiene un alcance amplio, puesto que abarca no solamente medidas directamente relacionadas con

¹²⁶³ Observaciones de Panamá a la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²⁶⁴ El Artículo 33 LPT dispone que todos los contribuyentes deberán conservar las facturas por un plazo de 10 años. Véase la respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92.

¹²⁶⁵ Panamá se refiere al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD)*, párrs. 207-222. Véase la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 55.

¹²⁶⁶ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 55.

¹²⁶⁷ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.370.

¹²⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE*, párr. 11.

el proceso de importación o exportación, sino también aquéllas relativas a otros aspectos de la exportación o medidas que afectan a las exportaciones efectivas.¹²⁶⁹

7.994. Recordamos que la medida en litigio en el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)* prohibía el destino de fondos por las autoridades estadounidenses a efectos de permitir la importación de productos de aves de corral procedentes de China.¹²⁷⁰ Como apunta Argentina, la decisión de las autoridades estadounidenses sobre la equivalencia de las medidas sanitarias chinas al respecto era una condición indispensable para la importación de dichos productos en los Estados Unidos. De ahí que la ausencia de fondos para poder llevar a cabo tal examen tenía por efecto prohibir la importación de productos de aves de corral chinos en los Estados Unidos.¹²⁷¹ A la luz de estos hechos, el grupo especial consideró que la medida en cuestión, aunque no regulase directamente las importaciones de productos de aves de corral de China, causaba un impacto en las importaciones efectivas ya que su efecto inmediato era la prohibición de las mismas.

7.995. Coincidimos con Panamá en que el grupo especial en *Estados Unidos – Aves de corral (China)* otorgó un sentido amplio a esta categoría de medidas abarcadas por el Artículo I:1 del GATT de 1994. No obstante, consideramos que la interpretación amplia adoptada por dicho grupo especial no significa que cualquier medida que tenga una conexión hipotética o lejana con las importaciones o con las exportaciones pueda ser considerada como abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.996. En este sentido, cabe señalar que, en *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el grupo especial se basó en un asunto anterior, *India – Automóviles*, al interpretar la expresión "restricciones a la importación" en el contexto del Artículo XI del GATT de 1994. El grupo especial en *India – Automóviles* explicó que constituían "restricciones a la importación" en el sentido del Artículo XI del GATT de 1994 aquellas restricciones "relacionada[s] con" o "en conexión con" la importación del producto. Por lo tanto, esa expresión no se limitaba a las medidas directamente relacionadas con el "proceso" de importación, sino que podría también incluir medidas que, de otro modo, guardasen relación con otros aspectos de la importación del producto.¹²⁷² El grupo especial en *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, basándose en este pronunciamiento en *India – Automóviles*, adoptó un concepto amplio de reglamento relativo a las importaciones en virtud del cual esta expresión abarcaba medidas que tuviesen relación con aspectos de la importación, más allá del proceso de importación en sí mismo. Más concretamente, este grupo especial concluyó que la medida en litigio era "relativa a ... la importación" porque, si bien no se refería específicamente al proceso de importación en sí mismo, tenía un impacto tal que prohibía las importaciones efectivas.

7.997. A nuestro parecer, éste no es el caso de la medida que nos ocupa. La Medida 2 no tiene por efecto prohibir la exportación ni parece tener un impacto en las exportaciones efectivas, más allá del hecho de que existe la posibilidad de que, en determinadas ocasiones, ciertos ingresos de un contribuyente argentino podrían resultar de exportaciones cuyos pagos provengan de países no cooperadores o ciertos contribuyentes argentinos podrían decidir no recibir pagos de países no cooperadores para no estar sujetos a la Medida 2. Como hemos mencionado anteriormente, lo que desencadena la aplicación de la Medida 2 no es la operación de exportación, sino el ingreso de fondos procedente de países no cooperadores, que puede derivarse de múltiples situaciones u operaciones, pudiendo ser una de ellas la exportación a dichos países.

7.998. Estamos de acuerdo con Argentina en que la diferente naturaleza y alcance existente entre las medidas analizadas en el caso *Estados Unidos – Aves de corral (China)* y la Medida 2 en cuanto a su naturaleza, diseño, estructura, alcance y efectos, hace razonable presumir que el marco

¹²⁶⁹ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 55 (donde se refiere al informe del grupo especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párr. 7.410).

¹²⁷⁰ La medida en litigio era el artículo 727 de la Ley de Asignaciones para Agricultura, Desarrollo Rural, Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos y Organismos Conexos de 2009 que disponía: "Ninguno de los fondos habilitados por la presente Ley podrá utilizarse para establecer o aplicar una norma que permita la importación en los Estados Unidos de productos de aves de corral procedentes de la República Popular China". Véase el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párr. 2.2.

¹²⁷¹ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 92 (donde se cita el informe del grupo especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párr. 7.409).

¹²⁷² Informe del grupo especial, *India – Automóviles*, párr. 7.257.

analítico bajo el cual ese grupo especial analizó la medida en litigio, así como también sus conclusiones, no pueden ser transpuestos fácilmente a la presente diferencia.¹²⁷³

7.999. Si optásemos por la interpretación propugnada por Panamá, estaríamos ampliando el ámbito del Artículo I:1 del GATT de 1994 a cualquier medida gubernamental que pueda hipotéticamente afectar a las exportaciones o importaciones. En efecto, tal interpretación podría significar que cualquier medida gubernamental estaría cubierta por esta disposición si se pudiese probar una relación lejana e hipotética con importaciones o exportaciones. Entendemos que esto generaría una expansión del alcance del Artículo I:1 que desembocaría en un número prácticamente ilimitado de medidas abarcadas por esta disposición ya que cubriría todo tipo de medida que tuviera algún tipo de relación con el proceso de exportación o importación, por lejana que ésta fuera.

7.1000. Por lo tanto, el Grupo Especial considera que Panamá no ha acreditado que la Medida 2 constituya un "reglamento y formalidad relativa a las exportaciones" dentro del ámbito del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.4.2.2.3.2 Si la Medida 2 es una carga que grava las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de exportaciones

7.1001. Pasamos a examinar la alegación de Panamá según la cual la Medida 2 es una "carga que grava las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago por exportaciones" en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994. Observamos al respecto que, en su primera comunicación escrita, Panamá argumenta brevemente que las consecuencias tributarias de una constatación de incremento patrimonial no justificado constituyen una "carga" en tanto que implican el pago del impuesto a las ganancias, el IVA e impuestos internos respecto de las transferencias internacionales por el pago de exportaciones.¹²⁷⁴ Sin embargo, tal y como explica Argentina, Panamá no vuelve a retomar esta argumentación y se concentra en defender que la Medida 2 es un "reglamento o formalidad relativo a las exportaciones" en sus siguientes comunicaciones e intervenciones. El Grupo Especial percibe dicha actitud como un abandono de esta argumentación. Sin embargo, por motivos precautorios, vamos a examinar si la Medida 2 es una carga que grava las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de exportaciones, como sostiene Panamá en su primera comunicación escrita.

7.1002. Al respecto, Argentina alega que la Medida 2 tampoco califica como "carga que grava las transferencias internacionales de fondos" ya que admite prueba en contrario (presunción *iuris tantum*) y el trato tributario recae sobre el patrimonio del contribuyente y no sobre el ingreso en sí mismo de la transacción internacional.¹²⁷⁵ Además, Argentina recuerda que la presunción se aplica una vez perfeccionada la operación de exportación con el objetivo de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias.¹²⁷⁶

7.1003. Observamos que la Real Academia Española define el término "carga" como "[i]mpuesto o tributo ligado a una propiedad o a un estado y al uso que de estos se hace".¹²⁷⁷ En el contexto del Artículo VIII:1 del GATT de 1994, el grupo especial en *China – Materias primas* definió el equivalente en la versión inglesa "charge" como "*pecuniary burden, cost*" (obligación pecuniaria, costo), "*expense*" (gasto), o "[a] price required or demanded for service rendered or goods supplied" ([un] precio requerido o exigido por un servicio prestado o por bienes suministrados).¹²⁷⁸

7.1004. El Artículo I:1 del GATT de 1994 no regula, sin embargo, cualquier carga sino sólo aquellas "que gravan las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de ... exportaciones". La Real Academia Española define el término "gravar" como "[i]mponer un gravamen".¹²⁷⁹ Para caer en el ámbito del Artículo I:1 del GATT de 1994, dicho gravamen o carga

¹²⁷³ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 93.

¹²⁷⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.190.

¹²⁷⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 673 y 674.

¹²⁷⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 675.

¹²⁷⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014),

Tomo I, pág. 438.

¹²⁷⁸ Informe del grupo especial, *China – Materias primas*, párr. 7.820. (Nota del original) *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, L. Brown (editor) (Oxford University Press, 2002), volumen 1, página 382.

¹²⁷⁹ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 1124.

debe ser impuesto sobre las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones. Panamá sostiene que, en el caso que nos ocupa, la carga recae sobre las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de exportaciones.

7.1005. Nuestra interpretación parece confirmada por la versión en inglés en la que se habla de cargas ("*charges*") "*imposed on the ... exportation*". En el contexto del Artículo VIII:1, en el que también se habla de "*charges imposed on*", el grupo especial en *China – Materias primas* definió la palabra inglesa "*impose*" como "*put, apply, or bestow*" (poner, aplicar o emplear), "*lay or inflict (a tax, duty, charge, obligation, etc.) (on or upon), esp. forcibly; compel compliance with*" (aplicar o imponer (un impuesto, derecho, carga, obligación, etc.) (a o sobre), especialmente por la fuerza; obligar al cumplimiento de).¹²⁸⁰ El término inglés "*on*" (sobre) se define como "*[d]uring, or at some time during (a specified day or part of day); contemporaneously with (an occasion)*" (durante o en algún momento durante (un día o una parte de un día determinado); al mismo tiempo que (una ocasión)), "*in or at*" (en), "*exactly at or just coming up to (a specified time), just before or after in time*" (exactamente en (un determinado momento) o justo antes de éste, justo antes o después en el tiempo), "*on the occasion of (an action)*" (con ocasión de (una acción)).¹²⁸¹ Por lo tanto, para caer en el ámbito del Artículo I:1 del GATT de 1994, la carga en cuestión debe ser impuesta sobre la transferencia internacional de fondos durante, al mismo tiempo o con ocasión de dicha transferencia. El texto en francés "*impositions ... qui frappent les transferts internationaux de fonds*" confirma esta interpretación.

7.1006. Según Panamá, las consecuencias tributarias de una constatación de incremento patrimonial no justificado constituyen una "carga" en tanto que conllevan el pago del impuesto a las ganancias, el IVA e impuestos internos respecto de las transferencias internacionales por el pago de exportaciones. A nuestro juicio, la medida en litigio y, por lo tanto, aquello que debe constituir una "carga", no son las consecuencias tributarias de una constatación de incremento patrimonial no justificado, i.e. las consecuencias eventuales de la aplicación de la Medida 2. Nuestra labor es determinar si la Medida 2 es una "carga". La Medida 2 es una herramienta que toma la forma de presunción que la AFIP utiliza para calcular uno de los elementos que componen el impuesto a las ganancias, i.e. la base imponible y, por lo tanto, tiene naturaleza impositiva. No nos parece que pueda ser calificada de "carga" tal y como es definida arriba ya que la presunción impugnada por Panamá no puede ser caracterizada como una "obligación pecuniaria, costo, gasto o precio requerido o exigido por un servicio prestado o por bienes suministrados".¹²⁸²

7.1007. Incluso asumiendo que la Medida 2 pudiese ser considerada una carga, observamos que, de acuerdo con el enunciado del Artículo I:1 del GATT de 1994, dicha carga debe gravar, i.e. ser impuesta sobre, las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de exportaciones. La presunción en cuestión no recae sobre las transferencias internacionales de fondos sino sobre el patrimonio del contribuyente. De hecho, la presunción no se aplica durante, o con ocasión de, la transferencia de fondos sino al momento de calcular el impuesto a las ganancias del contribuyente argentino, independientemente del momento en el que tenga lugar la transferencia.

7.1008. En consecuencia, el Grupo Especial considera que Panamá no ha acreditado que la Medida 2 constituya una "carga que grava las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de ... exportaciones" dentro del ámbito del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.4.2.2.3.3 Conclusión

7.1009. Habiendo concluido que Panamá no ha 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 Artículo I:1 del GATT de 1994, el Grupo Especial no considera necesario continuar el análisis de la alegación de Panamá relativa a la incompatibilidad de la Medida 2 con el Artículo I:1 del GATT de 1994.

¹²⁸⁰ Informe del grupo especial, *China – Materias primas*, párr. 7.822. (Nota del original) *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, L. Brown (editor) (Oxford University Press, 2002), volumen 1, página 1331.

¹²⁸¹ Informe del grupo especial, *China – Materias primas*, párr. 7.822. (Nota del original) *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, L. Brown (editor) (Oxford University Press, 2002), volumen 2, página 1996.

¹²⁸² Véase párr. 7.1002 *supra*.

7.1010. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial desestima la alegación de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994 porque Panamá no ha acreditado que la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado) 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 Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.4.2.2.4 La cuestión de si la Medida 3 está abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994

7.1011. Continuamos nuestro análisis con la segunda medida cuestionada por Panamá en relación al Artículo I:1 del GATT de 1994, la Medida 3. Como explicamos con anterioridad, Panamá sostiene que esta medida puede estar abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994 de dos formas: (i) como medida cubierta por el Artículo III:4 del GATT de 1994; o (ii) de manera alternativa, como una regla o formalidad vinculada a la importación o exportación de los bienes en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994.¹²⁸³ Para determinar si la Medida 3 puede ser considerada como perteneciente a una o ambas categorías, consideramos pertinente recordar en qué consiste la Medida 3.

7.1012. Tal y como describimos en detalle en la sección 2.3.4 *supra*, la Medida 3 consiste en la aplicación de métodos de valoración de transacciones basados en precios de transferencia a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos, con respecto a transacciones efectuadas con sujetos de países no cooperadores. Por lo tanto, y al igual que la Medida 2, la Medida 3 es una herramienta para la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias del contribuyente argentino. En lo que respecta a las alegaciones bajo el GATT de 1994, Argentina mantiene esta medida en virtud del párrafo 5 del Artículo 8 de la LIG.¹²⁸⁴

7.1013. Por lo tanto, empezaremos examinando si Panamá ha acreditado que la Medida 3 está abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994 por ser una cuestión a la que se refiere el Artículo III:4 del GATT de 1994.

7.4.2.2.4.1 Si la Medida 3 es una cuestión a la que se refiere el Artículo III:4 del GATT de 1994

7.1014. Examinamos a continuación si la Medida 3 es una cuestión a la que se refiere el Artículo III:4 del GATT de 1994. Para ello, comenzamos por el enunciado de dicho Artículo:

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

7.1015. Del enunciado de esta disposición se desprende que para que una medida esté cubierta por el Artículo III:4 del GATT de 1994, debe (i) consistir en una "ley, reglamento o prescripción" y (ii) "afect[ar] a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior".

7.1016. En cuanto al primer elemento, Panamá alega que la Medida 3 se deriva de una ley, reglamento o requisito ya que surge de los Artículos 8, 14 y 15 de la LIG, en conjunción con el Artículo 21 del RIG, así como los siguientes artículos incorporados a continuación del Artículo 21 del RIG, y la Resolución General No. 1122.¹²⁸⁵ Argentina no parece contestar este punto. A nuestro juicio, las disposiciones citadas por Panamá caen dentro de la categoría de leyes, reglamentos o prescripciones.

¹²⁸³ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.263.

¹²⁸⁴ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

¹²⁸⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.276.

7.1017. La principal divergencia entre las partes reside en el segundo elemento, a saber, si la Medida 3 "afect[a] a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior". Teniendo en cuenta el ámbito de las alegaciones de Panamá, nuestra labor se ciñe a examinar si la Medida 3 afecta a la venta, oferta para la venta, la compra y el uso de productos importados.¹²⁸⁶ Recordamos a continuación la jurisprudencia existente al respecto que puede servirnos de guía.

7.1018. En *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, el Órgano de Apelación determinó que la medida en litigio, en virtud de la cual un contribuyente que quisiera obtener una exención fiscal debía "asegurarse de que en la fabricación de los bienes ...no 'usa' como insumos productos importados cuyo valor represente más del 50 por ciento del valor equitativo de mercado del producto final", "afectaba" al uso de los productos importados en el mercado interior porque creaba un incentivo para que un fabricante no utilizase insumos importados.¹²⁸⁷ En su análisis, el Órgano de Apelación observó que la oración donde figura la palabra "afecte" ("en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que *afecte* a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso [de esos productos] en el mercado interior") sirve para definir el ámbito de aplicación del Artículo III:4. La palabra "afecte", por tanto, establecería un vínculo entre el tipo de medida gubernamental identificado (ley, reglamento y prescripción) y transacciones, actividades y usos específicos relacionados con los productos en el mercado ("venta, oferta para la venta, compra, transporte, distribución o uso en el mercado interior"). El Órgano de Apelación explicó que lo que regula el Artículo III:4 "no es *cualquier* 'ley, reglamento o prescripción', sino sólo los que '*afecten*' a las transacciones, actividades y usos específicos mencionados en esa disposición. En consecuencia, la palabra 'afecte' ayuda a definir los tipos de medidas que deben ajustarse a la obligación de no otorgar un 'trato menos favorable' a los productos similares importados establecida en el [Artículo III:4]".¹²⁸⁸

7.1019. El Órgano de Apelación asimismo consideró que la palabra "afecte" cumple una función parecida en el Artículo I:1 del AGCS¹²⁸⁹ y se refirió a sus constataciones en *CE – Banano III*, donde dispuso lo siguiente:

En su sentido corriente, la palabra "afectar" denota una medida que tiene "un efecto sobre", y ello indica un *amplio campo de aplicación*. Esta interpretación se ve reforzada por las conclusiones de grupos especiales anteriores en el sentido de que las palabras "que afecte" en el contexto del artículo III del GATT de 1947 tiene un alcance más amplio que términos tales como "regular" o "regir".¹²⁹⁰ (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

7.1020. Tras referirse a su anterior informe, el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD – CE)* concluyó que, habida cuenta de la función similar de las palabras "que afecte" en el Artículo III:4 del GATT de 1994, dichas palabras tienen, en esta disposición, "un amplio campo de aplicación".¹²⁹¹

7.1021. El grupo especial en *India – Automóviles* constató que las "prescripciones de contenido autóctono" (prescripciones de utilizar una cantidad mínima de partes producidas en el país) y las "prescripciones de equilibrio del comercio" (prescripciones de exportar productos por un valor equivalente a los productos importados) creaban incentivos para que los fabricantes de automóviles comprasen partes y componentes indios en lugar de partes y componentes importados y, en consecuencia, "afectaban" a la venta, la oferta para la venta, la compra y el uso de partes y componentes importados en el mercado indio en el sentido del Artículo III:4 del GATT

¹²⁸⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.281.

¹²⁸⁷ En el párrafo 212 de su informe sobre el asunto *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, el Órgano de Apelación explicó lo siguiente:

La utilización por un fabricante de productos que son insumos importados siempre está limitada por el techo del 50 por ciento de la regla del valor equitativo de mercado, mientras que, en contraste, la utilización por el fabricante de productos similares que son insumos nacionales no tiene esas repercusiones negativas.

¹²⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, párr. 208.

¹²⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, párr. 209.

¹²⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 220.

¹²⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 del ESD – CE)*, párr. 210.

de 1994.¹²⁹² El Grupo Especial sostuvo que "[e]l hecho de que una disposición no tenga por objetivo principal la reglamentación de la oferta para la venta o el uso del producto en el mercado interior no impide que los 'afecte'".¹²⁹³

7.1022. En un asunto posterior, *China – Partes de automóviles*, el Órgano de Apelación, tras referirse a los informes arriba mencionados, confirmó la constatación del grupo especial¹²⁹⁴ según la cual las medidas en litigio creaban incentivos para que los fabricantes limitasen su utilización de partes importadas en relación con las partes nacionales. El Órgano de Apelación explicó que dichos incentivos "afectan" a las condiciones de competencia para las partes de automóviles importadas en el mercado interior chino.¹²⁹⁵

7.1023. En consecuencia, la jurisprudencia ha otorgado un sentido amplio al ámbito de aplicación del Artículo III:4 del GATT de 1994 y ha considerado que dicha disposición también abarca aquellas medidas que, aunque no tengan por objetivo principal la reglamentación de la venta, la oferta para la venta, la compra o el uso del producto en el mercado interior, afectan a las condiciones de competencia de dichos productos en el mercado interno.

7.1024. Para comprender el alcance de la interpretación amplia descrita arriba, nos parece adecuado examinar las medidas en litigio en los distintos asuntos tratados. Observamos que el común denominador de las medidas en litigio era la concesión de toda suerte de incentivos para favorecer el uso de productos locales en detrimento de los importados y, por tanto, de manera que se protegía la producción nacional.¹²⁹⁶ De ahí que se constataste que las medidas afectaban a las condiciones de competencia en el mercado interno. Observamos que en todas estas medidas existía un vínculo manifiesto entre los incentivos y el origen de los productos en cuestión. Resultaba por lo tanto lógico y razonable que dichas medidas, aunque no regulasen directamente la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior, no obstante afectasen a dichas actividades debido a las ventajas otorgadas a aquéllos que prefiriesen el producto local en detrimento del importado.

7.1025. En nuestro caso, la Medida 3, a juzgar por sus propios términos, no parece incorporar un incentivo para favorecer el uso de productos locales en detrimento de los importados; de hecho, no se refiere a productos ni locales ni importados. Recordamos que la Medida 3 consiste en un instrumento que utiliza la AFIP para calcular la base imponible del impuesto a las ganancias en situaciones en las que el contribuyente argentino ha realizado transacciones con sujetos establecidos en países no cooperadores. En estos casos, la Medida 3 ordena utilizar las normas y procedimientos de precios de transferencia entre partes vinculadas, independientemente de que exista dicha vinculación.

7.1026. El hecho de que la Medida 3 no regule directamente la venta, la compra y el uso de productos importados no sería *a priori* un obstáculo para que pudiese "afectar" a dichas actividades en el sentido amplio del Artículo III:4. De ahí que el argumento de Argentina según el

¹²⁹² Ese grupo especial razonó que los fabricantes de automóviles, para satisfacer las "prescripciones de contenido autóctono" tenían que comprar partes y componentes indios en lugar de importados. En cuanto a las prescripciones de equilibrio del comercio, el grupo especial entendió que imponían una carga adicional a los fabricantes de automóviles que importaban partes (una obligación de exportar mercancías de valor equivalente). El grupo especial opinó que como el hecho de que la utilización por un fabricante de partes nacionales no conllevaría esa carga, la condición de equilibrio del comercio creaba un incentivo para utilizar partes nacionales. Véase el informe del grupo especial, *India – Automóviles*, párrs 7.195-7.198 y 7.307-7.309.

¹²⁹³ Informe del grupo especial, *India – Automóviles*, párr. 7.305.

¹²⁹⁴ El grupo especial constató que "los procedimientos administrativos impuestos a cualquier fabricante de automóviles que utilice partes de automóviles importadas, así como los criterios establecidos en las medidas, combinados con el establecimiento de la carga sobre la base del montaje final en el plano interno, crean un incentivo para que los fabricantes de automóviles utilicen partes de automóviles nacionales en lugar de partes de automóviles importadas". Véase el informe del grupo especial, *China – Partes de automóviles*, párr. 7.257.

¹²⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *China – Partes de automóviles*, párr. 195.

¹²⁹⁶ En este sentido, recordamos que el Órgano de Apelación ha afirmado que "[e]stá firmemente establecido que el principio general expresado en el párrafo 1 del artículo III –que las medidas interiores no deben aplicarse de manera que se proteja la producción nacional– informa el resto del artículo III, incluido su párrafo 4. ... [E]l párrafo 4 del artículo III es, en sí mismo, una expresión del principio establecido en el párrafo 1 del artículo III". Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párrs. 5.114 y 5.115 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, pág. 23).

cual la Medida 3 no rige directamente las condiciones de compra o venta de productos no sería válido a este respecto.¹²⁹⁷ Sin embargo, ello no quiere decir que una interpretación amplia del término "afectar" implique que toda medida pueda caer dentro del ámbito del Artículo III:4 del GATT de 1994. Si seguimos el patrón de los asuntos anteriores, para que la Medida 3 caiga dentro del ámbito de dicha disposición, debería incluir un cierto vínculo con los productos importados o locales de forma que pudiese establecerse que afecta a las condiciones de competencia de los productos importados en el mercado argentino.

7.1027. Panamá argumenta que la Medida 3 afecta a las condiciones de competencia en el mercado argentino porque el carácter oneroso de la valoración de transacciones basada en el régimen de precios de transferencia debido a sus consecuencias administrativas y tributarias conexas hace que sea una medida que afecta al proceso de toma de decisión del comprador de productos importados y, por ende, a la venta. Panamá también sostiene que dicha medida afecta a la compra y el uso de estos productos importados, puesto que ante la onerosidad forzosa que la medida representa, un comprador sensible a las cargas administrativas enfrenta un desincentivo evidente a la compra y consecuente uso de productos importados de los países no cooperadores.¹²⁹⁸

7.1028. No nos convence la somera argumentación de Panamá al respecto. A nuestro juicio, la amplitud otorgada por la jurisprudencia en su interpretación del término "afecten" no significa que toda medida que pudiese hipotéticamente afectar a las condiciones de competencia de productos hipotéticos pueda ser abarcada por el Artículo III:4 del GATT de 1994. En este caso, no consideramos probado que, una vez que los productos procedentes de países no cooperadores se encuentran en el mercado argentino, la Medida 3 afecte a las condiciones de competencia de productos importados procedentes de países no cooperadores en el mercado argentino de manera que se proteja la producción nacional.

7.1029. En consecuencia, el Grupo Especial considera que Panamá no ha acreditado que la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) esté comprendida dentro del ámbito del Artículo III:4 del GATT de 1994 y, por tanto, tampoco está abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.1030. Examinamos a continuación el argumento alternativo de Panamá, a saber si la Medida 3 es un reglamento y formalidad relativa a las importaciones o exportaciones en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.4.2.2.4.2 Si la Medida 3 es un reglamento y formalidad relativa a las importaciones o exportaciones en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.1031. Recordamos que la Medida 3 consiste en la aplicación de métodos de valoración de transacciones basados en precios de transferencia a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos, con respecto a transacciones efectuadas con sujetos de países no cooperadores. Por lo tanto, y al igual que la Medida 2, la Medida 3 es una herramienta para la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias del contribuyente argentino. Argentina mantiene esta medida en virtud del párrafo 5 del Artículo 8 de la LIG.¹²⁹⁹

7.1032. Con respecto al concepto de reglamento, nos referimos a nuestras conclusiones cuando examinamos la Medida 2.¹³⁰⁰ En consecuencia, consideramos que el párrafo 5 del Artículo 8 de la LIG por el que se mantiene la Medida 3 puede ser calificado de "reglamento", "*rule*", "*réglementation*". Al igual que la Medida 2, no parece sin embargo que tales disposiciones jurídicas puedan ser calificadas de "formalidades", entendidas como "[c]ada uno de los requisitos para ejecutar algo" o "[m]odo de ejecutar con la exactitud debida un acto público".¹³⁰¹

¹²⁹⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 712.

¹²⁹⁸ Respuesta de Panamá a las preguntas del Grupo Especial Nos. 57 y 90.

¹²⁹⁹ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

¹³⁰⁰ Véase párrs. 7.981 y 7.982 *supra*.

¹³⁰¹ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, Real Academia Española (Espasa Calpe, 2014), Tomo I, pág. 1047.

7.1033. Asimismo, nos referimos a nuestras conclusiones en relación a la Medida 2 según las cuales para ser considerada un reglamento relativo a ("*in connection with*") las exportaciones (o importaciones), debe existir una cierta asociación, vínculo o relación lógica entre la medida y las exportaciones (o importaciones).¹³⁰² Para establecer si dicha asociación, vínculo o relación lógica existe entre la Medida 3 y las exportaciones o importaciones, examinaremos las características esenciales que definen el centro de gravedad de la medida.

7.1034. Sin embargo, observamos que Panamá no nos ha explicado cómo, a su parecer, la Medida 3 es "relativa a" la importación o exportación. Al no haberse presentado argumentos a este respecto, concluimos que Panamá no ha acreditado que la Medida 3 sea un reglamento y formalidad relativa a las importaciones o exportaciones en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.1035. En consecuencia, el Grupo Especial se abstiene de hacer una constatación por lo que respecta a la alegación formulada por Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.4.2.2.5 Conclusión

7.1036. Habiendo concluido que Panamá no ha acreditado que la Medida 3 constituya "una cuestión a que se refiere el Artículo III:4" ni "un reglamento y formalidad relativa a las exportaciones o importaciones" en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994, el Grupo Especial no considera necesario continuar el análisis de la alegación de Panamá relativa a la incompatibilidad de la Medida 3 con el Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.1037. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial desestima la alegación de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994 porque Panamá no ha acreditado que la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) constituya "una cuestión a que se refiere el Artículo III:4" ni "un reglamento y formalidad relativa a las exportaciones o importaciones" en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994.

7.4.3 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo III:4 del GATT de 1994

7.4.3.1 Principales argumentos de las partes

7.4.3.1.1 Panamá

7.1038. Panamá alega que la Medida 3 es incompatible con el Artículo III:4 del GATT de 1994¹³⁰³ porque el sometimiento de los contribuyentes argentinos al régimen de precios de transferencia para la valoración de los bienes importados cuando son vendidos por sujetos de países no cooperadores otorga a estos bienes un trato menos favorable que aquél concedido a los bienes nacionales vendidos por sujetos ubicados en Argentina.¹³⁰⁴

7.1039. Según Panamá, una medida no necesita regir directamente la compra o la venta de productos para estar abarcada por esta disposición. Lo que importa es determinar que la medida (i) esté contenida en una ley, reglamento o prescripción, en el sentido del Artículo III:4 y (ii) que afecte a la venta, oferta para la venta, compra, y uso de productos importados. Panamá alega que ambos requisitos se dan en relación con la Medida 3.¹³⁰⁵

7.1040. Panamá alega que la Medida 3 está abarcada por el Artículo III:4 del GATT de 1994 porque se deriva de una ley, reglamento o requisito, ya que surge de los Artículos 8, 14 y 15 de la LIG, en conjunción con el Artículo 21 del RIG, así como los siguientes artículos incorporados a continuación del Artículo 21 del RIG, y la RG 1122.¹³⁰⁶ Según Panamá, la Medida 3 es "una medida vinculada a la determinación del impuesto a las ganancias".¹³⁰⁷ Panamá argumenta que la Medida 3 es una medida que afecta la venta, compra o uso de productos en el mercado argentino y que, por tanto, se encuentra bajo el ámbito de aplicación del Artículo III:4 y, consecuentemente,

¹³⁰² Véase párrs. 7.984 y 7.985 *supra*.

¹³⁰³ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá.

¹³⁰⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.271.

¹³⁰⁵ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 57.

¹³⁰⁶ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.276.

¹³⁰⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.263.

del Artículo I:1 del GATT de 1994. Panamá explica que el carácter oneroso de la valoración de transacciones basada en el régimen de precios de transferencia debido a sus consecuencias administrativas y tributarias conexas hace que sea una medida que afecta al proceso de toma de decisión del comprador de productos importados y, por ende, a la venta. Panamá aduce que dicha medida asimismo afecta a la compra y el uso de estos productos importados, puesto que ante la onerosidad forzosa que la medida representa, un comprador sensible a las cargas administrativas enfrenta un desincentivo evidente a la compra y consecuente uso de productos importados de los países no cooperadores. Panamá insiste en que no es una medida que imponga, como tal, un tributo.¹³⁰⁸

7.1041. Panamá argumenta que la jurisprudencia ha entendido que el ámbito de aplicación del Artículo III:4 del GATT de 1994 es amplio y cubre todas aquellas medidas que modifican o pueden modificar las condiciones de competencia en el mercado. Panamá se refiere al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – EVE* para argumentar que, al igual que en el contexto del Artículo I:1 del AGCS, la palabra "afectar" en el Artículo III:4 del GATT de 1994 denota una medida que tiene "un efecto sobre" y, por tanto, las palabras "que afecte" tienen "un amplio campo de aplicación".¹³⁰⁹ Asimismo, Panamá explica que, en *China – Partes de automóviles*, el Órgano de Apelación consideró que las medidas en litigio creaban incentivos para el uso de partes nacionales puesto que imponían procedimientos administrativos, con las consiguientes demoras, a los fabricantes de automóviles que utilizaban partes importadas. A criterio del Órgano de Apelación, tales incentivos "afectaban" a las condiciones de competencia para las partes de automóviles importadas en relación con las partes de automóviles nacionales en el mercado interior chino.¹³¹⁰

7.1042. Panamá alega que, puesto que la distinción se basa en el origen de los productos, se verifica el requisito de similitud entre los productos importados y los nacionales.¹³¹¹ Panamá considera que una medida no tiene que mencionar productos específicos en tanto que afecta a las importaciones en el marco del Artículo III:4 del GATT de 1994. A su juicio, si la medida hace distinciones entre transacciones de importación sobre la base del origen, la jurisprudencia ha establecido que la medida en cuestión afecta a productos similares.¹³¹² En respuesta al argumento de Argentina según el cual los productos importados de los países no cooperadores y los de origen nacional tienen "diferencias intrínsecas", Panamá argumenta que el criterio de "similitud" entre productos basado en los orígenes indicados en una lista establecida políticamente por Argentina no responde en absoluto a "diferencias intrínsecas" de los productos.¹³¹³

7.1043. Panamá aduce que el sometimiento de las importaciones realizadas con sujetos de los países no cooperadores al régimen de precios de transferencia impone sobre los contribuyentes argentinos requisitos administrativos, cargas económicas y contingencias tributarias adicionales que no se imponen a las transacciones concluidas sobre bienes de origen argentino. A juicio de Panamá, por su carácter oneroso para un adquirente en Argentina, estos requisitos y cargas restan a estos productos importados oportunidades efectivas de competir en el mercado argentino¹³¹⁴ y, por lo tanto, la medida en cuestión otorga a los productos originarios o procedentes de los países no cooperadores un trato menos favorable que aquél concedido a los productos similares de origen nacional.¹³¹⁵

7.4.3.1.2 Argentina

7.1044. Argentina responde que Panamá no ha demostrado que la Medida 3 sea incompatible con el Artículo III:4 del GATT de 1994. Según Argentina, las normas de precios de transferencia

¹³⁰⁸ Respuesta de Panamá a las preguntas del Grupo Especial Nos. 57 y 90.

¹³⁰⁹ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 90 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE*, párr. 210).

¹³¹⁰ Respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 90 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *China – Partes de automóviles*, párr. 195).

¹³¹¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.277 y 4.278 (donde se cita el informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975).

¹³¹² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.485.

¹³¹³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.486 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 721).

¹³¹⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.279; y segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.486.

¹³¹⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.280.

establecen reglas relativas al cálculo de los ingresos sujetos a imposición en Argentina en las transacciones entre contribuyentes argentinos y partes relacionadas ubicadas en el extranjero. Argentina explica que esta "medida enuncia los criterios para establecer el valor real de la transacción como si fueran transacciones 'arm's [length] a efectos de la evaluación y recaudación de impuestos a las ganancias en Argentina".¹³¹⁶ A juicio de Argentina, solicitar información detallada con respecto al importe de cada transacción, así como la estimación de valores alternativos que se derivan de la aplicación de varios métodos de valoración previstos en el Artículo 15 de la LIG no afecta a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución ni el uso de estos productos en el mercado interior ni modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados.¹³¹⁷

7.1045. Argentina sostiene que, incluso asumiendo *arguendo* que el régimen de precios de transferencia fuese una medida que cae dentro del ámbito del Artículo III:4 del GATT de 1994, Panamá no ha identificado sobre qué productos específicos recae la medida impugnada, por lo que no se puede evaluar la similitud de éstos con los productos nacionales.¹³¹⁸ Argentina argumenta que Panamá no ha demostrado que los productos en cuestión son "similares" en el sentido del Artículo III:4 del GATT de 1994.¹³¹⁹ Argentina se refiere al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* para argumentar que las preocupaciones regulatorias subyacentes de una medida pueden ser relevantes para el análisis de los criterios de similitud en virtud del Artículo III:4 del GATT de 1994, "*en la medida en que tienen un impacto en la relación de competencia entre dos o más de los productos en cuestión*".¹³²⁰ Para Argentina, las preocupaciones regulatorias que le llevaron a distinguir entre países cooperadores y no cooperadores impactan directamente en las condiciones de competencia entre los productos de mercado de dichas categorías de países, y sugiere por los mismos motivos que estos productos no son "similares" en el sentido del Artículo III:4 del GATT de 1994.¹³²¹

7.1046. Argentina argumenta que no basta con afirmar que la Medida 3 tiene un efecto "en favor de" los productos de origen nacional para afirmar que la medida otorga un "trato menos favorable", sino que Panamá debería haber demostrado que la Medida 3, vinculada a un impuesto directo que se aplica a todos los contribuyentes argentinos, se aplica a los productos importados de manera que se proteja la producción nacional.¹³²²

7.1047. Argentina alega que cualquier trato diferenciado que pueda existir se deriva de las características intrínsecas de los productos, y no es el resultado de la aplicación de la medida. Argentina señala que los requisitos establecidos para los productos importados no son requisitos "adicionales" ya que tienen como objetivo obtener información adecuada. Argentina indica como prueba que estos requisitos se aplican también a productos nacionales en el caso de empresas vinculadas.¹³²³

7.4.3.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.1048. Dada nuestra conclusión en el párrafo 7.1036 *supra* según la cual Panamá no ha acreditado que la Medida 3 sea una cuestión a que se refiere el Artículo III:4 del GATT de 1994, el Grupo Especial no considera necesario continuar el análisis de la alegación de Panamá relativa a la incompatibilidad de la Medida 3 con el Artículo III:4 del GATT de 1994.

7.1049. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial desestima la alegación de Panamá al amparo del Artículo III:4 del GATT de 1994 porque Panamá no ha acreditado que la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) sea una cuestión a que se refiere el Artículo III:4 del GATT de 1994.

¹³¹⁶ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 99.

¹³¹⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 712; y segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 99.

¹³¹⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 718 y 719.

¹³¹⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 100.

¹³²⁰ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 100 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 119) (las cursivas figuran en el original).

¹³²¹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 100.

¹³²² Observaciones de Argentina a la respuesta de Panamá a la pregunta del Grupo Especial No. 90.

¹³²³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 721-723.

7.4.4 Alegaciones de Panamá al amparo del Artículo XI:1 del GATT de 1994

7.4.4.1 Principales argumentos de las partes

7.4.4.1.1 Panamá

7.1050. Panamá alega, de manera alternativa a la alegación bajo el Artículo III:4 del GATT de 1994, que la valoración de transacciones basada en el régimen de precios de transferencia es incompatible con el Artículo XI:1 del GATT de 1994.¹³²⁴ Según Panamá, la medida en cuestión es una restricción a la importación y exportación de bienes en el sentido del Artículo XI:1 del GATT de 1994 porque "los requisitos, procedimientos y cargas que se derivan del régimen de precios de transferencia imponen condiciones limitativas sobre la importación y exportación de bienes vendidos por sujetos localizados en los países [no cooperadores]".¹³²⁵

7.1051. En respuesta al argumento de Argentina según el cual la exigencia de valoración de transacciones en base a precios de transferencia tiene la naturaleza de un impuesto y, por lo tanto, no está abarcada por el AGCS, Panamá alega que la medida se basa en exigencias metodológicas, formalidades administrativas y costes aunque no impone un tributo como tal. A juicio de Panamá, si la afirmación de Argentina fuera cierta, Argentina estaría reconociendo que se trata de una medida tributaria y, como tal, claramente abarcada por el Artículo I:1 del GATT de 1994.¹³²⁶ Panamá explica que la Medida 3 es "una medida vinculada a la determinación del impuesto a las ganancias"¹³²⁷ pero no es una medida que califique como un derecho de aduana, un impuesto u otra carga. Las cargas impuestas por la Medida 3, como tales, no imponen un impuesto sino que imponen costes sobre la adquisición de bienes de países no cooperadores o destinados a los mismos, alterando el proceso de toma de decisión de compras y ventas de estos productos.¹³²⁸

7.1052. Panamá aduce que el procedimiento impuesto por la Medida 3 es complejo¹³²⁹ y no conduce necesariamente a una solución clara. A juicio de Panamá, si el contribuyente omitiera los requisitos de información impuestos por la normativa, se le podrían imponer sanciones y multas.¹³³⁰ Panamá explica que incluso el cumplimiento con los requisitos y procedimientos del caso podría dar motivo a correcciones que conduzcan al incremento de la carga impositiva o a sanciones de otra índole.¹³³¹ Según Panamá, dadas las complejidades del régimen, la alternativa pragmática sería la de evitar la comercialización de bienes con sujetos domiciliados en los países no cooperadores, y así ahorrarse las cargas tributarias, económicas y administrativas que esta opción le genera.¹³³² Panamá entiende, por lo tanto, que la Medida 3 actúa como una condición limitante sobre las compras (importaciones) y sobre las ventas (exportaciones), constituyendo una restricción a la importación y exportación de mercancías.¹³³³

7.4.4.1.2 Argentina

7.1053. Argentina alega que Panamá no ha demostrado que la Medida 3 constituya una medida mantenida "a la importación" o "a la exportación" de cualquier producto en virtud del Artículo XI:1 del GATT de 1994. Argentina señala que la medida impugnada no cae dentro del ámbito de aplicación del Artículo XI:1 ya que es una herramienta para determinar la base imponible que por su diseño, estructura y arquitectura reviste la forma de un impuesto.¹³³⁴ Para Argentina, esta medida impone métodos para la determinación del ingreso sujeto a tributación interna en Argentina. A su juicio, el hecho de que dichos ingresos puedan derivar en parte de transacciones

¹³²⁴ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá, pág. 4.

¹³²⁵ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.291. Véase también la segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.490.

¹³²⁶ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.489 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Argentina, párr. 728).

¹³²⁷ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.263.

¹³²⁸ Respuesta de Panamá a las preguntas del Grupo Especial Nos. 58 y 91.

¹³²⁹ Panamá indica que el procedimiento dura entre tres y 10 semanas. Véase la primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.237.

¹³³⁰ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.238.

¹³³¹ Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.241.

¹³³² Primera comunicación escrita de Panamá, párr. 4.284.

¹³³³ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.490.

¹³³⁴ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 728 y 731.

de importación o de exportación no sugiere que las medidas tributarias internas de Argentina sean medidas en frontera sujetas a la obligación del Artículo XI:1 del GATT de 1994.¹³³⁵ Argentina recuerda que los Artículos 8 y 15 de la LIG se enmarcan en el Capítulo I "Sujeto y Objeto del Impuesto", por lo que son parte del impuesto al determinar dos de sus elementos básicos. A juicio de Argentina, no es posible, como Panamá pretende, separar los componentes de impuesto como si pudiese haber un impuesto sin sujeto, ni objeto ni base imponible.¹³³⁶

7.1054. Argentina entiende que lo que Panamá llama "exigencia metodológica" es la que define dentro del objeto del impuesto su base imponible en consonancia con el Título del Capítulo I de la LIG. Argentina se refiere a la prueba documental "Principios Constitucionales en Materia Tributaria" presentada por Panamá (PAN-83) y explica que el cuadro en el que se sintetiza el principio de legalidad establece que "no habrá tributo sin ley" y que "para su imposición un tributo debe seguir los requisitos formales de una ley" y que "la ley debe definir el hecho imponible y sus elementos: sujeto, objeto, base imponible, alícuota". Para Argentina, esto significa que "la determinación de la base imponible obedece a un requisito de legalidad exigido constitucionalmente y que es inherente al impuesto como tal" y que "'tributo' no es sino la conjunción de sujeto, objeto, base imponible y alícuota". Por ello, argumenta Argentina, "tributo como tal" como lo define Panamá, debe entenderse de esta misma manera. Así pues, la Medida 3 está excluida del ámbito del Artículo XI:1 del GATT 1994 ya que esta disposición no se aplica respecto de impuestos o tributos.¹³³⁷

7.1055. Argentina también alega que, en el caso de que el Grupo Especial pudiera llegar a considerar que la medida en cuestión no constituye un impuesto y se hallara sujeta al Artículo XI:1 del GATT de 1994, Panamá no ha demostrado que la medida constituya una "condición limitante" en el sentido del Artículo XI:1 del GATT de 1994.¹³³⁸ Argentina sostiene que la medida no constituye una condición limitante de las importaciones dado que opera una vez que los productos han ingresado en el mercado argentino con un objetivo de carácter fiscalizador y recaudatorio.¹³³⁹ Son las autoridades fiscales, y no las aduaneras, las que verifican si la medida se ha cumplido.¹³⁴⁰ Asimismo, Argentina alega que Panamá no ha demostrado que esta medida suponga una restricción a las importaciones y/o exportaciones que pueda ser expresada en "términos de cantidad".¹³⁴¹

7.1056. Argentina se apoya en el informe del Órgano de Apelación en *China – Partes de automóviles* según el cual un grupo especial debe examinar las "características esenciales" de la medida en cuestión, es decir, las que definen su "centro de gravedad", para determinar si se trata de una medida en frontera o una medida interna.¹³⁴² Argentina defiende que la Medida 3 está claramente dirigida a una determinación de la cantidad de los ingresos percibidos por los contribuyentes argentinos a los efectos de la evaluación de sus impuestos internos, en forma separada e independiente de los derechos o cargas que puedan haber sido aplicados en la frontera cuando estos bienes fueron originalmente importados o exportados. A juicio de Argentina, el hecho de que una parte de los ingresos sujetos a imposición en Argentina pueda provenir de las operaciones de importación o de exportación no es suficiente para demostrar que el "centro de gravedad" de los impuestos sobre los ingresos o ganancias en Argentina es la importación o exportación de mercancías.¹³⁴³ Argentina sostiene que Panamá parece estar de acuerdo con Argentina al respecto.¹³⁴⁴ Argentina también se apoya en el informe del grupo especial en *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos* según el cual "en el alcance del artículo XI no estarían incluidas todas las medidas que afectaran a las oportunidades para ingresar en el

¹³³⁵ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97.

¹³³⁶ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 94.

¹³³⁷ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 94.

¹³³⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 727; y respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 94.

¹³³⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 734.

¹³⁴⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 735.

¹³⁴¹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 743.

¹³⁴² Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *China – Partes de automóviles*, párr. 171).

¹³⁴³ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 97.

¹³⁴⁴ Segunda comunicación escrita de Argentina, nota de pie de página 64 (donde se hace referencia a la primera comunicación de Panamá, párr. 4.263).

mercado sino sólo aquellas que constituyeran una prohibición o restricción a la importación de productos, es decir, las medidas que afectaran a las oportunidades de importación mismas."¹³⁴⁵

7.4.4.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.4.4.2.1 Introducción

7.1057. La cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial es si, como Panamá sostiene, la Medida 3 es incompatible con el Artículo XI:1 del GATT de 1994. Esta alegación es de carácter subsidiario a la presentada bajo el Artículo III:4 del GATT de 1994. Como hemos concluido que la Medida 3 no está abarcada por el Artículo III:4, procedemos a examinar la alegación alternativa o subsidiaria de Panamá bajo el Artículo XI:1 del GATT de 1994.

7.1058. Como en el caso de las otras alegaciones de Panamá bajo el GATT de 1994, Argentina aduce que la medida impugnada no cae dentro del ámbito de aplicación del Artículo XI:1 del GATT de 1994.¹³⁴⁶

7.1059. Empezaremos por examinar el texto del Artículo XI:1 del GATT de 1994 para establecer el criterio jurídico aplicable teniendo en cuenta cómo ha sido interpretado por grupos especiales anteriores y el Órgano de Apelación.

7.4.4.2.2 La disposición jurídica pertinente

7.1060. El Artículo XI:1 del GATT de 1994 estipula lo siguiente:

Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá – aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas – prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otro Miembro a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otro Miembro, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.

7.1061. Por lo tanto, esta disposición busca eliminar las prohibiciones y restricciones (i) a la importación de un producto del territorio de otro Miembro, o (ii) a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otro Miembro. Observamos que el enunciado del Artículo XI:1 dispone la eliminación de las prohibiciones y restricciones "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas". En *China – Materias primas*, el Órgano de Apelación confirmó que "los derechos de aduana, impuestos u otras cargas" están excluidos del ámbito de aplicación del Artículo XI:1 del GATT de 1994.¹³⁴⁷

7.1062. El Órgano de Apelación en dicho asunto examinó los conceptos de "prohibición" y "restricción". El Órgano de Apelación señaló que el término "*prohibition*" (prohibición) se define como "*a legal ban on the trade or importation of a specified commodity*" (una prohibición legal impuesta al comercio o a la importación de un determinado producto)¹³⁴⁸ y "*restriction*" (restricción) se define como "*[a] thing which restricts someone or something, a limitation on action, a limiting condition or regulation*" (algo que restringe a alguien o algo, una limitación de la acción, una condición o reglamentación limitativa)¹³⁴⁹ "y por lo tanto se refiere en términos generales a algo que tiene un efecto limitativo".¹³⁵⁰ En asuntos anteriores, los grupos especiales

¹³⁴⁵ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 94 (donde se cita el informe del grupo especial, *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, párr. 7.261).

¹³⁴⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 728 y 731.

¹³⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 321.

¹³⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 319 (donde se hace referencia al *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, pág. 2363).

¹³⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 319 (donde se hace referencia al *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, pág. 2553).

¹³⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 319.

optaron por otorgar un sentido amplio al concepto de "restricción"¹³⁵¹, concluyendo que el Artículo XI:1 es aplicable a condiciones que son "limitadoras" o tienen un "efecto limitativo".¹³⁵²

7.1063. El Órgano de Apelación además observó que el Artículo XI del GATT de 1994 lleva por título "Eliminación general de las restricciones cuantitativas". Tras hacer referencia a ocasiones anteriores en las que se había referido al título de una disposición al interpretar las prescripciones en ella establecidas¹³⁵³, consideró que la utilización de la palabra "cuantitativas" en el título del Artículo XI informa la interpretación de los términos "restricción" y "prohibición". El Órgano de Apelación concluyó que el título "[i]ndica que el artículo XI del GATT de 1994 abarca las prohibiciones y restricciones que tienen un efecto limitativo en la cantidad o cuantía de un producto importado o exportado".¹³⁵⁴

7.1064. Comenzamos por examinar si la Medida 3 está abarcada por el Artículo XI:1 del GATT de 1994.

7.4.4.2.3 La cuestión de si la Medida 3 está abarcada por el Artículo XI:1 del GATT de 1994

7.1065. Recordamos que Panamá alega que la Medida 3 es una restricción a la importación y exportación de bienes. Antes de examinar si la Medida 3 constituye una restricción cuantitativa, procederemos a determinar si, tal y como defiende Argentina, esta medida constituye un impuesto, lo que la excluiría del ámbito del Artículo XI:1 del GATT de 1994 por obra del propio enunciado de dicha disposición, que prohíbe las prohibiciones y restricciones "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas".

7.1066. Concurrimos con el grupo especial en *Brasil – Neumáticos recauchutados*¹³⁵⁵ en que para determinar si una medida cae dentro de los tipos de medidas cubiertas por el Artículo XI:1 del GATT de 1994 debemos examinar su naturaleza.

7.1067. Recordamos que la Medida 3 consiste en la aplicación de métodos de valoración de transacciones basados en precios de transferencia a efectos de determinar la base imponible del impuesto a las ganancias de contribuyentes argentinos, con respecto a transacciones efectuadas con sujetos de países no cooperadores. Por lo tanto, la Medida 3 es una herramienta para la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias del contribuyente argentino. Argentina mantiene esta medida en virtud del párrafo 5 del Artículo 8 de la LIG.¹³⁵⁶ Como indica Argentina¹³⁵⁷, ambas disposiciones se enmarcan dentro del Capítulo I de la LIG titulado "Sujeto y Objeto del Impuesto", por lo que se encuentran entre las disposiciones que regulan dos de los elementos de un tributo o impuesto. Como también indica Argentina (y explicamos con anterioridad), los "Principios Constitucionales en Materia Tributaria" especifican que "no habrá tributo sin ley" y que "la ley debe definir el hecho imponible y sus elementos: sujeto, objeto, base imponible, alícuota".¹³⁵⁸ A nuestro juicio, la naturaleza de una herramienta que sirve para calcular la base imponible, y por tanto, uno de los elementos del impuesto a las ganancias no puede ser otra, en el presente caso, que impositiva o tributaria. En consecuencia, consideramos que la naturaleza tributaria de la Medida 3 la excluye del ámbito de aplicación del Artículo XI:1 del GATT de 1994.

7.4.4.2.4 Conclusión

7.1068. Habiendo concluido que la Medida 3 tiene naturaleza impositiva o tributaria y, por lo tanto, no está abarcada por las disciplinas del Artículo XI:1, el Grupo Especial no considera

¹³⁵¹ Informe del grupo especial, *India – Restricciones cuantitativas*, párr. 5.128.

¹³⁵² Informes del grupo especial en *India – Automóviles*, párr. 7.270; *Colombia – Puertos de entrada*, párrs. 7.233 y 7.234; *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 7.371; y *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, párrs. 7.252 y 7.258.

¹³⁵³ El Órgano de Apelación en *China – Materias primas* se refiere a sus informes en *Estados Unidos – Madera blanda IV*, párr. 93, y *Estados Unidos – Acero al carbono*, párr. 67.

¹³⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párr. 320.

¹³⁵⁵ Informe del grupo especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párr. 7.372.

¹³⁵⁶ Ley del Impuesto a las Ganancias, pruebas documentales PAN-4 / ARG-42.

¹³⁵⁷ Respuesta de Argentina a la pregunta del Grupo Especial No. 94.

¹³⁵⁸ Principios Constitucionales en Materia Tributaria, prueba documental PAN-83, págs. 1 y 2.

necesario continuar el análisis de la alegación de Panamá relativa a la incompatibilidad de la Medida 3 con el Artículo XI:1 del GATT de 1994.

7.1069. A tenor de lo anterior, el Grupo Especial desestima la alegación de Panamá al amparo del Artículo XI:1 del GATT de 1994 porque la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) no está abarcada por dicha disposición al ser de naturaleza impositiva o tributaria.

7.4.5 Defensa de Argentina al amparo del Artículo XX(d) del GATT de 1994

7.4.5.1 Principales argumentos de las partes

7.4.5.1.1 Argentina

7.1070. En el caso de que el Grupo Especial constatará que Argentina actuó de manera incompatible con los Artículos I:1, III:4 y XI:1 del GATT de 1994 con respecto a las medidas en cuestión, Argentina argumenta que ha demostrado que sus medidas están justificadas al amparo del Artículo XX(d) del GATT de 1994. Para ello, Argentina incorpora por referencia los argumentos que ha realizado en el contexto del Artículo XIV(c) del AGCS como base para concluir que el tratamiento que aplica a la entrada de fondos como incremento patrimonial no justificado (Medida 2) y su régimen de valoración de transacciones en base a metodologías de precios de transferencia (Medida 3) son "necesarias para lograr el cumplimiento de leyes y reglamentos" en el sentido del Artículo XX(d) del GATT de 1994.¹³⁵⁹

7.4.5.1.2 Panamá

7.1071. En respuesta a la defensa presentada por Argentina bajo el Artículo XX(d) del GATT de 1994, Panamá argumenta que Argentina ha invocado dicha disposición sin ni siquiera identificar leyes o reglamentos específicos cuya observancia se busca lograr a través de la aplicación del régimen de precios de transferencia. Según Panamá, sin esta base, no es posible establecer si la medida en cuestión está destinada y si es necesaria para lograr el propósito de cumplimiento que es objeto de protección en virtud del Artículo XX(d) del GATT de 1994.¹³⁶⁰

7.1072. Panamá argumenta que la aplicación de la presunción de incremento patrimonial no justificado (Medida 2)¹³⁶¹ y del régimen de precios de transferencia (Medida 3)¹³⁶² sobre la base de una lista de países cooperadores que no responde a criterios objetivos con respecto a países que enfrentan condiciones similares en materia de transparencia fiscal e intercambio de información, constituye un medio de discriminación arbitraria e injustificable entre países en los que prevalecen condiciones similares.

7.4.5.2 Evaluación realizada por el Grupo Especial

7.1073. Recordamos que, en el caso de constatación de incompatibilidad de la Medida 2 con el Artículo I:1 del GATT de 1994 así como de la Medida 3 con los Artículos I:1, III:4 y/o XI:1 del GATT de 1994, Argentina ha invocado la excepción del Artículo XX(d) del GATT de 1994 para justificar ambas medidas.¹³⁶³ Dado que hemos desestimado las alegaciones de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994 (en relación a la Medida 2 y la Medida 3) y de los Artículos III:4 y XI:1 del GATT de 1994 (en relación a la Medida 3), el Grupo Especial se abstiene de pronunciarse sobre si dichas medidas están amparadas bajo la excepción prevista en el Artículo XX(d) del GATT de 1994.

¹³⁵⁹ Segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 101.

¹³⁶⁰ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.384 y 2.493.

¹³⁶¹ Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.385.

¹³⁶² Segunda comunicación escrita de Panamá, párr. 2.493.

¹³⁶³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 746. Véase también la segunda comunicación escrita de Argentina, párr. 101.

8 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. Como se ha expuesto anteriormente con más detalle, el Grupo Especial *constata* que, en lo que respecta al mandato del Grupo Especial:

- a. la sustitución del Decreto No. 1344/1998, tal y como fue modificado por el Decreto No. 1037/2000, por el Decreto No. 589/2013 no nos impide examinar las ocho medidas en litigio a la luz del sistema introducido por el Decreto No. 589/2013 por el que se distingue entre países cooperadores y no cooperadores;
- b. la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) tal y como ha sido desarrollada por el Artículo 4 de la Resolución SSN No. 35.794/2011 y conforme a la modificación introducida por la Resolución SSN No. 38.284/2014, es parte del mandato del Grupo Especial;
- c. la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) abarca únicamente los servicios de reaseguro, y por lo tanto, no cubre los servicios de retrocesión.

8.2. En lo que respecta a las alegaciones formuladas por Panamá al amparo del AGCS, el Grupo Especial *constata* que:

- a. habiendo determinado que Panamá ha demostrado que hay comercio de servicios y que las ocho medidas en litigio en la presente diferencia "afectan al comercio de servicios" en el sentido del Artículo I:1 del AGCS, el AGCS es aplicable a la Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados), la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia), la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos), la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro), la Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales), la Medida 7 (requisitos para el registro de sucursales) y la Medida 8 (requisito de autorización cambiaria);
- b. la Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados), la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia), la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos), la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro), la Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales), la Medida 7 (requisitos para el registro de sucursales) y la Medida 8 (requisito de autorización cambiaria) son incompatibles con el Artículo II:1 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 cooperadores;
- c. la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) y la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos) 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 relevantes en los que Argentina ha contraído compromisos específicos;
- d. la Medida 1 (retención por intereses o retribuciones pagados), la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia), la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos), la Medida 7 (requisitos para el registro de sucursales) y la Medida 8 (requisito de autorización cambiaria) 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;
- e. la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) y la Medida 6 (requisitos relativos al acceso al mercado argentino de capitales) 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.

8.3. También en relación con las alegaciones formuladas por Panamá al amparo del AGCS, el Grupo Especial *desestima* la alegación de Panamá al amparo del Artículo XVI:2(a) del AGCS porque la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) no está abarcada por dicha disposición al no regular los proveedores de servicios en el sentido del Artículo XVI:2(a) del AGCS.

8.4. El Grupo Especial también *desestima* la alegación de Panamá al amparo del Artículo XVI:1 del AGCS respecto a la Medida 5 (requisitos relativos a los servicios de reaseguro) porque Panamá no ha acreditado un caso *prima facie* de incompatibilidad al respecto.

8.5. Asimismo, dado que hemos constatado que la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado), la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) y la Medida 4 (regla de lo percibido para la imputación de gastos) 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 relevantes en los que Argentina ha contraído compromisos específicos, el Grupo Especial se *abstiene de pronunciarse* sobre si dichas medidas están amparadas bajo la excepción prevista en el Artículo XIV(d) del AGCS.

8.6. En lo que respecta a las alegaciones formuladas por Panamá al amparo del GATT de 1994:

- a. el Grupo Especial *desestima* la alegación de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994 porque Panamá no ha acreditado que la Medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado) 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 Artículo I:1 del GATT de 1994;
- b. el Grupo Especial también *desestima* la alegación de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994 porque Panamá no ha acreditado que la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) constituya "una cuestión a que se refiere el Artículo III:4" ni "un reglamento y formalidad relativa a las exportaciones o importaciones" en el sentido del Artículo I:1 del GATT de 1994;
- c. asimismo, el Grupo Especial *desestima* la alegación de Panamá al amparo del Artículo III:4 del GATT de 1994 porque Panamá no ha acreditado que la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) sea una cuestión a que se refiere el Artículo III:4 del GATT de 1994;
- d. el Grupo Especial igualmente *desestima* la alegación de Panamá al amparo del Artículo XI:1 del GATT de 1994 porque la Medida 3 (valoración de transacciones basada en precios de transferencia) no está abarcada por dicha disposición al ser de naturaleza impositiva o tributaria.

8.7. Finalmente, y respecto de las alegaciones formuladas por Panamá al amparo del GATT de 1994, al haber desestimado el Grupo Especial las alegaciones de Panamá al amparo del Artículo I:1 del GATT de 1994 (en relación a la Medida 2 - presunción de incremento patrimonial no justificado - y la Medida 3 - valoración de transacciones basada en precios de transferencia -) y de los Artículos III:4 y XI:1 del GATT de 1994 (en relación a la Medida 3 - valoración de transacciones basada en precios de transferencia -), el Grupo Especial se *abstiene de pronunciarse* sobre si dichas medidas están amparadas bajo la excepción prevista en el Artículo XX(d) del GATT de 1994.

8.8. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 19.1 del ESD, tras haber constatado que Argentina actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del Artículo II:1 del AGCS, recomendamos que el OSD solicite a Argentina que ponga sus medidas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del AGCS.

APÉNDICE 1.- LISTA DE COMPROMISOS ESPECÍFICOS DE ARGENTINA (GATS/SC/4) DE 15 DE ABRIL DE 1994
(Esta lista es auténtica en español únicamente)

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
I. COMPROMISOS HORIZONTALES			
TODOS LOS SERVICIOS INCLUIDOS EN ESTA LISTA	3) Adquisición de tierra: no consolidado en lo que respecta a zonas de fronteras (150 km. en área terrestre y 50 km. en área marítima) 4) No consolidado, excepto para las medidas concernientes a las siguientes categorías de personal <u>Personal superior</u> Gerentes: personas dentro de una empresa u organización que primariamente conducen, bien sea un departamento o una subdivisión. Supervisan y controlan el trabajo de otros supervisores profesionales o empleados gerenciales. Tienen la autoridad para contratar o despedir, recomendar contratar o recomendar despedir u otras acciones vinculadas al área de personal tales como la promoción o licencia. Ejercen autoridad discrecional en las actividades diarias. Este ejercicio no incluye supervisores de primera línea (first line supervisors) a menos que tales empleados sean profesionales, como tampoco incluye a los empleados que primariamente desempeñan tareas necesarias para la provisión del servicio	4) No consolidado, excepto para las medidas concernientes a las categorías de personal indicadas en la columna de acceso a los mercados	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
II. COMPROMISOS ESPECÍFICOS SECTORIALES			
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS			
A. <u>Servicios profesionales</u>	1), 3), 4) Para la prestación de servicios profesionales se requiere reconocimiento de título profesional, matriculación en el Colegio respectivo y fijar domicilio legal en la Argentina Domicilio legal: no implica requisito de residencia		
a) Servicios jurídicos (CCP 861)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
b) Servicios de contabilidad, auditoría y teneduría de libros (CCP 862)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
d) Servicios de arquitectura (CCP 8671)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector		Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
e)	Servicios de ingeniería (CCP 8672)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
B	<u>Servicios de informática y servicios conexos</u>			
a)	Servicios de consultores en instalación de equipo de informática (CCP 841)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
b)	Servicios de aplicación de programas de informática (CCP 842)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
c)	Servicios de procesamiento de datos (CCP 843)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector		Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
d)	Servicios de bases de datos (CCP 844)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
e)	Otros (CCP 845+849)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
F. <u>Otros servicios prestados a las empresas</u>				
a)	Servicios de publicidad (CCP 871)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
b)	Servicios de investigación de mercados y encuestas de la opinión pública (CCP 864)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector		Limitaciones al acceso a los mercados		Limitaciones al trato nacional		Compromisos adicionales
c)	Servicios de consultores en administración (CCP 865)	1)	Ninguna	1)	Ninguna	
		2)	Ninguna	2)	Ninguna	
		3)	Ninguna	3)	Ninguna	
		4)	No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	4)	No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
h)	Servicios relacionados con la minería (CCP 883+5115)	1)	Ninguna	1)	Ninguna	
		2)	Ninguna	2)	Ninguna	
		3)	Ninguna	3)	Ninguna	
		4)	No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	4)	No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
o)	Servicios de limpieza de edificios (CCP 874)	1)	Ninguna	1)	Ninguna	
		2)	Ninguna	2)	Ninguna	
		3)	Ninguna	3)	Ninguna	
		4)	No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	4)	No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
s)	Servicios prestados con ocasión de asambleas o convenciones (CCP 87909*)	1)	Ninguna	1)	Ninguna	
		2)	Ninguna	2)	Ninguna	
		3)	Ninguna	3)	Ninguna	
		4)	No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	4)	No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
t) Otros (CCP 8790)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES			
B. <u>Servicios de correos</u> (CCP 7512)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
C. <u>Servicios de telecomunicaciones</u>			
h) Correo electrónico (CCP 7523**)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
i) Correo vocal (CCP 7523**)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
j) Extracción de información en línea y de bases de datos (CCP 7523**)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
k) Servicios de intercambio electrónico de datos (IED) (CCP 7523**)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
l) Servicios de facsímil ampliados/de valor añadido, incluidos los de almacenamiento y retransmisión y los de almacenamiento y recuperación (CCP 7523**)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
m) Conversión de códigos y protocolos	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
n) Procesamiento de datos y/o información en línea (con inclusión del procesamiento de transacción) (CCP 843**)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
o) Otros	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS DE INGENIERÍA CONEXOS			
A. <u>Trabajos generales de construcción para la edificación</u> (CCP 512)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
C. <u>Armado de construcciones prefabricadas y trabajos de instalación</u> (CCP 514+516)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
D. <u>Trabajos de terminación de edificios</u> (CCP 517)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
E. <u>Otros</u> (CCP 511+515+518)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCIÓN			
B. <u>Servicios comerciales al por mayor</u> (CCP 622)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
C. <u>Servicios comerciales al por menor</u> (CCP 631+632) 6111+6113+6121	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
D. <u>Servicios de franquicia</u> (CCP 8929)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
7. SERVICIOS FINANCIEROS ¹			
A. <u>Todos los servicios de seguros y relacionados con los seguros</u>			
a) Servicios de seguros de vida, contra accidentes y de salud (CCP 8121)	1) No consolidado 2) No consolidado 3) La autorización para la instalación de nuevas entidades se encuentra suspendida 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) No consolidado 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

¹ La información procesada debe quedar en el país a los fines de poder ser consultada por la autoridad competente. Esta medida no impide que la información pueda también ser transferida al exterior.

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
b) Servicios de seguros distintos de los seguros de vida (CCP 8129)	1) No consolidado 2) No consolidado 3) La autorización para la instalación de nuevas entidades se encuentra suspendida 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) No consolidado 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
- Servicios de seguros de transporte marítimo y aéreo (CCP 81293)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) La autorización para la instalación de nuevas entidades se encuentra suspendida 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
c) Servicios de reaseguro y retrocesión (CCP 81299*)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) La autorización para la instalación de nuevas entidades se encuentra suspendida 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
B <u>Servicios bancarios y otros servicios financieros</u> (excluidos los seguros)	Se excluyen de las condiciones especificadas en esta lista las operaciones financieras llevadas a cabo por el Gobierno y las empresas del Estado, las que podrán efectuarse en las entidades que designen Para la participación en transacciones del Mercado Bursátil es necesario ser miembro y accionista del Mercado de Valores		
a) Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público (CCP 81115-81119)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
b) Préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, <u>factoring</u> y financiación de transacciones comerciales (CCP 81113)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
c) Servicios financieros de arrendamiento con opción de compra (CCP 8112)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
d) Todos los servicios de pago y transferencia monetaria (CCP 81339**)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
e) Garantías y compromisos (CCP 81199**)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
f) Intercambio comercial por cuenta propia o de clientes, ya sea en una bolsa, en un mercado extrabursátil, o de otro modo, de lo siguiente:			
- instrumentos del mercado monetario (cheques, letras, certificados de depósito, etc.) (CCP 81339**)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
- divisas (CCP 81333)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
- productos derivados, incluidos, aunque no exclusivamente, futuros y opciones (CCP 81339**)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
- instrumentos de los mercados cambiario y monetario, por ejemplo, "swaps", acuerdos de tipo de interés a plazo, etc. (CCP 81339*)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
- valores transferibles (CCP 81321*)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
- otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive (CCP 81339**)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
g) Participación en emisiones de toda clase de valores, con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y la prestación de servicios relacionados con esas emisiones (CCP 8132)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
h) Corretaje de cambios (CCP 81339**)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
i) Administración de activos; por ejemplo, administración de fondos en efectivo o de carteras de valores, gestión de inversiones colectivas en todas sus formas, administración de fondos de pensiones, servicios de depósito y servicios fiduciarios (CCP 8119+ **81323*)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
j) Servicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados, y otros instrumentos negociables (CCP 81339** y 81319**)	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
k) Servicios de asesoramiento y otros servicios financieros auxiliares respecto de cualesquiera de las actividades enumeradas en el artículo 1B del documento MTN.TNC/W/50, con inclusión de informes y análisis de crédito, estudios y asesoramiento sobre inversiones y carteras de valores, y asesoramiento sobre adquisiciones y sobre reestructuración y estrategia de las empresas (CCP 8131 ó 8133)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
l) Suministro y transferencia de información financiera, y procesamiento de datos financieros y soporte lógico con ellos relacionado, por proveedores de otros servicios financieros (CCP 8131)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
Nuevos servicios financieros	1) No consolidado 2) No consolidado 3) No consolidado 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) No consolidado 2) No consolidado 3) Ninguna 4) No consolidado, excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES			
A. <u>Hoteles y restaurantes</u> (incluidos los servicios de suministro de comidas desde el exterior por contrato) (CCP 641/643)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
B. <u>Servicios de agencias de viajes y organización de viajes en grupo</u> (CCP 7471)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
C. <u>Servicios de guías de turismo</u> (CCP 7472)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
D. <u>Otros</u>	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) No consolidado excepto para lo indicado en los compromisos horizontales	
