



ARGENTINA – MEDIDAS RELATIVAS AL COMERCIO DE MERCANCÍAS Y SERVICIOS

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

Addendum

El presente *addendum* contiene los anexos A a C del informe del Grupo Especial que figura en el documento WT/DS453/R.

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL**

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

ANEXO B**ARGUMENTOS DE LAS PARTES***PANAMÁ*

Contenido		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

Contenido		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**

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

ANEXO A

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

Adoptado el 12 de diciembre de 2013

1. En sus actuaciones el Grupo Especial seguirá las disposiciones pertinentes del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). Se aplicará además el Procedimiento de Trabajo que se expone a continuación.

General

2. Las deliberaciones del Grupo Especial, y los documentos que se hayan sometido a su consideración, tendrán carácter confidencial. Ninguna de las disposiciones del ESD ni del presente Procedimiento de Trabajo impedirá a las partes en la diferencia (en adelante, "partes") hacer públicas sus posiciones. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al Grupo Especial por otro Miembro a la que éste haya atribuido tal carácter. Cuando una parte presente una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al Grupo Especial, también facilitará, a petición de cualquier Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público.

3. Previa indicación por cualquiera de las partes, a más tardar en la primera reunión sustantiva, de su intención de presentar información que requiera una protección adicional a la prevista en el presente Procedimiento de trabajo, el Grupo Especial, tras consultar con las partes, decidirá si adopta procedimientos adicionales apropiados.

4. El Grupo Especial se reunirá a puerta cerrada. Las partes y los Miembros que hayan notificado al Órgano de Solución de Diferencias su interés en la diferencia de conformidad con el artículo 10 del ESD (en adelante, "terceros") sólo estarán presentes en las reuniones cuando el Grupo Especial los invite a comparecer.

5. Cada parte y cada tercero tiene derecho a determinar la composición de su propia delegación en las reuniones con el Grupo Especial. Cada parte y cada tercero será responsable de todos los miembros de su propia delegación y se asegurará de que cada miembro de dicha delegación actúe de conformidad con el ESD y con el presente Procedimiento de Trabajo, en particular en lo que respecta a la confidencialidad de las actuaciones.

Comunicaciones

6. Antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, cada parte presentará una comunicación escrita en la que exponga los hechos del caso y sus argumentos, con arreglo al calendario adoptado por el Grupo Especial. Además, cada parte presentará al Grupo Especial, antes de la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, una réplica escrita, con arreglo al calendario adoptado por el Grupo Especial.

7. En caso de que una parte solicite una resolución preliminar al Grupo Especial, lo hará tan pronto como le sea posible y, en cualquier caso, a más tardar en su primera comunicación escrita al Grupo Especial. Si Panamá solicita tal resolución del Grupo Especial, Argentina responderá a la solicitud en su primera comunicación escrita. Si la solicita Argentina, Panamá presentará su respuesta a la solicitud antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, en un momento que determinará el Grupo Especial a la luz de la solicitud. El Grupo Especial podrá admitir excepciones a esta regla si existe justificación suficiente.

8. Cada parte presentará al Grupo Especial todas las pruebas fácticas a más tardar en el curso de la primera reunión sustantiva, salvo en lo que respecta a las pruebas necesarias a efectos de las réplicas, las respuestas a preguntas o las observaciones sobre las respuestas dadas por la otra parte. El Grupo Especial podrá admitir excepciones a esta regla si existe justificación suficiente.

Cuando admita tal excepción, el Grupo Especial concederá a la otra parte un plazo para que formule observaciones, cuando proceda, sobre cualquier nueva prueba fáctica presentada después de la primera reunión sustantiva.

9. En caso de que el idioma original de pruebas documentales sometidas al Grupo Especial no sea un idioma de trabajo de la OMC, la parte o el tercero que las aporte presentará al mismo tiempo una traducción al idioma de trabajo de la OMC en que se redacte la comunicación a la cual tales pruebas documentales van adjuntas. El Grupo Especial podrá conceder prórrogas prudenciales para la traducción de tales pruebas documentales si existe justificación suficiente. Cualquier objeción en cuanto a la exactitud de una traducción deberá plantearse con prontitud y por escrito, a más tardar, en la primera comunicación presentada o la primera reunión celebrada (si esta fuera anterior) después de la presentación de la comunicación que contenga la traducción de que se trate. Las objeciones irán acompañadas de una explicación detallada de los motivos de la objeción y de una traducción alternativa.

10. A fin de facilitar la labor del Grupo Especial, se invita a las partes y los terceros a que redacten sus comunicaciones de conformidad con la Guía Editorial de la OMC para las comunicaciones presentadas a grupos especiales, que se adjunta como anexo 1, en la medida en que les resulte práctico hacerlo.

11. Para facilitar el mantenimiento del expediente de la diferencia y dar la máxima claridad posible a las comunicaciones, las partes y los terceros numerarán consecutivamente sus pruebas documentales durante todo el curso de la diferencia. Por ejemplo, las pruebas documentales presentadas por Panamá podrían numerarse PAN-1, PAN-2, etc. Si la última prueba documental presentada en relación con la primera comunicación fue numerada PAN-5, la primera prueba documental de su siguiente comunicación se numeraría PAN-6.

Preguntas

12. En cualquier momento, el Grupo Especial podrá formular preguntas a las partes y los terceros, ya sea oralmente o por escrito, incluyendo antes de cada reunión sustantiva.

Reuniones sustantivas

13. Cada parte facilitará al Grupo Especial la lista de los miembros de su delegación antes de cada reunión con el Grupo Especial y a más tardar a las 17 h del día hábil anterior.

14. La primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes se desarrollará como sigue:

- a. El Grupo Especial invitará en primer lugar a Panamá a formular una declaración inicial a fin de que presente sus argumentos. A continuación, el Grupo Especial invitará a Argentina a que exponga su opinión. Antes de hacer uso de la palabra, cada parte facilitará al Grupo Especial y a los demás participantes en la reunión una versión escrita provisional de su declaración. En caso de que se requiera interpretación, cada parte facilitará copias adicionales a los intérpretes, a través de la Secretaría del Grupo Especial. Cada parte pondrá a disposición del Grupo Especial y de la otra parte la versión definitiva de su declaración, de preferencia al final de la reunión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 h del primer día hábil posterior a la reunión.
- b. Una vez concluidas las declaraciones, el Grupo Especial dará a cada parte la oportunidad de formular preguntas a la otra parte o de hacer observaciones a través del Grupo Especial. Cada parte tendrá a continuación la oportunidad de responder estas preguntas oralmente. Cada parte enviará por escrito cualquier pregunta a la otra parte respecto de la que desee recibir una respuesta escrita, en un plazo que determinará el Grupo Especial. Se invitará a cada parte a responder por escrito a las preguntas de la otra parte en el plazo que determine el Grupo Especial.
- c. A continuación, el Grupo Especial podrá formular preguntas a las partes. Cada parte tendrá a continuación la oportunidad de responder dichas preguntas oralmente. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine, cualquier pregunta a las

partes respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada parte a responder por escrito a esas preguntas en el plazo que determine el Grupo Especial.

- d. Una vez finalizadas las preguntas, el Grupo Especial concederá a cada parte la oportunidad de formular una breve declaración final, que Panamá formulará en primer lugar.

15. La segunda reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes se desarrollará como sigue:

- a. El Grupo Especial preguntará a Argentina si desea hacer uso del derecho a presentar sus argumentos en primer lugar. En caso afirmativo, el Grupo Especial invitará a Argentina a formular su declaración inicial, seguida de Panamá. Si Argentina decide no hacer uso de ese derecho, el Grupo Especial invitará a Panamá a formular su declaración inicial en primer lugar. Antes de tomar la palabra, cada parte facilitará al Grupo Especial y a los demás participantes en la reunión una versión escrita provisional de su declaración. En caso de que se requiera interpretación, cada parte facilitará copias adicionales a los intérpretes, a través de la Secretaría del Grupo Especial. Cada parte pondrá a disposición del Grupo Especial y de la otra parte la versión definitiva de su declaración, de preferencia al final de la reunión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 h del primer día hábil posterior a la reunión.
- b. Una vez concluidas las declaraciones, el Grupo Especial dará a cada parte la oportunidad de formular preguntas a la otra parte o de hacer observaciones a través del Grupo Especial. Cada parte tendrá a continuación la oportunidad de responder dichas preguntas oralmente. Cada parte enviará por escrito, en un plazo que determinará el Grupo Especial, cualquier pregunta a la otra parte respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada parte a responder por escrito a las preguntas de la otra parte en el plazo que determine el Grupo Especial.
- c. A continuación, el Grupo Especial podrá formular preguntas a las partes. Cada parte tendrá a continuación la oportunidad de responder dichas preguntas oralmente. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine, cualquier pregunta a las partes respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Cada parte deberá responder por escrito a esas preguntas en el plazo que determine el Grupo Especial.
- d. Una vez finalizadas las preguntas, el Grupo Especial concederá a cada parte la oportunidad de presentar una breve declaración final, que formulará en primer lugar la parte que haya formulado en primer lugar la declaración inicial.

Terceros

16. El Grupo Especial invitará a cada tercero a transmitir al Grupo Especial una comunicación escrita antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial.

17. Se invitará además a cada tercero a presentar oralmente sus opiniones durante una sesión de la primera reunión sustantiva destinada a este fin. Cada tercero facilitará al Grupo Especial la lista de los miembros de su delegación antes de esa sesión y a más tardar a las 17 h del día hábil anterior.

18. La sesión destinada a los terceros se desarrollará como sigue:

- a. Todos los terceros podrán estar presentes durante la totalidad de esta sesión.
- b. El Grupo Especial escuchará en primer lugar los argumentos de los terceros en orden alfabético. Los terceros presentes en la sesión destinada a los terceros y que tengan la intención de exponer sus opiniones oralmente en esa sesión facilitarán al Grupo Especial, las partes y los demás terceros versiones escritas provisionales de sus declaraciones antes de hacer uso de la palabra. Los terceros pondrán a disposición del Grupo Especial, las partes y los demás terceros la versión definitiva de sus declaraciones, de preferencia

al final de la sesión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 h del primer día hábil posterior a la sesión.

- c. Después de que los terceros hayan formulado sus declaraciones, podrá darse a las partes la oportunidad de formular, a través del Grupo Especial, preguntas a los terceros para aclarar cualquier cuestión planteada en las comunicaciones o declaraciones de los terceros. Cada parte enviará por escrito, en el plazo que determine el Grupo Especial, cualquier pregunta a un tercero respecto de la que desee recibir una respuesta escrita.
- d. A continuación, el Grupo Especial podrá formular preguntas a los terceros. Cada tercero tendrá a continuación la oportunidad de responder dichas preguntas oralmente. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine, cualquier pregunta a los terceros respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada tercero a responder por escrito a esas preguntas en el plazo que determine el Grupo Especial.

Parte expositiva

19. La exposición de los argumentos de las partes y terceros en la parte expositiva del informe del Grupo Especial consistirá en resúmenes ejecutivos proporcionados por las partes y los terceros, los cuales se incorporarán como anexos al informe. Estos resúmenes ejecutivos no sustituirán en modo alguno las comunicaciones de las partes y los terceros en el examen del asunto por el Grupo Especial.

20. Cada parte presentará resúmenes ejecutivos de los hechos y argumentos como fueron presentados al Grupo Especial, de conformidad con el calendario de trabajo adoptado por el Grupo Especial. Estos resúmenes podrán incluir también un resumen de las respuestas a preguntas. Cada uno de dichos resúmenes no excederá de quince (15) páginas. El Grupo Especial no resumirá en la parte expositiva ni anexará a su informe las respuestas de las partes a las preguntas.

21. Cada tercero presentará un resumen ejecutivo de sus argumentos como fueron presentados al Grupo Especial en su comunicación escrita y su declaración de conformidad con el calendario de trabajo adoptado por el Grupo Especial. Este resumen podrá incluir también un resumen de las respuestas a preguntas, en su caso. El resumen ejecutivo que deberá facilitar cada uno de los terceros no excederá de seis (6) páginas

Reexamen intermedio

22. Una vez transmitido el informe provisional, cada parte podrá presentar una solicitud escrita de que se reexaminen aspectos concretos del informe provisional y solicitar una nueva reunión con el Grupo Especial, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. La parte que desee hacer uso del derecho a solicitar dicha reunión lo deberá hacer a más tardar en el momento en que se presente la solicitud escrita de reexamen.

23. En caso de que no se solicite una nueva reunión con el Grupo Especial, cada parte podrá presentar observaciones escritas sobre la solicitud escrita de reexamen de la otra parte, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Tales observaciones se limitarán a la solicitud escrita de reexamen presentada por la otra parte.

24. El informe provisional, al igual que el informe final previo a su circulación oficial, tendrá carácter estrictamente confidencial y no se divulgará.

Entrega de documentos

25. Se aplicarán los siguientes procedimientos respecto de la entrega de documentos:

- a. Cada parte y cada tercero presentará todos los documentos al Grupo Especial entregándolos al Registro de Solución de Diferencias (despacho N° 2047).

- b. Cada parte y cada tercero facilitará cuatro (4) copias impresas de todos los documentos que presente al Grupo Especial. Cuando las pruebas documentales se presenten en CD-ROM o DVD, se proporcionarán cuatro (4) CD-ROM o DVD y tres (3) copias impresas de esas pruebas documentales. El Registro de Solución de Diferencias pondrá un sello en los documentos con la fecha y hora de su presentación. La versión impresa constituirá la versión oficial a los efectos del expediente de la diferencia.
- c. Cada parte y cada tercero facilitará también una copia electrónica de todos los documentos que presente al Grupo Especial al mismo tiempo que las versiones impresas, de preferencia en formato Microsoft Word, ya sea en CD-ROM, en DVD o como fichero adjunto a un mensaje de correo electrónico. Si la copia electrónica se facilita por correo electrónico, deberá enviarse a *****@wto.org, con copia a *****.*****@wto.org, *****.*****@wto.org, *****.*****@wto.org y *****.*****@wto.org. Si se facilita un CD-ROM o un DVD, este se entregará al Registro de Solución de Diferencias.
- d. Cada parte facilitará directamente a la otra parte los documentos que presente al Grupo Especial. Además, cada parte entregará a todos los terceros sus comunicaciones escritas antes de la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial. Cada tercero proporcionará directamente a las partes y a todos los demás terceros los documentos que presente al Grupo Especial. Cada parte y cada tercero, cuando presente documentos al Grupo Especial, confirmará por escrito que éstos han sido debidamente notificados.
- e. Cada parte y cada tercero presentará sus documentos al Registro de Solución de Diferencias y proporcionará copias a la otra parte (y a los terceros cuando proceda) a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) de los plazos fijados por el Grupo Especial. Una parte o tercero podrá presentar sus documentos a otra parte o tercero en formato electrónico únicamente, sujeto al consentimiento previo por escrito de la parte notificada o tercero notificado, y siempre que la Secretaría del Grupo Especial sea informada.
- f. El Grupo Especial facilitará a las partes una versión electrónica de la parte expositiva, el informe provisional y el informe definitivo, así como de otros documentos, según proceda. Cuando el Grupo Especial proporcione a las partes o a los terceros una versión en papel y otra electrónica de un documento, la primera constituirá la versión oficial a efectos del expediente de la diferencia.

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

PANAMÁ

	Contenido	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

	Contenido	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 B-1**PRIMERA PARTE DEL RESUMEN EJECUTIVO DE LOS ARGUMENTOS DE PANAMÁ****1 INTRODUCCION**

1.1. Argentina mantiene un conjunto de medidas que otorgan a servicios y proveedores de servicios (y en algunas instancias también mercancías) de los países excluidos un trato menos favorable que aquél otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares de los países beneficiados. Ciertas medidas argentinas también conceden un trato menos favorable a los productos, servicios y proveedores de servicios de los países excluidos que el concedido a los productos, servicios y proveedores de servicios similares de origen argentino.

1.2. Las medidas imponen barreras discriminatorias que limitan, o incluso anulan, las oportunidades de competencia de los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos en el mercado argentino, y afectan a los bienes y servicios de 71 Miembros de la OMC (45% de la membresía), incluyendo 32 de los 34 países menos adelantados Miembros.¹

1.3. Argentina implementa las medidas mediante un sistema de listado. Inicialmente, la selección se daba mediante un listado positivo de "países considerados de baja o nula tributación" incorporado RIG.² Actualmente, la selección se da mediante un listado negativo que surge del Decreto No. 589/2013, la Resolución General No. 3576 de la AFIP y la lista publicada el 8 de enero de 2014.³

1.4. La inclusión y mantenimiento de un país en la lista están sujetos al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas unilateralmente por Argentina, entre las que se incluyen la suscripción o negociación de un acuerdo de intercambio de información con Argentina, y la flexibilización de ciertas normas con respecto a la facilitación de información privada de los particulares. En efecto, conforme a la actual legislación argentina, "países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" son aquellos países (i) que no han suscrito con Argentina acuerdos de intercambio de información en materia tributaria o convenios para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio; o, (ii) que, a discreción de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), no han iniciado con Argentina las negociaciones necesarias a los fines de suscribir los acuerdos o convenios antes descritos.

1.5. Si bien actualmente Panamá forma parte de la lista de países beneficiados, durante muchos años fue un país excluido y permaneció así hasta luego de que se compusiera el Grupo Especial y se estableciera el calendario de trabajo de esta diferencia. La inclusión de Panamá en la lista no responde a una solución concertada entre ambas partes.

1.6. Específicamente, los reclamos de Panamá en la presente disputa se centran en los siguientes asuntos:

- La retención sobre el pago de intereses o retribuciones por determinados servicios financieros prestados por proveedores de los países excluidos;
- La presunción de incremento patrimonial injustificado sobre todo ingreso de fondos procedente de los países excluidos;
- El régimen de precios de transferencia para la determinación del impuesto a las ganancias, aplicable a las transacciones con sujetos de los países excluidos;

¹ Lista "Miembros de la OMC afectados por las medidas en cuestión" en la sección "Introducción" de la Primera Comunicación Escrita de Panamá (página 13).

² Séptimo artículo sin número incorporado a continuación del artículo 21 del Decreto No.1344 que establece el Reglamento de la Ley del Impuesto a las Ganancias, de 19 de noviembre de 1998 (RIG). Esta disposición fue incorporada por el Decreto No. 1037/2000. (Prueba documental PAN-1).

³ Mediante el Decreto No. 589 del 27 de mayo de 2013 (Decreto 589/2013), Argentina modificó el sistema de listado positivo, al sustituir el artículo sin número incorporado en sexto lugar a continuación del artículo 21 del Decreto No. 1344/1998. (Prueba documental PAN-3).

- El establecimiento de una regla particular para la imputación de gastos para el impuesto a las ganancias aplicable únicamente a los pagos por servicios realizados a sujetos de los países excluidos;
- Las restricciones de acceso al mercado argentino de reaseguros y retrocesión;
- La restricción de acceso al mercado de capitales argentino por parte de proveedores financieros de los países excluidos;
- La imposición de mayores requisitos para el registro de sucursales de sociedades de los países excluidos; y
- La imposición del requisito de autorización cambiaria.

1.7. A continuación se presentarán los reclamos para cada medida y su incompatibilidad con las disposiciones del AGCS y el GATT.

2 RECLAMOS JURIDICOS

2.1. La retención sobre el pago por determinados servicios brindados por proveedores de los países excluidos es incompatible con el artículo II:1 del AGCS

2.1. Argentina grava de manera diferente a los servicios de préstamos, créditos o fondos del exterior tomados por consumidores no financieros, brindados por proveedores del exterior dependiendo de su ubicación geográfica. En el caso de los proveedores de estos servicios ubicados en los países excluidos, Argentina mantiene presunciones distintas de ganancia neta las cuales imponen una carga tributaria más onerosa.

2.2. Así, si los proveedores extranjeros son bancos o entidades financieras que residen en países beneficiados⁴, Argentina presumirá que los pagos por los servicios en cuestión generan una ganancia neta del 43% del monto pagado. Sobre esta base, Argentina aplicará la tasa del 35%.⁵ Como resultado, Argentina gravará efectivamente a los proveedores de los países beneficiados con una retención del 15,05% del monto total del pago por intereses o retribuciones (es decir, el 35% del 43% de los pagos). Por el contrario, si los proveedores son bancos o entidades financieras de los países excluidos, entonces Argentina presumirá, sin admitir prueba en contrario, que los pagos generan una ganancia neta del 100%.⁶ Sobre esta base, Argentina aplicará la tasa del 35%.⁷ Como resultado, Argentina gravará efectivamente a los proveedores de servicios de los países excluidos con una retención del 35% del monto total del pago por intereses o retribuciones (es decir, el 35% del 100% de los pagos).

2.3. Para Panamá, la medida de Argentina reúne los presupuestos para ser considerada incompatible con el artículo II:1 del AGCS.⁸

2.4. En primer lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS pues: (i) tiene un impacto sobre el suministro transfronterizo (modo 1) de los servicios de préstamo, crédito y aquéllos que impliquen la colocación de fondos en Argentina, los cuales están clasificados en el sector 7.B de la Lista de clasificación sectorial producida por la Secretaría del GATT para la

⁴ Según el artículo 92(c)(1), segundo párrafo de la LIG, también se concede el trato preferente a los proveedores de jurisdicciones que hayan suscrito un convenio de intercambio de información con Argentina y donde no se pueda alegar el secreto bancario, bursátil o de otro tipo ante un pedido de información del fisco argentino. (Prueba documental PAN-4).

⁵ Artículos 92 y 93 de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

⁶ Artículo 92(c)(2) de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

⁷ Artículos 92 y 93 de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

⁸ En *Canadá – Automóviles*, el Órgano de Apelación señaló que una constatación de violación del artículo II:1 del AGCS debe basarse en los siguientes tres componentes: (i) la medida en cuestión debe estar abarcada por el AGCS; (ii) debe haber "similitud" entre los servicios y/o proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida y otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros; y (iii) la medida debe otorgar, inmediata e incondicionalmente, un trato no menos favorable a los servicios y/o proveedores de servicios de un Miembro que aquél concedido a los servicios similares y/o proveedores de servicios similares de otros países.

negociación de la lista de compromisos de los Miembros⁹; y (ii) afecta al comercio de los servicios antes indicados al impactar directamente en el "pago" (i.e. intereses o retribuciones como contraprestación) por los servicios prestados en el sentido del artículo XXVIII(c) del AGCS.

2.5. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. En efecto, mediante el régimen de retención a los pagos a proveedores de los países excluidos, Argentina impone distinto tratamiento tributario dependiendo de la ubicación del proveedor del servicio¹⁰, siendo menos favorable en el caso de proveedores de países excluidos. Puesto que la única razón para proveer un trato diferenciado es el *origen* del prestador del servicio, se debe entender que la medida afecta a servicios y proveedores de servicios que son "similares" a aquéllos que no se ven abarcados por la misma.¹¹

2.6. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países. En efecto, La imposición de una carga tributaria a los servicios de proveedores de los países excluidos por encima de la impuesta a los servicios similares de proveedores de los países beneficiados, resta rentabilidad al proveedor de servicios de créditos y préstamos de un país excluido con respecto al margen de rentabilidad más amplio del que goza el competidor de un país beneficiado, anulando la igualdad de condiciones de competencia en el mercado argentino entre los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos y los servicios similares y proveedores de servicios similares de los países beneficiados. Por tanto, al establecer presunciones distintas de ganancia neta, la medida impone necesariamente una carga tributaria más onerosa, y por ende un trato menos favorable, a los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos con respecto a los servicios similares brindados por proveedores de los países beneficiados.

2.2. La presunción de incremento patrimonial no justificado es incompatible con los artículos II:1 y XVII del AGCS, y con el artículo I:1 del GATT

2.7. La normativa tributaria argentina¹² contiene la presunción de que cualquier ingreso de fondos desde los países excluidos constituye, salvo prueba en contrario, un "incremento patrimonial no justificado" para el receptor de los fondos en Argentina, y en tal sentido estos ingresos se presumen como ganancias netas pasibles del pago del impuesto a las ganancias y, de ser el caso, califican como ventas omitidas. Para desvirtuar la presunción, el contribuyente debe verse sometido a un procedimiento administrativo en el que debe acreditar una serie de hechos previstos en la norma argentina a fin de demostrar el origen legítimo de los fondos.¹³

2.8. Si el receptor no logra demostrar el origen legítimo de los fondos se confirmaría la presunción, lo cual tiene consecuencias para el sujeto tributario, pues le obliga a pagar el impuesto a las ganancias, el impuesto al valor agregado (IVA), y otros impuestos internos sobre el monto recibido desde el país excluido, independientemente del tipo de operación que originó el envío del dinero, y de si se configuró el hecho imponible que da lugar a la imposición de los tributos antes referidos. El receptor de fondos no enfrenta esta presunción cuando los fondos ingresan desde un país beneficiado.

2.9. Para Panamá, la medida de Argentina reúne los presupuestos para ser considerada incompatible con los artículos II:1 y XVII del AGCS, y con el artículo I:1 del GATT.

⁹ Nota de la Secretaría, "Lista de clasificación sectorial de los servicios", de 10 de julio de 1991, documento MTN.GNS/W/120 (Documento W/120). (Prueba documental PAN-6).

¹⁰ Si fueran bancos o entidades financieras argentinas, Panamá entiende que no existe diferente trato concedido. Artículo 93(c)(1), primera oración, de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

¹¹ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975. En este informe el grupo especial señaló expresamente que "[c]uando 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'". Aunque el grupo especial en aquel asunto debía analizar la compatibilidad de la medida al caso con la obligación de trato nacional, Panamá considera que el mismo razonamiento es pertinente a un examen de la obligación de trato NMF.

En *China – Servicios de pago electrónico*, se reiteró este razonamiento.

¹² Artículo agregado al artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario. (Prueba documental PAN-9).

¹³ El contribuyente debe probar que los fondos se originan en: (i) actividades efectivamente desarrolladas por el contribuyente en los países excluidos; (ii) actividades efectivamente desarrolladas por terceros en esas jurisdicciones; o (iii) colocaciones de fondos oportunamente declaradas.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo II:1 del AGCS

2.10. La presunción legal de incremento patrimonial no justificado otorga a los servicios y a los proveedores de servicios de los países beneficiados un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de los países excluidos, en contravención del artículo II:1 del AGCS.¹⁴

2.11. En primer lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS, pues (i) dado que la presunción aplica a todo ingreso de fondos a Argentina desde los países excluidos "cualquiera sea su naturaleza, concepto o tipo de operación de que se trate"¹⁵, la medida cubre todas las transacciones comercio derivadas de la prestaciones de cualquier servicio que requiera una transferencia de dinero desde el país extranjero a Argentina, en particular, los servicios de préstamo o de seguros, entre otros, en modo transfronterizo; y (ii) la medida tiene un efecto sobre el propio objeto o "prestación" del servicio en términos del artículo XVIII(b) del AGCS, así como sobre la "utilización" de los servicios, en términos del XVIII(c)(i) del AGCS, al tener un impacto sobre una parte esencial de cualquier servicio cuyo suministro involucre el envío de fondos a Argentina.

2.12. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. En efecto, si los fondos provienen de los países excluidos, se activa la presunción contemplada en el artículo agregado al artículo 18 de la Ley del Procedimiento Tributario; mientras que si los fondos ingresan a Argentina desde un país beneficiado, ello no genera una presunción de incremento patrimonial no justificado. Por tanto, el requisito de similitud queda satisfecho puesto que la normativa argentina establece un trato diferenciado sustentado únicamente en el origen del servicio o del proveedor del servicio.¹⁶

2.13. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países, pues genera desincentivos para contratar servicios que implican una transferencia de fondos desde los países listados (e.g., servicios de préstamo, transferencia de dinero, seguros), modificando así las condiciones de competencia entre servicios similares y proveedores similares de otros países.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo XVII del AGCS

2.14. En virtud de la medida, Argentina otorga a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que el otorgado a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares, en contravención del artículo XVII del AGCS, en particular en los servicios de: (i) seguros de transporte marítimo y aéreo, y (ii) reaseguro y retrocesión.¹⁷

2.15. En primer lugar, al haber inscrito en su lista de compromisos específicos la palabra "Ninguna" en la columna de trato nacional respecto del modo 1 para los seguros de transporte marítimo y aéreo, y reaseguro y retrocesión, Argentina no ha establecido limitación alguna respecto de la obligación de trato nacional en dicho modo. Debido a este compromiso pleno en cuanto a trato nacional¹⁸, *cualquier* limitación impuesta por Argentina sobre el modo 1 de suministro sería incompatible con el artículo XVII del AGCS.

¹⁴ Ver nota al pie de página 8.

¹⁵ Artículo agregado al artículo 18 de la Ley del Procedimiento Tributario (Prueba documental PAN-9).

¹⁶ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

¹⁷ Según lo establecido por el grupo especial en *China – Servicios de pago electrónico*, una constatación de violación del artículo XVII del AGCS debe basarse en los siguientes tres componentes: (i) el Miembro en cuestión ha asumido compromisos en materia de trato nacional en el sector y modo de suministro pertinentes, teniendo en cuenta cualesquiera condiciones y salvedades, o limitaciones, establecidas en su Lista; (ii) la medida en cuestión es una medida que afecta al suministro de servicios en el modo de suministro pertinente; y (iii) la medida en cuestión otorga a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato menos favorable que el dispensado a los servicios similares y proveedores de servicios similares de origen nacional.

¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 215; e informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.651.

2.16. En segundo lugar, la presunción de incremento patrimonial no justificado es una medida que afecta al suministro de servicios, pues tiene un impacto sobre una parte esencial del servicio, a saber, sobre las cantidades monetarias que el proveedor de servicios (i.e. el asegurador o reasegurador) se ha comprometido a entregar al consumidor del servicio (i.e. el asegurado) en caso de materializarse la circunstancia o siniestro estipulado en el respectivo contrato. Se afecta, por lo tanto, a la "prestación" de estos servicios, en términos del artículo XVIII (b) del AGCS, así como la "utilización" de los servicios, en términos del artículo XVIII (c) (1) del AGCS.

2.17. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable en comparación con el trato que Argentina otorga a sus propios servicios y proveedores de servicios similares. En efecto, en relación con la similitud, dicho requisito 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 de que dichos fondos constituyen un incremento patrimonial no justificado para el receptor local.¹⁹ Asimismo, el trato menos favorable hacia proveedores de servicios de seguro de transporte marítimo y aéreo, y reaseguro y retrocesión ubicados en países excluidos, radica en que, de materializarse la circunstancia o el riesgo acordado, habría una transferencia de fondos hacia Argentina que activaría la presunción de incremento patrimonial con las consecuencias procesales y tributarias antes indicadas. Esta situación tiene una repercusión directa sobre las oportunidades de competir del proveedor del servicio, pues el consumidor argentino optaría por no contratar los servicios ofrecidos por proveedores de los países excluidos, debido a que ello significaría exponerse a un procedimiento probatorio y posibles cargas tributarias. Bajo estas circunstancias, la medida claramente desincentiva la contratación de tales servicios, modificando las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y de los proveedores de servicios de los países excluidos.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo I:1 del GATT

2.18. La medida en cuestión infringe la obligación de trato NMF en materia de comercio de mercancías estipulada en el artículo I:1 del GATT. Ello se debe a que la medida no concede a las exportaciones de productos similares hacia los países excluidos (que impliquen la realización de pagos desde los países listados) la ventaja, favor, inmunidad, privilegio que se le otorga a las exportaciones destinadas a los países beneficiados.²⁰

2.19. En primer lugar, la presunción de incremento patrimonial no justificado en lo que concierne al ingreso de fondos por motivo de pago por exportaciones califica como un "reglamento y formalidad relativa a las exportaciones"²¹ y como una "carga que grava las transferencias internacionales de fondos" efectuadas en concepto de pagos por exportaciones.

2.20. En segundo lugar, en virtud de la medida, el exportador argentino que envía sus mercancías a países beneficiados recibe una ventaja, privilegio o inmunidad en la forma de una exención de las cargas procesales y fiscales mencionadas con respecto a las exportaciones que se destinan hacia los países excluidos. Bajo este orden de ideas, la medida en cuestión da lugar a una ventaja, privilegio o inmunidad en el sentido del artículo I:1 del GATT.

2.21. En tercer lugar, la medida en cuestión afecta a productos "similares" a aquéllos que reciben la ventaja, inmunidad y/o privilegio, toda vez que el único indicador para el trato diferenciado es el país de destino de las exportaciones. En efecto, el requisito de similitud queda satisfecho debido a que la normativa argentina contempla una distinción regulatoria basada *únicamente* en el destino de las exportaciones.²²

¹⁹ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

²⁰ De conformidad con la jurisprudencia aplicable, una determinación de incompatibilidad con esta disposición comprende cuatro elementos: (i) la medida en cuestión debe estar abarcada por el artículo I:1; (ii) la medida en cuestión debe estar vinculada a una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad [...] a un producto originario de otro país o destinado a él"; (iii) existe similitud entre los productos en cuestión; y (iv) la "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos similares originarios de todos los Miembros de la OMC o destinados a ellos. Informe del grupo especial, *UE – Calzado (China)*, párr. 7.99 (haciendo referencia al informe del grupo especial, *Indonesia – Automóviles*, párr. 14.138).

²¹ Informe del grupo especial, *Estados Unidos – Aves de Corral (China)*, párr. 7.410.

²² Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

2.22. Finalmente, Argentina no extiende dicha ventaja, privilegio o inmunidad a las exportaciones dirigidas a los países excluidos. En consecuencia, Argentina incurre en una evidente violación del artículo I:1 del GATT.

2.3. La valoración basada en precios de transferencia es incompatible con los artículos II:1 y XVII del AGCS y con los artículos I:1, III:4 y XI:1 del GATT

2.23. El ordenamiento argentino considera que las transacciones entre un contribuyente argentino y un sujeto domiciliado en alguno de los países excluidos no se ajustan a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, y exige que el contribuyente argentino aplique el régimen de precios de transferencia como si se tratara de una transacción entre partes vinculadas²³, a pesar de que las partes sean independientes.²⁴ En el caso de la importación y exportación de bienes, la norma argentina establece la misma presunción.²⁵

2.24. A consecuencia de ello, el contribuyente que contrate con un sujeto domiciliado en alguno de los países excluidos debe necesariamente someterse al régimen de precios de transferencia, a fin de establecer el valor de las transacciones que reportan ingresos y aquéllas que representan egresos deducibles, para efectos de la determinación de la ganancia neta sujeta al impuesto a las ganancias²⁶.

2.25. En virtud de la aplicación de dicho régimen, el contribuyente argentino que decida contratar con un proveedor de servicios ubicados en un país excluido deberá someterse a un proceso complejo que requiere un conocimiento del marco conceptual de la metodología, el acopio de un significativo volumen de información sobre la transacción en cuestión, así como de otras transacciones "comparables", o del empleo de horas/hombre para comprender lo que se busca, procesar la información adecuada y hacer los cálculos y las comparaciones del caso. Además, la medida exige la contratación de un contador público independiente que haga o refrende los cálculos, y esté avalado por el colegio profesional correspondiente.

2.26. Para Panamá, la medida en cuestión reúne los presupuestos para ser considerada incompatible con los artículos II:1 y XVII del AGCS y con los artículos I:1, III:4 y XI:1 del GATT.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo II:1 del AGCS

2.27. El régimen de precios de transferencia para la valoración de servicios prestados por proveedores de los países excluidos genera desincentivos que otorgan a los servicios y a los proveedores de servicios domiciliados, constituidos o ubicados en los países excluidos un trato menos favorable que el concedido a los servicios similares y a los proveedores similares de otros países, en violación del artículo II:1 del AGCS.²⁷

2.28. En primer lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS, pues afecta a transacciones concluidas entre residentes argentinos y sujetos domiciliados en los países excluidos, bajo la modalidad de comercio transfronterizo, y eventualmente bajo la modalidad de consumo en el exterior.

2.29. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. La medida parte de una distinción regulatoria basada únicamente en el lugar de ubicación de una parte contractual. De ello se desprende que existe similitud entre los servicios y/o proveedores de servicios de los países excluidos, y otros servicios o proveedores de servicios de países beneficiados que no están sometidos a la medida en cuestión²⁸.

2.30. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países. Para el contribuyente argentino, la adquisición de servicios de sujetos de los países excluidos implica requisitos administrativos,

²³ Artículo 15, segundo párrafo, de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

²⁴ Artículo 21 del RIG. (Prueba documental PAN-1).

²⁵ Artículo 8, quinto párrafo, de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

²⁶ Artículo 17 de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

²⁷ Ver nota al pie de página 8.

²⁸ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

cargas económicas y contingencias tributarias, que no son requeridos si optara por contratar los mismos servicios de un proveedor localizado en cualquier país beneficiado, desincentivándolo en ese sentido a contratar bajo tales circunstancias. En consecuencia, al hacer más onerosa la contratación de servicios de proveedores de los países excluidos, la medida en cuestión altera las condiciones de competencia entre servicios similares y proveedores de servicios similares extranjeros.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo XVII del AGCS

2.31. El régimen de precios de transferencia para la valoración de servicios prestados por proveedores de los países excluidos genera un desincentivo a los consumidores argentinos para adquirir estos servicios de proveedores domiciliados, constituidos o ubicados en los países excluidos, colocándolos así en una situación menos favorable que aquélla en la que se encuentran los servicios nacionales similares y proveedores nacionales similares, de manera incompatible con el artículo XVII del AGCS.²⁹

2.32. En primer lugar, salvo lo concerniente a determinados servicios puntuales en el sector de servicios financieros, Argentina adquirió compromisos plenos en materia de trato nacional en comercio transfronterizo en todos los sectores de su Lista³⁰.

2.33. En segundo lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS, pues existen servicios de por medio, y estos servicios se ven afectados por ella, particularmente bajo la modalidad de comercio transfronterizo de servicios profesionales, como los servicios de consultoría jurídica o contable proveídos por prestadores de servicios localizados en los países excluidos.

2.34. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de origen nacional. En relación al requisito de similitud, dicho requisito se verifica por el hecho de que la medida en cuestión parte de una distinción regulatoria basada únicamente en el lugar de procedencia u origen de los servicios.³¹ Asimismo, el trato menos favorable se demuestra por el hecho de que, para el contribuyente argentino, la adquisición de servicios de sujetos de los países excluidos implica requisitos administrativos, cargas económicas y contingencias tributarias significativas, mientras que la adquisición de los mismos servicios de un proveedor localizado en Argentina no conllevaría los mismos requisitos, cargas económicas, y contingencias tributarias. En consecuencia, la medida en cuestión altera las condiciones de competencia entre servicios similares y proveedores de servicios similares de los países excluidos y de origen nacional.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo I:1 del GATT

2.35. La medida en cuestión otorga a las importaciones de los países beneficiados, así como a las exportaciones de productos hacia cualquier país beneficiado, la posibilidad de que sean valoradas como transacciones ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado, sin someterlas a la determinación de precios de transferencias, mientras que la misma ventaja, inmunidad, favor o privilegio no se extiende de manera inmediata e incondicional a las importaciones de productos similares de los países excluidos. En consecuencia la medida es incompatible con el artículo I:1 del GATT.³²

2.36. En primer lugar, 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, pues toda operación de comercio internacional está sometida a este requisito obligatorio según la legislación argentina.

2.37. En segundo lugar, la medida en cuestión afecta a productos "similares" a aquéllos que reciben la ventaja, inmunidad y/o privilegio, toda vez que el único indicador para el trato diferenciado es el país de destino de las exportaciones. En efecto, el requisito de similitud queda satisfecho debido a que la normativa argentina contempla una distinción regulatoria basada únicamente en el destino de las exportaciones.³³

²⁹ Ver nota al pie de página 17.

³⁰ Lista de Compromisos Específicos de Argentina. (Prueba documental PAN-19).

³¹ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

³² Ver nota al pie de página 20.

³³ Véase informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

2.38. En tercer lugar, los bienes comercializados con sujetos de cualquier país beneficiado, no están sometidos al mismo tipo de requisitos y cargas. En el común de los casos, a estas transacciones no les aplica el régimen de precios de transferencia, puesto que se asume que su valor es el convenido entre las partes. En tal sentido, la medida confiere implícitamente a los bienes similares importados de, o exportados hacia, los países beneficiados una ventaja, inmunidad o privilegio en el mercado argentino.

2.39. Finalmente, Argentina no extiende el trato más favorable concedido a los productos importados de cualquier país beneficiado. Similarmente, tampoco ha extendido el trato más favorable concedido a los productos de exportación que se destinan a cualquier país beneficiado.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo III:4 del GATT

2.40. 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 los países excluidos otorga a estos bienes un trato menos favorable que aquél concedido a los bienes nacionales vendidos por sujetos ubicados en Argentina, en contravención del artículo III:4 del GATT.³⁴

2.41. En primer lugar, la medida en cuestión está contenida en leyes, reglamentos y requisitos establecidos por Argentina, pues surge de los artículos 8, 14 y 15 de la LIG, en conjunción con los artículos 21 del RIG, así como los siguientes artículos incorporados a continuación del artículo 21 del RIG, y la Resolución General No. 1122 de la AFIP³⁵.

2.42. En segundo lugar, la medida afecta a productos de los países excluidos, similares a aquéllos comercializados por otros sujetos, incluyendo los productos nacionales comercializados por sujetos ubicados en Argentina, toda vez que la distinción regulatoria para la aplicación de la medida parte de la ubicación de los comercializadores de los bienes (en los países excluidos o no).³⁶

2.43. En tercer lugar, la medida otorga a los productos originarios o procedentes de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los productos similares de origen nacional. En efecto, el sometimiento de las importaciones realizadas con sujetos de los países excluidos 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. Estos requisitos y cargas adicionales constituyen condiciones regulatorias que influyen en la elección del contribuyente de contratar con sujetos de los países excluidos. Por lo tanto afectan a la venta, oferta de venta, compra o uso por parte de importadores reales o potenciales en Argentina de productos de los países excluidos. 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 argentino. En contraste, los productos nacionales vendidos por sujetos ubicados en Argentina no se ven sometidos al régimen de precios de transferencia.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo XI del GATT

2.44. La medida califica alternativamente como una restricción a la importación y exportación de bienes en el sentido del artículo XI:1 del GATT, pues establece condiciones limitantes, consistentes en determinados requisitos y cargas que condicionan y desincentivan la importación de bienes desde los países excluidos, así como la exportación de bienes hacia estos países.³⁷

³⁴ En *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* (párrafo 133), el Órgano de Apelación estableció que una evaluación de conformidad con el artículo III:4 del GATT requiere la determinación de si la medida en cuestión: (i) se refiere a leyes, reglamentos, prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interno de un Miembro; (ii) de si existe los productos importados afectados por la medida en cuestión son "similares" a los productos nacionales; y (iii) de si el trato concedido a los productos importados es menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares.

³⁵ Resolución General No. 1122 de la AFIP (Prueba documental PAN-26).

³⁶ Véase informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

³⁷ Informe del grupo especial, *India – Automóviles*, párrs. 266-268; informe del grupo especial, *Colombia – Puertos de entrada*, párr. 7.252; informe del grupo especial, *China – Materias primas*, párrs. 7.914-7.915.

2.45. La importación de productos desde los países excluidos se ve afectada con consecuencias automáticas: en la determinación del impuesto a las ganancias, el contribuyente argentino deberá someterse al régimen de precios de transferencia, el cual genera sobrecostos y riesgos significativos. No existe forma legalmente válida de evitar estas consecuencias, y la omisión a las obligaciones de información y requisitos conexos acarrea sanciones de diversa índole. Estas condiciones se traducen en un desincentivo a la importación de bienes de los países excluidos.

2.46. Asimismo, la exportación de bienes hacia los países excluidos también se ve afectada por el régimen de precios de transferencia. La aplicación de estas normas y procedimientos desincentiva la exportación de bienes hacia determinados destinos. Esto es así como consecuencia de las cargas administrativas, económicas y contingencias tributarias que la aplicación del régimen de precios de transferencia impone. De esta forma, la medida en cuestión limita la capacidad de compradores de los países excluidos de abastecerse efectivamente de bienes que son producidos en Argentina.

2.4. La regla de imputación de gastos por transacciones con sujetos de los países excluidos es incompatible con los artículos II:1 y XVII del AGCS

2.47. Bajo la legislación argentina, la imputación de gastos relativa a transacciones con cualquier sujeto del exterior para efectos de la determinación de la base imponible sujeta a impuestos se rige en términos generales por la regla de lo "devengado"³⁸, según la cual las ganancias y gastos se imputarán al periodo en que se originaron con independencia del momento en el que las erogaciones se hacen exigibles o efectivas. Sin embargo, si la imputación de gastos proviene de una transacción con un sujeto de algún país excluido, la legislación argentina prevé que no se podrá hacer la deducción de conformidad con la regla de lo devengado.³⁹ En estos casos, la legislación argentina dispone que la imputación se realizará al momento en el que se verifica el pago efectivo de la obligación.⁴⁰

2.48. Por la forma en la que está configurada la medida, la regla de imputación de gastos al momento del pago aplica a todos aquellas transacciones realizadas con proveedores de servicios en los países excluidos que generen ganancias que se consideren como de fuente argentina, entre ellos, los servicios de créditos, préstamos y colocación de fondos.⁴¹

2.49. Para Panamá, la medida en cuestión reúne los presupuestos para ser considerada incompatible con los artículos II:1 y XVII del AGCS.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo II:1 del AGCS

2.50. La regla de imputación de gastos por transacciones de servicios con sujetos de los países excluidos, limita la oportunidad en que se pueden deducir los pagos por servicios prestados por estos proveedores, y les concede un trato menos favorable que aquél concedido a servicios similares y a proveedores de servicios similares de los países beneficiados, en contravención del artículo II: 1 del AGCS.⁴²

2.51. En primer lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS. Ello pues, existen servicios de por medio, como los servicios de crédito, préstamo financiero o colocación de fondos desde los países excluidos, tal y como están referidos en el título V de la LIG⁴³, los cuales se ven afectados por la medida en cuestión. La medida afecta a estos servicios bajo la modalidad de comercio transfronterizo.

³⁸ Artículo 18, párrafo 6, de la LIG, y artículo 18, párrafo 11, de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

³⁹ Artículo 18, último párrafo, de la LIG.

⁴⁰ Alternativamente, el artículo 18, último párrafo, de la LIG, prevé que dicha imputación se efectúe cuando se configure alguno de los casos del párrafo 6 del artículo 18, o en su defecto, si alguna de las circunstancias mencionadas en ese párrafo se configura dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación. (Prueba documental PAN-4).

⁴¹ Según el artículo 1, párrafo tercero, de la LIG, "[l]os no residentes tributan exclusivamente sobre sus ganancias de fuente argentina, conforme lo previsto en el Tít. V." (Prueba documental PAN-4). Los servicios referidos en el título V de la LIG, en particular en los artículos 91 y 93 de la LIG, son los servicios de créditos, préstamos y colocación de fondos.

⁴² Ver nota al pie de página 8.

⁴³ Artículo 93(c) de la LIG. (Prueba documental PAN-4).

2.52. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. Debido a su configuración, la medida parte de una distinción basada en el lugar de procedencia u origen de los servicios que generan las erogaciones en cuestión. En tal sentido, la similitud en este caso se presume, no siendo necesario demostrar la concurrencia de similares factores adicionales.⁴⁴

2.53. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países. El trato menos favorable está dado por el hecho de que la medida en cuestión incrementa la responsabilidad tributaria del consumidor de los servicios –el contribuyente argentino–, lo cual adhiere a los servicios proveídos por sujetos de los países excluidos una condición tributaria y contable que les resta atractivo en el mercado argentino y por ende, oportunidades de competir en igualdad de condiciones frente a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo XVII del AGCS

2.54. La regla de imputación de gastos por transacciones de servicios con sujetos de los países excluidos otorga a los proveedores de los países excluidos y a sus servicios un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares nacionales y a los proveedores de servicios similares nacionales, en contravención del artículo XVII del AGCS.⁴⁵

2.55. En primer lugar, la medida en cuestión afecta a servicios específicos respecto de los cuales Argentina asumió compromisos plenos en materia de trato nacional en comercio transfronterizo.⁴⁶

2.56. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. En efecto, la medida establece una diferenciación regulatoria basada únicamente en el lugar de ubicación, domicilio y/o constitución del proveedor del servicio, razón por la cual la similitud en este caso debe ser presumida.⁴⁷

2.57. Finalmente, la medida otorga un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios excluidos que aquél concedido a los servicios similares y proveedores de servicios similares de origen nacional, pues la aplicación del criterio de lo percibido para la deducción de gastos genera que, para el contribuyente argentino, sea menos atractiva la adquisición de servicios extranjeros. Así, la medida resta a los servicios y proveedores de servicios extranjeros oportunidades de competir en igualdad de condiciones con respecto a servicios y proveedores de servicios nacionales, respecto de los cuales los pagos se podrán seguir imputando bajo el criterio de lo devengado.

2.5. Las restricciones al acceso al mercado argentino de reaseguros y retrocesión son incompatibles con los artículos II:1, XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS⁴⁸

2.58. Argentina mantiene diversas disposiciones en su legislación por las cuales prohíbe de forma absoluta la prestación de servicios de reaseguro⁴⁹ en territorio argentino cuando éstos son suministrados por proveedores de los países excluidos, bajo los modos de comercio transfronterizo (modo 1) y de presencia comercial (modo 3).

2.59. En circunstancias ordinarias, en Argentina el servicio de reaseguro puede ser prestado por proveedores de países beneficiados que cuenten con sucursales, esto es, presencia comercial, en Argentina.⁵⁰ Sin embargo, dicha posibilidad está expresamente negada a los proveedores del

⁴⁴ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

⁴⁵ Ver nota al pie de página 17.

⁴⁶ Lista de Compromisos Específicos de Argentina. (Prueba documental PAN-19).

⁴⁷ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

⁴⁸ Nótese que Argentina modificó sus medidas relativas al reaseguro el mismo día en que Panamá presentó su primera comunicación escrita al Grupo Especial, esto es, el 25 de marzo de 2014.

⁴⁹ Toda referencia hecha únicamente al término "reaseguro" incluye también el servicio de retrocesión, en virtud de la Nota contenida en el Capítulo III de la Resolución No. 35.615 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de 11 de febrero de 2011. (Prueba documental PAN-36).

⁵⁰ Punto 1 del Anexo I de la Resolución 35.615. (Prueba documental PAN-36).

mismo servicio cuando éstos estén constituidos en los países excluidos.⁵¹ Además, en circunstancias excepcionales, los proveedores de servicios de reaseguro de países beneficiados pueden ser autorizados a prestar el servicio de reaseguro en Argentina de forma transfronteriza.⁵² Sin embargo, esta posibilidad está también expresamente negada a los proveedores del mismo servicio cuando éstos estén constituidos en los países excluidos.⁵³

2.60. Para Panamá, la medida en cuestión reúne los presupuestos para ser considerada incompatible con los artículos II:1, XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS.

Incompatibilidad de la medida con el Artículo II:1 del AGCS

2.61. Argentina provee a los servicios y a los proveedores de servicios de reaseguro de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios y a los proveedores similares de servicios de reaseguro de otros países, en contravención del artículo II:1 del AGCS.⁵⁴

2.62. En primer lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS. Ello pues, la prohibición a proveedores de los países excluidos de suministrar servicios de reaseguro de modo transfronterizo y mediante presencia comercial, es una medida que afecta el comercio de servicios de reaseguro llevado a cabo mediante dos de los cuatro modos de suministro previstos en el artículo I:1 del AGCS, al regular la forma y los supuestos en que se permite prestar el servicio de reaseguro en Argentina por parte de proveedores extranjeros.

2.63. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. En efecto, la prohibición se impone *únicamente* a los proveedores de servicios de reaseguro de los países excluidos. Puesto que la única razón para proveer un trato diferenciado con respecto al suministro de servicios de reaseguro es el *origen* del prestador del servicio, se debe entender que la medida afecta a servicios y proveedores de servicios que son "similares" a aquéllos que no se ven abarcados por la misma.⁵⁵

2.64. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países. En efecto, al negar directamente la oportunidad de acceso al mercado de reaseguros argentino a los proveedores de los países excluidos, la medida les sitúa en "grave desventaja competitiva"⁵⁶ frente a los proveedores similares de otros países, los cuales siempre pueden suministrar sus servicios mediante presencia comercial y, en situaciones excepcionales, pueden suministrarlos también de manera transfronteriza.

Incompatibilidad de la medida con los artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS

2.65. Mediante la medida en cuestión, Argentina establece restricciones que conceden un trato menos favorable que aquél previsto en la Lista de compromisos específicos de Argentina, de manera incompatible con el artículo XVI:1 del AGCS, y, en particular, constituyen limitaciones al acceso al mercado argentino inadmisibles bajo el artículo XVI:2(a) del AGCS.⁵⁷

2.66. En modo 1, Argentina ha contraído un compromiso pleno de acceso a los mercados respecto del sector de servicios de reaseguro. Sin embargo, Argentina prohíbe totalmente la prestación de dichos servicios a los proveedores de los países excluidos. Dicha prohibición concede a los proveedores de los países excluidos un trato menos favorable que el previsto en la Lista de compromisos de Argentina, de manera incompatible con el artículo XVI:1 del AGCS, en tanto que constituye una limitación incompatible con el artículo XVI:2(a) de dicho acuerdo. Además, incluso

⁵¹ Punto 18 del Anexo I de la Resolución 35.615. (Prueba documental PAN-36).

⁵² Punto 19 del Anexo I de la Resolución 35.615 y artículo 4 de la Resolución 35.794.

⁵³ Punto 20(f) del Anexo I de la Resolución 35.615. (Prueba documental PAN-36).

⁵⁴ Ver nota al pie de página 8.

⁵⁵ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

⁵⁶ Informe del grupo especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párr. 7.416.

⁵⁷ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.629 (donde se cita el informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.1353). Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párr. 143; e informes de los grupos especiales, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.1354; y *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.511.

si Argentina permitiera el acceso a su mercado de reaseguros de forma transfronteriza a los proveedores de los países excluidos, dicho acceso estaría, en todo caso, limitado y supeditado a pruebas de necesidades económicas, las cuales no aparecen consignadas en la Lista de compromisos de Argentina.

2.67. Por ende, Argentina también concede a los proveedores de servicios 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 mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas es incompatible con el artículo XVI:2(a) de dicho acuerdo.

2.68. En consecuencia, la imposibilidad de que proveedores extranjeros brinden servicios de reaseguro, vía comercio transfronterizo, les concede a estos un trato menos favorable que aquél establecido por Argentina en su Lista de Compromisos, de manera incompatible con los artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS.

2.69. En modo 3, Argentina ha contraído un compromiso de acceso a su mercado respecto del sector de servicios de reaseguro. Ese compromiso no está, al día de hoy, sujeto a limitación alguna. Sin embargo, Argentina prohíbe que los proveedores de los países excluidos suministren el servicio de reaseguro vía modo 3. Dicha prohibición concede a estos proveedores un trato menos favorable que aquél concedido por Argentina en su Lista de Compromisos con respecto al acceso a los mercados en el modo 3, de manera incompatible con el artículo XVI:1 del AGCS y constituye una limitación incompatible con el artículo XVI:2(a) de dicho acuerdo.

2.6. La restricción de acceso al mercado de capitales argentino por parte de proveedores de servicios de los países excluidos es incompatible con el artículo II:1 del AGCS

2.70. De acuerdo a la legislación argentina⁵⁸, los agentes registrados para operar en el mercado de capitales argentino tienen prohibido, como regla general, realizar operaciones en el ámbito de la oferta pública de valores negociables cuando dichas operaciones sean efectuadas u ordenadas por sujetos constituidos, domiciliados o que residen en los países excluidos. Los proveedores de servicios de los países excluidos que requieren del acceso al mercado de capitales para prestar efectivamente sus servicios –como los administradores de carteras– no pueden obtener directamente dicho acceso en virtud de la prohibición impuesta por las Normas de la Comisión Nacional de Valores (CNV). Únicamente si se cumplen las condiciones de que el administrador extranjero esté registrado ante un organismo homólogo a la CNV y de que exista un memorando de entendimiento entre dicho organismo y la CNV, podrá darse curso a operaciones en el mercado de capitales argentino ordenadas por sujetos de los países excluidos.

2.71. Para Panamá, la medida en cuestión reúne los presupuestos para ser considerada incompatible con el artículo II:1 del AGCS.⁵⁹

2.72. En primer lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS. La prohibición de acceso al mercado de capitales argentino por parte de sujetos de los países excluidos es una medida que afecta al comercio de servicios en el sentido del artículo I:1 del AGCS pues: (i) la medida tiene un impacto sobre la provisión de servicios de administración de cartera en uno de los modos previstos en el artículo I:2 del AGCS: el modo transfronterizo (modo 1); (ii) la medida "afecta" el suministro transfronterizo del servicio de administración de carteras en Argentina por parte de proveedores extranjeros, pues tiene consecuencias directas sobre la prestación efectiva del servicio de administración de carteras.⁶⁰ La prohibición establecida por Argentina equivale a una restricción al acceso de dichos administradores al mercado de capitales argentino, afectando en tal sentido la prestación de dicho servicio.

2.73. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. La medida que es objeto del presente reclamo es la restricción impuesta a los agentes registrados argentinos de dar curso a operaciones en el mercado de capitales "cuando sean efectuadas u ordenadas por sujetos

⁵⁸ Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV (Prueba documental PAN-58).

⁵⁹ Ver nota al pie de página 8.

⁶⁰ Si bien 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, dicha disposición impone determinadas obligaciones a los intermediarios autorizados (cuyo servicio es esencial para los administradores de carteras).

constituidos, domiciliados o que residan en [países excluidos]"⁶¹. Así, la propia normativa establece, de forma expresa, que la diferencia de trato vendrá determinada por el origen del proveedor de servicios. Dado que la única razón para proveer un trato diferenciado es el *origen* del prestador del servicio de administración de carteras, debe entenderse que se cumple el requisito de que la medida aplica a proveedores de servicios "similares"⁶².

2.74. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países. En efecto, la medida argentina limita las opciones de inversión de los administradores de cartera de los países excluidos, dado que les restringe el acceso al servicio auxiliar esencial de intermediación bursátil y, en consecuencia, el acceso al mercado de capitales argentino. Así, la imposibilidad práctica de acceder directa y libremente al mercado de capitales argentino sitúa a los administradores de carteras de los países excluidos en una situación de clara desventaja competitiva *vis-à-vis* los administradores de otros países. En adición, la medida desincentiva a los consumidores argentinos a solicitar los servicios de proveedores de los países excluidos, en favor de proveedores de otros países que pueden garantizar el acceso a un mayor número de mercados, desarrollar estrategias de inversión más amplias y diversificadas, y ofrecer precios más competitivos. Ello, por definición, concede a los proveedores del servicio de administración de carteras de los países beneficiados una ventaja competitiva⁶³, la cual no se extiende inmediata e *incondicionalmente* a los proveedores similares de los países excluidos.

2.7. La imposición de mayores requisitos para el registro de sucursales de sociedades de los países excluidos es incompatible con el artículo II:1 del AGCS

2.75. De acuerdo a la legislación argentina, cuando una sociedad extranjera proveniente de un país beneficiado desee inscribir su sucursal en el Registro Público de Comercio de Buenos Aires, la oficina de Inspección General de Justicia (IGJ) sólo solicitará el cumplimiento de los requisitos listados en el artículo 188 de la Resolución 7/2005.⁶⁴ Si una sociedad extranjera proveniente de un país excluido deseara hacer lo mismo, la IGC requerirá no sólo el cumplimiento de tales requisitos, sino que también requerirá acreditación de que la sociedad desarrolla de manera efectiva actividad empresarial económicamente significativa en el lugar de su constitución, registro o incorporación. En otras palabras, se deberá demostrar que la sociedad extranjera realiza actividad empresarial en su lugar de origen, que lo hace de forma efectiva y que dicha actividad es económicamente significativa. A estos efectos, la IGJ podrá exigir que la sociedad acompañe la documentación listada en los incisos (a), (b), (c) y (d) del artículo 192.1.⁶⁵

2.76. En caso de incumplimiento de los requisitos dispuestos por la Resolución 7/2005, la IGJ podrá, en el ejercicio de sus funciones de fiscalización, requerir información y todo documento que estime necesario.⁶⁶ A falta de cumplimiento, la IGJ denegará la inscripción de la sucursal de la sociedad extranjera.⁶⁷

2.77. Para Panamá, la medida en cuestión reúne los presupuestos para ser considerada incompatible con el artículo II:1 del AGCS.⁶⁸

2.78. En primer lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS pues afecta al comercio de servicios en el sentido del artículo I:1 del AGCS⁶⁹ pues: (i) tiene un impacto sobre

⁶¹ Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV. (Prueba documental PAN-58)

⁶² Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

⁶³ Informe del grupo especial, *CE – Banano III (Ecuador)*, párr. 7.239.

⁶⁴ Artículo 188 de la Resolución 7/2005. (Prueba documental PAN-62).

⁶⁵ Adicionalmente, el artículo 192.2 de la Resolución 7/2005 establece que, con respecto a las sociedades provenientes de los países excluidos, la IGJ:

Podrá solicitar a los fines de la individualización de los socios, la presentación de elementos adicionales a los contemplados en los inc. 3 del 188, conducentes a acreditar antecedentes de los socios, comprendidos los que correspondan a condiciones patrimoniales y fiscales de los mismos.

Nótese que mientras que las sociedades de países beneficiados sólo deben identificar a sus socios y sus respectivas participaciones en la sociedad, las sociedades de los países excluidos pueden verse obligadas a proporcionar información relativa a las condiciones personales patrimoniales y fiscales de sus socios. (Prueba documental PAN-62).

⁶⁶ Artículo 6(a) de la LO de la IGJ. (Prueba documental PAN-63).

⁶⁷ Artículo 6(f) de la LO de la IGJ. (Prueba documental PAN-63).

⁶⁸ Ver nota al pie de página 8.

todos los servicios susceptibles de ser prestados en territorio argentino mediante presencia comercial (modo 3); y (ii) "afecta" al comercio de servicios suministrados mediante presencia comercial, pues la misma regula los requisitos que deben cumplirse para el establecimiento de sucursales en territorio argentino, estableciendo además las consecuencias en caso de incumplimiento de tales requisitos. En tal sentido, la medida tiene "un efecto sobre" tales servicios.

2.79. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. En efecto, el hecho determinante para la aplicación del requisito adicional previsto en el artículo 192.1 es el origen de la sociedad extranjera. Así, las sociedades extranjeras, en general, deben cumplir con los requisitos listados en el artículo 188 de la Resolución 7/2005. No obstante, las sociedades de los países excluidos deben cumplir, además, con el requisito adicional de actividad empresarial efectiva previsto en el artículo 192.1 de la misma resolución. Puesto que la única razón para proveer un trato diferenciado con respecto al suministro de servicios de reaseguro es el *origen* del prestador del servicio, se debe entender que la medida afecta a servicios y proveedores de servicios que son "similares" a aquéllos que no se ven abarcados por la misma.⁷⁰

2.80. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países. Así, la medida menoscaba la igualdad de oportunidades de competir entre proveedores extranjeros de distinto origen, y en particular impide las oportunidades de desarrollo y consecución de determinados modelos de negocio que impliquen la presencia en paralelo de una sede en un país listado y una sucursal en Argentina, sin que se haya dado actividad empresarial económicamente significativa previamente al momento de solicitar el registro de la sucursal. Por otra parte, por su propia estructura y diseño, la medida desincentiva el establecimiento de presencia comercial en Argentina por parte de sociedades de los países excluidos. Además, la imposición del requisito registral en cuestión supone una carga administrativa adicional que, por sí misma, repercute negativamente en la posición competitiva de las sociedades de los países excluidos en Argentina.

2.8. La imposición del requisito de autorización cambiaria es incompatible con el artículo II:1 del AGCS

2.81. Un residente del exterior que suministre sus servicios –cualesquiera que éstos sean, excepto servicios financieros– mediante presencia comercial en Argentina, por un tiempo igual o superior a 365 días, puede proceder a repatriar la inversión realizada sin necesidad de obtener previamente la autorización del Banco Central de la República Argentina (BCRA) para acceder al mercado de divisas. Sin embargo, esta excepción al requisito general de conformidad previa del BCRA no se aplica cuando el inversor es un sujeto de los países excluidos.⁷¹ En tal caso, la repatriación de inversiones directas por parte de personas físicas o jurídicas que residan o que estén constituidas o domiciliadas en los países excluidos queda supeditada a la autorización previa del BCRA para poder acceder al Mercado Único Libre de Cambios (MULC) y comprar la remesa de divisas necesaria para dicha repatriación. Puesto que no existe un procedimiento expreso que regule la obtención de esta autorización, el mismo se tramita bajo las normas generales del derecho administrativo argentino, con lo cual la administración cuenta con un amplio plazo (90 días hábiles administrativos, cerca de 4 meses) para emitir una respuesta. La inobservancia de la normativa cambiaria lleva aparejada sanciones penales.⁷²

2.82. Para Panamá, la medida en cuestión reúne los presupuestos para ser considerada incompatible con el artículo II:1 del AGCS.⁷³

2.83. En primer lugar, la medida en cuestión es una medida abarcada por el AGCS, pues afecta al comercio de servicios, en el sentido del artículo I:1 del AGCS pues: (i) tiene un impacto sobre todos los servicios susceptibles de ser prestados en territorio argentino mediante presencia

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párr. 220.

⁷⁰ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

⁷¹ Numeral I de la Comunicación "A" 4940 del BCRA, de 12 de mayo de 2009, en el que se hace referencia al "listado del Decreto 1344/1998", el cual fue incorporado al RIG por el Decreto 1037/2000 y contiene los llamados "países de baja o nula tributación". (Prueba documental PAN-71).

⁷² Comunicación "A" 3471 del BCRA, de 8 de febrero de 2002 (Prueba documental PAN-66)

⁷³ Ver nota al pie de página 8.

comercial (modo 3); (ii) la medida "afecta" al comercio de servicios suministrados mediante presencia comercial, pues regula un aspecto clave del desarrollo de cualquier modelo de negocio que implique la presencia comercial en territorio argentino, a saber, la repatriación de la inversión en los supuestos de venta, liquidación, reducción de capital o devolución de aportes irrevocables por parte de la sociedad. En tal sentido, la medida tiene "un efecto sobre" tales servicios.

2.84. En segundo lugar, los servicios y los proveedores de servicios extranjeros afectados por la medida, son similares a otros servicios y/o proveedores de servicios extranjeros. El requisito de autorización cambiaría para la repatriación de inversiones directas por parte de sujetos de los países excluidos, de conformidad con el numeral I de la Comunicación "A" 4940, se impone *únicamente* cuando el beneficiario del exterior es una persona física o jurídica que reside o está constituida o domiciliada en alguno de los países excluidos. Dado que la única razón para proveer un trato diferenciado con respecto a la repatriación de inversiones directas es el *origen* del prestador del servicio, de conformidad con la jurisprudencia, se cumple el requisito de que la medida aplica a proveedores de servicios "similares"⁷⁴.

2.85. Finalmente, la medida en cuestión concede a los servicios y a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que aquél concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de otros países. Al limitar la salida de capital una vez se ha producido la inversión, la medida tiene el efecto de desincentivar *ab initio* el establecimiento de presencia comercial en Argentina por parte de proveedores de servicios listados. Dichos proveedores no sólo soportan una carga administrativa adicional (i.e. el deber de solicitar la conformidad del BCRA), sino que también soportan el riesgo de ver denegada su solicitud o de verla concedida demasiado tarde. En consecuencia, la medida sitúa a los proveedores de los países excluidos en clara desventaja competitiva, con respecto a proveedores de países beneficiados, a la hora de acceder e instalarse en el mercado argentino.

⁷⁴ Informe del grupo especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párr. 7.975.

ANEXO B-2

SEGUNDA PARTE DEL RESUMEN EJECUTIVO DE LOS ARGUMENTOS DE PANAMÁ

1 INTRODUCCIÓN

1.1. Panamá ha presentado un caso sólido de violación del principio NMF en servicios y en algunos asuntos de mercancías, así como de las obligaciones de trato nacional y de acceso a los mercados. Argentina intenta refutarlo recurriendo a argumentos forzados, claramente insostenibles, y de consecuencias absurdas.

1.2. Argentina, además, intenta justificar las violaciones invocando el artículo XIV(c)(i) y el artículo XIV(d) del AGCS, así como el artículo XX(d) del GATT, y en lo que corresponde a dos de las medidas cuestionadas, la excepción cautelar del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS. Sin embargo, la defensa que plantea Argentina es a todas luces insuficiente. Debido a ello, Panamá considera que el Grupo Especial debería constatar la incompatibilidad de las medidas argentinas con las obligaciones del AGCS y el GATT identificadas por Panamá.

2 ARGUMENTACION JURÍDICA

2.1 Discriminación en la retención al pago por determinados servicios

2.1. La medida de retención sobre el pago realizado por residentes argentinos a sujetos de los países excluidos como contraprestación por servicios de préstamo, crédito u otros que impliquen la colocación de fondos en Argentina, tiene carácter obligatorio y se impone en virtud del artículo 93(c) de la Ley del Impuesto a las Ganancias (LIG). Argentina grava determinadas transacciones entre residentes argentinos y sujetos del exterior con una retención a las ganancias netas derivadas de las mismas. Las operaciones de préstamo, crédito y otros servicios que impliquen la colocación de fondos en Argentina están sometidas a esta retención a las ganancias. Cuando los consumidores argentinos – que no son bancos o entidades financieras – obtienen préstamos, créditos, o en general fondos del exterior, Argentina aplica diferentes cargas tributarias sobre los pagos de los intereses o remuneraciones, dependiendo del lugar de ubicación del proveedor. Si los pagos se destinan a proveedores en países beneficiados, Argentina impone una retención efectiva del 15,05% del monto de los pagos. Sin embargo, si se destinan a países excluidos, Argentina impone una retención efectiva del 35% del monto de esos pagos.

2.1.1 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de la retención al pago por determinados servicios con la obligación de trato NMF del artículo II:1 del AGCS

2.2. Panamá ha establecido en este procedimiento que: (i) la retención discriminatoria es una medida que afecta al comercio de servicios y por lo tanto está abarcada por el AGCS; (ii) la medida afecta a servicios y proveedores de servicios similares de países excluidos y países beneficiados; y (iii) el trato dispensado a los servicios y proveedores de servicios en cuestión de los países excluidos es menos favorable que el aplicable a servicios y proveedores de servicios similares de los países beneficiados. Por lo tanto, Panamá ha demostrado que la medida es incompatible con el artículo II:1 del AGCS.

2.3. Aplicando el estándar jurídico correcto, en el orden establecido por la jurisprudencia¹, Panamá nota que, en cuanto a la cobertura de la medida por el AGCS, la retención es una medida "referente" al pago de un servicio en el sentido del artículo XXVIII(c)(i), y, como tal, es una medida "que afecta al comercio de servicios" en el sentido de esa misma norma y del artículo I:1 del AGCS. Argentina sostiene que no existe comercio de servicios porque Panamá no logra

¹ Argentina ha planteado un estándar jurídico no es acorde al establecido por la jurisprudencia para la evaluación de los reclamos bajo el artículo II:1 AGCS. Panamá considera que el Grupo Especial debería rechazar dicho estándar jurídico y aplicar el estándar correcto, el cual tiene tres elementos y un orden concreto, a saber: (i) la cobertura y aplicabilidad del AGCS; (ii) la similitud entre servicios y proveedores de servicios; y (iii) el trato menos favorable.

identificar con claridad y en concreto los servicios y modos de suministro relevantes² y porque Panamá no ha demostrado que exista suministro real a consumidores en Argentina.³ Los argumentos de Argentina, a juicio de Panamá, están fuera de lugar y en todo caso, no tienen fundamento, ni en el texto de los artículos I y XXVIII del AGCS, ni en la jurisprudencia. Supeditar la aplicación del AGCS a la existencia de comercio efectivo, iría en contra del objeto y fin del AGCS y más bien limitaría su alcance. Sin perjuicio de ello, Panamá deja constancia de que ha cumplido con identificar los servicios objeto de afectación⁴ y de que ha demostrado la existencia de comercio de servicios.⁵ También parece insinuar Argentina que no existe una afectación al comercio de servicios porque Panamá plantea un caso de "efecto teórico" sobre potenciales proveedores de servicios.⁶ No obstante, la afectación se evidencia del propio texto del artículo 93(c) de la LIG y así ha sido reconocido por Argentina.⁷

2.4. En cuanto a la similitud, el centro de la distinción establecido por la medida no es el proveedor o el servicio como tales; es simplemente "el lugar donde está o se encuentra" el proveedor. La jurisprudencia (*China – Publicaciones y productos audiovisuales* y *China–Servicios de pago electrónico*) ha establecido que cuando la única distinción entre proveedores de servicios se basa en el origen, se cumple el requisito de la similitud entre los proveedores en cuestión. Los argumentos de Argentina no desvirtúan la validez jurídica de dicho enfoque. Sin embargo, aun si fuera pertinente recurrir a otros criterios para verificar que la medida afecta a servicios y proveedores de servicios similares, Panamá considera que, aplicando *mutatis mutandis* los criterios observados para esos fines en el comercio de mercancías (a saber, la naturaleza del servicio, la finalidad, las preferencias del consumidor, y la clasificación) una evaluación de los hechos seguiría mostrando la existencia de similitud en los servicios y proveedores afectados por la retención.⁸ Finalmente, al señalar que el origen y su ambiente regulatorio (entendido en esta disputa como la existencia o no de un acuerdo de intercambio de información fiscal entre gobiernos) es un criterio relevante que distingue a los proveedores de servicios, Argentina sugiere la introducción de un análisis de objetivos y efectos (*aims and effects*) para la determinación de similitud. Sin embargo, este criterio ha sido rechazado por el Órgano de Apelación, tanto en el caso del comercio de bienes como en el de servicios.

2.5. Finalmente, contrariamente a lo señalado por Argentina, la demostración de un trato menos favorable no requiere la demostración de efectos reales. Cuando el reclamo se basa en la legislación, lo que se debe examinar es la existencia de un trato menos favorable en el marco regulatorio de Argentina, de forma que altere la igualdad de oportunidades competitivas en el mercado relevante.⁹ Claramente esto se da en el caso de la retención, pues a los proveedores de los países excluidos se les impone sobre sus servicios una carga tributaria mucho más elevada que la impuesta sobre los servicios similares de los proveedores de países beneficiados.

2.1.2 Argentina no demostró que la retención al pago por determinados servicios esté justificada por el artículo XIV(c)(i) del AGCS

2.6. Argentina no ha logrado demostrar que la medida en cuestión está destinada a lograr la observancia de leyes y reglamentos que en sí mismos no sean incompatibles con el AGCS. Argentina mantiene que la retención discriminatoria busca hacer cumplir la LIG, pero no demuestra cómo es que una ley que establece un impuesto a las ganancias, 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. La referencia a la LIG en general –con sus 182 artículos– es insuficiente para cumplir con el estándar del artículo XIV(c)(i) del AGCS y Argentina tampoco ha hecho ningún intento de demostrar que la LIG es compatible con el AGCS. Argentina, de otro lado, no explica cómo es que sus medidas, y en particular la retención discriminatoria, logran la

² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 142.

³ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 143-144.

⁴ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.3, 4.4, 4.30 y 4.31.

⁵ Escrito de Replica de Panamá, párr. 2.99.

⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 145.

⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 109.

⁸ Escrito de Replica de Panamá, párr. 2.132.

⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.22-4.24.

observancia de la LIG. Por el contrario, el análisis del diseño, estructura y arquitectura de la retención discriminatoria muestra que no se trata de una medida de cumplimiento.¹⁰

2.7. En todo caso, Argentina no ha logrado demostrar que la medida sea "necesaria" para lograr la observancia de la LIG. Argentina ha fallado en demostrar que la retención discriminatoria contribuye al fin que Argentina se propone, y que dicha medida no tiene un impacto adverso en el comercio internacional de los servicios en cuestión. Si bien el interés de recaudar tributos puede ser de la máxima importancia para Argentina, 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. Finalmente, en cuanto al *chapeau* del artículo XIV(c)(i) del AGCS, la medida en cuestión constituye un medio de discriminación arbitraria e injustificable entre países en que prevalecen condiciones similares así como una restricción encubierta al comercio de servicios. La medida se aplica de manera arbitraria distinguiendo entre países sobre la base de la cooperación con Argentina, aunque la apertura de negociaciones está supeditada a la discreción de Argentina (recuérdese el ejemplo de Bahrén). Además, no existe motivo para que la retención discriminatoria tenga un alcance más amplio que el relativo a la preocupación que supuestamente da origen a la medida: la situación del auto préstamo.

2.2 Presunción de incremento patrimonial no justificado

2.8. La normativa tributaria argentina contiene la presunción legal de que cualquier ingreso de fondos desde los países excluidos constituye, salvo prueba en contrario, un "incremento patrimonial no justificado" para el receptor de los fondos en Argentina. Ello tiene consecuencias para este sujeto tributario, pues le obliga a pagar el impuesto a las ganancias, el impuesto al valor agregado (IVA), y otros impuestos internos sobre el monto recibido desde el país excluido, independientemente del tipo de operación que originó el envío del dinero, y de si se configuró el hecho imponible que da lugar a la imposición de los tributos antes referidos. Cuando el ingreso de fondos a Argentina se realiza desde países beneficiados, no se genera la presunción de incremento patrimonial no justificado y, por lo tanto, el receptor local de dichos fondos no corre riesgo tributario alguno de enfrentar las consecuencias fiscales del caso.

2.2.1 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de la presunción de incremento patrimonial no justificado con la obligación de trato NMF del artículo II:1 del AGCS

2.9. Panamá ha establecido en este procedimiento: (i) que la presunción de incremento patrimonial no justificado, tal y como consta en el artículo agregado al artículo 18 de la LPT, es una medida que afecta al comercio de servicios cuya prestación implica el ingreso de fondos del exterior, y está abarcada por el AGCS; (ii) que los servicios y proveedores de servicios en cuestión son similares; y (iii) que el trato dispensado a los servicios y proveedores de servicios en cuestión de los países excluidos es menos favorable que el aplicable a servicios y proveedores de servicios similares de los países beneficiados. Por lo tanto, la medida es incompatible con el artículo II:1 del AGCS.¹¹

2.10. Argentina no ha logrado desvirtuar que su medida es violatoria de la obligación de trato NMF prevista en el AGCS. En cuanto a la cobertura, Argentina no ha logrado refutar que la presunción de incremento patrimonial no justificado califica como una medida que afecta al comercio de servicios en el sentido del artículo I:1 del AGCS, y por lo tanto, como una medida abarcada por el AGCS. La medida afecta a todos aquellos servicios cuya prestación o suministro requiera el ingreso de fondos en Argentina, tal como ha sido señalado por Panamá.¹² El argumento de Argentina de que resulta necesario demostrar que existe comercio efectivo entre el reclamante y el demandado para que el AGCS sea aplicable, carece de base en el AGCS y en la jurisprudencia y privaría de todo sentido al propósito del AGCS.

¹⁰ El hecho de que se retenga el tributo al momento de la remisión del pago asegura pago del tributo sobre el sujeto responsable que es el proveedor del extranjero.

¹¹ Al igual que en el caso de la primera medida, Argentina plantea un estándar jurídico no acorde al establecido por la jurisprudencia para la evaluación de los reclamos sobre trato menos favorable en el comercio de servicios, el cual debería ser rechazado por este Grupo Especial.

¹² Primera comunicación escrita de Panamá, párrs. 4.3, 4.4, 4.30 y 4.31.

2.11. En cuanto a la similitud, Argentina afirma que los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos no son similares a aquéllos de los países beneficiados en razón al distinto entorno regulatorio de cada cual, particularmente en lo relativo a la regulación del intercambio de información fiscal con el gobierno argentino.¹³ Como se mencionó anteriormente, la distinción entre proveedores de servicios sobre la base de este "entorno regulatorio" no tiene fundamento. El entorno regulatorio es un factor externo al proveedor de servicios y sólo podría ser relevante en un caso *de facto* en la medida en que sea percibido por el mercado – y no por el regulador – como un factor clave que afecta a la competencia. La única distinción que establece la medida es en razón de la ubicación del proveedor, mas no de la naturaleza de los servicios o del proveedor de los mismos. Por lo tanto, existe evidencia que fluye de la misma normativa argentina, y que objetivamente no permite asumir el carácter diferenciado de los proveedores de los países excluidos y de los países beneficiados en el marco de los servicios cuya prestación implica el ingreso de fondos del exterior (como los seguros, reaseguros, retrocesión y préstamos) como lo pretende hacer creer Argentina basándose en una mera argumentación. Aún si fuera pertinente recurrir a otros criterios para verificar que la medida afecta a servicios y proveedores de servicios de los países excluidos *similares* a los de los países beneficiados, Panamá considera que, tomando en consideración los criterios observados en el comercio de mercancías para determinar la similitud entre productos tampoco habría razón para sostener que los servicios y proveedores de servicios de países excluidos y de países beneficiados no sean similares.¹⁴

2.12. En cuanto al trato menos favorable, la medida constituye una "prescripción adicional" que evidencia, en las circunstancias de este caso –ausencia de prescripción semejante para los ingresos de fondos de países beneficiados– una alteración de las condiciones de competencia y por lo tanto, la existencia de un trato menos favorable.¹⁵ La mera existencia de una presunción de incremento patrimonial no justificado que aplique únicamente a los proveedores de países excluidos es suficiente para alterar la igualdad en las condiciones de competencia entre proveedores de los países excluidos y de los países beneficiados, y por lo tanto da lugar a un trato menos favorable a los primeros. Las estadísticas presentadas por Argentina para refutar la existencia de trato menos favorable no son pertinentes y, en todo caso, confirman que, debido a la dificultad para desvirtuar la presunción, en la mayoría de los casos el contribuyente fracasará en su intento de demostrar la legitimidad de los fondos y quedará, por lo tanto, sujeto a las consecuencias tributarias que conlleva la confirmación del incremento patrimonial no justificado.¹⁶

2.2.2 Argentina tampoco logró refutar el caso *prima facie* presentado por Panamá de que la medida en cuestión es incompatible con el artículo XVII del AGCS

2.13. Argentina no desmiente que adquirió compromisos plenos en materia de trato nacional en modo 1 para los servicios de seguros de transporte marítimo y aéreo, y servicios de reaseguro y retrocesión. No obstante, a pesar de haber asumido dicho compromiso, Argentina aplica la presunción de incremento patrimonial no justificado únicamente sobre los fondos que provienen de compañías ubicadas en países excluidos. En consecuencia, Argentina otorga a las aseguradoras de transporte marítimo y aéreo, y a las reaseguradoras y retrocesionarias de países excluidos un trato menos favorable que el concedido a las aseguradoras y reaseguradoras nacionales similares, de manera claramente incompatible con el artículo XVII del AGCS.

2.14. Panamá ha demostrado que la presunción de incremento patrimonial no justificado es una medida que afecta al suministro de servicios de seguros de transporte marítimo y aéreo, y al suministro de servicios de reaseguro y retrocesión (cuya prestación implica el ingreso de fondos del exterior). En el marco de esta medida, el origen es el único criterio diferenciador entre los servicios y proveedores de servicios en cuestión. En consecuencia, y de conformidad con la jurisprudencia, se verifica la similitud entre proveedores de países excluidos y proveedores nacionales. Finalmente, Argentina no ha refutado que el trato concedido a los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos no es sólo diferente, sino también un trato menos favorable que el concedido a servicios y proveedores de servicios similares argentinos.

¹³ Véase por ejemplo, primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 193 y 220.

¹⁴ Comunicación de réplica de Panamá, párr. 2.278

¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos*, párr. 130.

¹⁶ Comunicación de réplica de Panamá, párr. 2.285.

2.2.3 Argentina no demostró que la presunción de incremento patrimonial no justificado esté justificada en virtud del artículo XIV(c)(i) del AGCS

2.15. Argentina no ha demostrado que la presunción de incremento patrimonial no justificado esté destinada a lograr la observancia de leyes y reglamentos que en sí mismos no sean incompatibles con el AGCS. El objetivo propugnado por Argentina, de "evitar que fondos no declarados o ingresos que deberían haber sido objeto de imposición en Argentina, pero que fueron desviados a jurisdicciones fiscales no cooperadoras, sean repatriados a la Argentina a través de operaciones simuladas entre los mismos titulares beneficiarios o partes relacionadas"¹⁷, no calificaría como un objetivo de "observancia" de la LIG.

2.16. Argentina no ha logrado demostrar cómo es que las prácticas mencionadas impiden presuntamente lograr la observancia de la LIG, ni tampoco cómo es que la presunción de incremento patrimonial no justificado sirve para exigir su cumplimiento. Tampoco ha demostrado que la presunción de incremento patrimonial no justificado sea "necesaria" para lograr la observancia de la LIG. No obstante, incluso si la presunción de incremento patrimonial no justificado constituyera un medio de observancia provisionalmente justificado bajo el subpárrafo (c)(i) del artículo XIV del AGCS, la medida sería, no obstante, 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, pues las distinciones de Argentina basadas en el listado de países beneficiados o "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.

2.2.4 Argentina no demostró que la medida en cuestión esté justificada bajo el artículo XIV(d) del AGCS

2.17. Argentina no ha cumplido con el estándar para la demostración de justificación de una medida bajo el artículo XIV(d) del AGCS.¹⁸ En primer lugar, la presunción de incremento patrimonial no justificado se refiere a determinados impuestos que no son impuestos directos (IVA e impuestos internos). En segundo lugar, la presunción de incremento patrimonial no justificado no está encaminada a asegurar la recaudación del impuesto a las ganancias sobre sujetos del exterior, sino que genera efectos tributarios sobre el receptor de los fondos.¹⁹ Tampoco se trata de una medida sobre la imposición o recaudación del impuesto a las ganancias sobre los servicios en cuestión. Finalmente, la presunción de incremento patrimonial se constituye 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, pues las distinciones de Argentina basadas en el listado de países beneficiados o "cooperadores" para los fines de la transparencia fiscal y el intercambio de información, no reflejan un trato imparcial entre países similarmente situados.

2.2.5 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de la presunción de incremento patrimonial no justificado con el artículo I:1 del GATT ni demostró que dicha medida esté justificada bajo el artículo XX(d) del GATT

2.18. Panamá ha demostrado que la presunción de incremento patrimonial no justificado es una medida que afecta a los pagos por exportaciones y califica bajo el ámbito de aplicación del artículo I:1 del GATT. En cuanto a la cobertura, si bien se trata de una norma que surge en el ámbito tributario, por sus efectos jurídicos regula los pagos por exportaciones (a los cuales considera incrementos patrimoniales no justificados dependiendo de su procedencia). Por ello, desde la perspectiva del artículo I:1 del GATT, la medida en cuestión constituye un "reglamento relativo a las exportaciones" realizadas por parte de sujetos argentinos. En cuanto a la similitud, Argentina no niega que las exportaciones destinadas a los países beneficiados son similares a aquéllas destinadas a los países excluidos. Tampoco habría cabida a una argumentación así dado que en el caso de discriminación con respecto a la exportación, se trata de los mismos productos,

¹⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 280-281.

¹⁸ Para justificar una medida bajo el referido artículo, el 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. Además la medida debe ser aplicada de conformidad con el *chapeu* del artículo XIV del AGCS.

¹⁹ Artículo agregado al artículo 18 de la LPT.

exportados por los mismos sujetos en Argentina. En cuanto al trato menos favorable, la medida en cuestión concede una ventaja, favor, privilegio o inmunidad a productos destinados a los países beneficiados, pues, a pesar de que enfatiza que la presunción es rebatible, Argentina reconoce que la presunción es automática. Como ya señaló Panamá, el cumplimiento de un Miembro de sus obligaciones no puede estar supeditado al acto de un particular.

2.19. Además, Argentina no ha logrado demostrar que la medida respecto de este reclamo esté justificada. Si bien Argentina invocó el párrafo (d) del artículo XX del GATT, no cumplió con identificar leyes o reglamentos específicos cuya observancia se busca lograr a través de la presunción de incremento patrimonial no justificado. Sin esta base, no es posible establecer si la medida 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. En todo caso, la aplicación de la presunción de incremento patrimonial no justificado sobre la base de un listado de países beneficiados que no responde a criterios objetivos, se constituye en un medio de discriminación arbitraria e injustificable entre países en los que prevalecen condiciones similares, de forma incompatible con el *chapeau* del artículo XX(d).

2.3 Exigencia de valoración en base a precios de transferencia para transacciones con los países excluidos

2.20. Cuando se dan transacciones entre partes independientes, y no existe vinculación entre el contribuyente argentino y su contraparte, el valor de una transacción se podrá considerar como de mercado y su valor será determinado conforme a lo pactado por las partes. Esta regla general aplica a las transacciones con sujetos de los países beneficiados y a las transacciones con sujetos nacionales. En cambio, de conformidad con los artículos 8 y 15 de la LIG, si la transacción se realiza entre un contribuyente argentino y un sujeto domiciliado en alguno de los países excluidos, se considera que esa transacción no se ajusta a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, y se exige que el contribuyente argentino aplique el régimen de precios de transferencia como si se tratara de una transacción entre partes vinculadas.

2.3.1 Argentina no ha logrado refutar la incompatibilidad *prima facie* de la valoración en base a precios de transferencia con la obligación de trato NMF del artículo II:1 del AGCS

2.21. Panamá ha establecido en este procedimiento que: (i) la exigencia de valorar servicios de países excluidos sobre la base de precios de transferencia es una medida que afecta al comercio de servicios, y está abarcada por el AGCS; (ii) la medida afecta a servicios y proveedores de servicios similares de países excluidos y países beneficiados; y (iii) el trato dispensado a los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos es menos favorable que el aplicado a servicios y proveedores de servicios similares de los países beneficiados. Por lo tanto, la medida es incompatible con el artículo II:1 del AGCS.²⁰

2.22. En cuanto a la cobertura, la valoración basada en precios de transferencia es una medida que afecta al comercio de servicios y por lo tanto está abarcada por el AGCS.²¹ Contrariamente a lo señalado por Argentina, Panamá ha cumplido con identificar los servicios afectados por la medida. Por la naturaleza amplia de la medida, el reclamo de Panamá abarca todos los servicios concertados entre los contribuyentes relevantes argentinos y proveedores extranjeros. La pretensión de Argentina de importar un requisito de "legitimidad procesal" (consistente en que deba existir comercio efectivo entre el reclamante y el demandado) para que el AGCS sea aplicable, es improcedente. Si bien Argentina alega que no existe una afectación al comercio de servicios porque Panamá plantea un caso de "efecto teórico"²², la mera existencia de la legislación que da forma a la medida es prueba de que existe afectación real en el mercado argentino.

²⁰ Al igual que en el caso de las medidas anteriores, el Grupo Especial debería rechazar el estándar jurídico presentado por Argentina y aplicar el estándar jurídico correcto desarrollado por la jurisprudencia, el cual tiene tres elementos y un orden específico.

²¹ Desde la perspectiva del consumidor, el artículo XXVIII(c)(i) del AGCS califica a medidas "referentes" a la *compra* o *utilización* de un servicio como "medidas adoptadas por los Miembros que afect[a]n al comercio de servicios", y por lo tanto, en virtud del artículo I:1, están cubiertas por el AGCS. Por otra parte, desde la perspectiva del proveedor, la medida afecta al *suministro* de servicios, en particular a la venta, en el sentido del artículo XXVIII(b) del AGCS.

²² Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 145.

2.23. En cuanto a la similitud, la premisa establecida en la LIG es que los sujetos del exterior que hacen transacciones con residentes argentinos son iguales para efectos tributarios. La medida no establece calificaciones o limitaciones sobre la manera en que deba suministrarse el servicio. Lo que la medida establece en el artículo 15 de la LIG es un trato diferenciado basado en el lugar de domicilio, constitución, o ubicación de las personas del exterior que contraten con residentes argentinos, y que "suministren el servicio"; es decir, basado en el lugar de los "proveedores de servicios". En consecuencia, los proveedores de servicios de los países excluidos, son similares a los de los países beneficiados que también concluyen transacciones de servicios con contribuyentes argentinos relevantes, conforme a lo establecido en la jurisprudencia.

2.24. En cuanto al trato menos favorable, Panamá ha demostrado que la medida impone, no una sino varias prescripciones adicionales que evidencian en este caso la existencia de un trato menos favorable. Esto es así ya que a los costos de adquisición de un servicio habrá que agregarle una carga administrativa considerable, costos, trabajo adicional, y un riesgo tributario de existencia cierta por el carácter imperativo del sistema. Argentina alega que en este caso no se ha logrado establecer efectivamente un trato menos favorable pues considera que Panamá no ha demostrado la existencia de comercio efectivo. Este argumento, sin embargo, debería ser descartado al no tener asidero en el AGCS ni en la jurisprudencia.

2.3.1.2 Argentina tampoco logró refutar el caso *prima facie* presentado por Panamá de que la medida en cuestión es incompatible con el artículo XVII del AGCS

2.25. Argentina no desmiente que adquirió compromisos plenos en materia de trato nacional en modo 1 y 2 para la práctica totalidad de servicios previstos en su Lista. Sin embargo, Argentina aplica la valoración en base a precios de transferencia sobre los fondos que provienen de compañías ubicadas en países excluidos y no sobre los que provienen de compañías nacionales. En consecuencia, Argentina otorga a los servicios y proveedores de servicios de países excluidos un trato menos favorable que el concedido a los servicios y proveedores de servicios nacionales similares, de manera claramente incompatible con el artículo XVII del AGCS.

2.26. En primer lugar, Argentina no discute que, salvo en lo concerniente a determinados servicios, Argentina ha adquirido compromisos plenos en materia de trato nacional para todos los sectores de su Lista en los modos 1 y 2.²³ Ello significa que sobre estos servicios y modos Argentina no puede mantener "Ninguna" limitación.²⁴ En segundo lugar, la medida afecta al suministro de estos servicios puesto que "tiene un efecto sobre" la transacción realizada entre el proveedor de servicios y el consumidor local. A la luz del artículo XXVIII(b) del AGCS, la medida afecta a la "venta" de servicios por parte de proveedores de los países excluidos 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). En tercer lugar, dado que el origen del proveedor de servicios es el único elemento que determina la imposición del régimen de precios de transferencia para la valoración de transacciones, se verifica la similitud entre proveedores de países excluidos y proveedores nacionales. Finalmente, Argentina no ha refutado que el trato concedido a los servicios de los países excluidos no es sólo diferente, sino también menos favorable que el concedido a servicios y proveedores de servicios similares argentinos. Dada la obligatoriedad y presunción absoluta de conocimiento de la ley, los contribuyentes argentinos sabrán que las transacciones con proveedores de los países excluidos les generan complejidades, costos y posibles problemas con la AFIP y, ante este desincentivo regulatorio, se afecta las condiciones de competencia entre ellos.

2.3.1.3 Argentina no demostró que el régimen de precios de transferencia esté justificado bajo el artículo XIV(c)(i) del AGCS

2.27. Argentina no probó que el régimen de precios de transferencia esté destinado a lograr la observancia de leyes y reglamentos que en sí mismos no sean incompatibles con el AGCS. La explicación brindada por Argentina en el sentido que sus medidas fiscales (incluyendo la valoración de precios de transferencia) buscan la observancia de legislación tributaria, "incluida la prevención de las 'prácticas engañosas y fraudulentas'"²⁵ y que las leyes y reglamentos que se busca hacer

²³ Existen determinados servicios en los que no se establecieron compromisos en los modos 1 y 2. Ver nota al pie de página 420 del escrito de réplica de Panamá.

²⁴ Escrito de réplica de Panamá, párr. 2.433.

²⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 262.

cumplir son en sí compatibles con el AGCS, y por lo tanto Argentina tiene derecho a establecer medidas que "logren la observancia" con dichas leyes y reglamentos"²⁶, es insuficiente y deficiente a criterio de Panamá. Según Argentina, la ley o reglamento que se busca hacer cumplir con la valoración basada en precios de transferencia es la LIG.²⁷ No obstante, a criterio de Panamá, para cumplir con el estándar del artículo XIV(c)(i) del AGCS, Argentina debió haber demostrado que la LIG es una ley que califica al amparo del inciso (c)(i) del artículo XIV como ley "relativa a la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas". Argentina no hizo intento alguno de demostrar que la LIG es compatible con el AGCS²⁸. Si bien Argentina afirma que sus medidas, incluyendo la exigencia de valoración en base a precios de transferencia, logra la observancia de la LIG²⁹, no explica claramente cómo es que esto sucede, particularmente en lo que concierne a transacciones entre sujetos que claramente no están vinculados y a los que, no obstante, se les aplica la medida en cuestión. Argentina tampoco ha demostrado que la presunción de incremento patrimonial no justificado sea "necesaria" para lograr la observancia de la LIG. Sin perjuicio de lo anterior, la medida constituye un medio de discriminación arbitraria e injustificable entre países que están en condiciones similares a los fines de transparencia fiscal e intercambio de información, al estar basada en distinciones entre países que no reflejan un trato imparcial y neutral con respecto a países que afrontan situaciones similares.

2.3.1.4 Argentina no demostró que el régimen de precios de transferencia esté justificado bajo el artículo XIV(d) del AGCS

2.28. Argentina no ha logrado demostrar que la exigencia de valorar las transacciones en base a precios de transferencia esté debidamente justificada a la luz del artículo XIV(d) del AGCS.³⁰ La valoración en base a precios de transferencia se vincula a la imposición o recaudación del impuesto a las ganancias, el cual Panamá reconoce es un impuesto directo. Sin embargo, esta medida no guarda relación con la recaudación o imposición de tributos sobre servicios o proveedores de servicios de otros Miembros. 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 modo 2 –por tratarse de actividades realizadas fuera de Argentina– no están gravadas con la LIG en virtud del artículo 5 de esta ley.³¹ Además, el régimen de precios de transferencia 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, de forma incompatible con el *chapeau* del artículo XIV(d) del AGCS.

2.3.2 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* del régimen de precios de transferencia con las obligaciones bajo los artículos I:1, III:4 y XI:1 del GATT ni demostró que dicha medida esté justificada bajo el artículo XX(d) del GATT

2.29. En cuanto a la obligación de trato NMF del artículo I:1 del GATT, la exigencia de valoración basada en precios de transferencia es una medida cubierta por el artículo I:1 del GATT que afecta a productos de los países excluidos, similares a los productos de los países beneficiados; y a productos destinados a los países excluidos, similares a los que se destinan a los países beneficiados. En el ámbito de las *importaciones*, la medida concede una ventaja, favor, inmunidad o privilegio a los productos de los países beneficiados, la cual no se extiende de manera inmediata e incondicional a los productos similares de los países excluidos. En el ámbito de las *exportaciones*, la medida concede una ventaja, favor, inmunidad o privilegio a los productos que se destinan a los países beneficiados, la cual no se extiende de manera inmediata e incondicional a los productos similares que se destinan a los países beneficiados.

2.30. En cuanto a la obligación de trato nacional del artículo III:4 del GATT, si bien Argentina y Panamá parecen no tener discrepancias en cuanto al estándar jurídico de aplicabilidad del artículo III:4 del GATT, en cuanto a similitud de los productos, Argentina parecería sugerir que normas que no identifican o distinguen a productos específicos no pueden ser cuestionadas al

²⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 267.

²⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 264.

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, párr. 179.

²⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 264.

³⁰ Ver estándar legal en el pie de página 19 de este Resumen Ejecutivo.

³¹ Prueba documental PAN-4.

amparo del artículo III:4 del GATT porque no es posible evaluar la similitud.³² A Panamá le parece que una medida no tiene que mencionar productos específicos en tanto que afecte a las importaciones en el marco del artículo III:4 del GATT. 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, como ha señalado Panamá a lo largo de esta disputa. Si bien Argentina afirma que los productos importados de los países excluidos y los de origen nacional tienen "diferencias intrínsecas", no ha sustentado tal afirmación.

2.31. En cuanto a la obligación de eliminar restricciones cuantitativas del artículo XI:1 del GATT, Argentina ha señalado que la exigencia de valoración en base a precios de transferencia tiene la naturaleza de un impuesto y, por lo tanto, no está abarcada por el AGCS.³³ Sin embargo, esta afirmación es insostenible. La medida se basa en exigencias metodológicas, formalidades administrativas y costos, pero no impone un tributo como tal. Argentina establece una condición limitante sobre las compras (importaciones) y sobre las ventas (exportaciones), la cual constituye una restricción a la importación y exportación de mercancía, pues la obligatoriedad y conocimiento cierto de la exigencia condiciona las compras de productos de los países excluidos, o las ventas destinadas a estos países, por parte de un contribuyente argentino, mediante cargas y costos adjuntos a los bienes adquiridos de estos países o destinados a los mismos.

2.32. Argentina no ha logrado demostrar que la exigencia de valoración en base a precios de transferencia esté justificada al amparo del artículo XX(d) del GATT. Argentina ni siquiera identifica leyes o reglamentos específicos cuya observancia se busca lograr a través de la aplicación del régimen de precios de transferencia. Sin esta base, no es posible establecer si la medida está destinada y menos si es necesaria para lograr el propósito de cumplimiento que es objeto de protección en virtud del artículo XX(d) del GATT. En todo caso, este régimen no responde a criterios objetivos con respecto a países que enfrentan condiciones similares en materia de transparencia fiscal e intercambio de información, por lo que se constituye en un medio de discriminación arbitraria e injustificable entre países en los que prevalecen condiciones similares, de forma incompatible con el *chapeau* del artículo XX(d) del GATT.

2.4 Imputación de gastos por transacciones con sujetos de los países excluidos

2.33. Para efectos de la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias, un contribuyente argentino puede deducir gastos de diversa índole con miras a obtener la ganancia neta. En general, para la imputación de ganancias y gastos, el criterio fundamental es el de lo "devengado". No obstante, en el caso de los pagos realizados a sujetos de los países excluidos que generan una ganancia de fuente argentina, la normativa tributaria argentina prevé que el contribuyente argentino impute dichos pagos al periodo del momento en que se efectúan.

2.4.1 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de la imputación de gastos al momento del pago con la obligación de trato NMF del artículo II:1 del AGCS

2.34. Panamá ha establecido en este procedimiento que: (i) la regla de la imputación de gastos al momento del pago de determinados servicios de países excluidos, tal y como se deriva del artículo 18, último párrafo, de la LIG, es una medida que afecta al comercio de servicios, y está abarcada por el AGCS; (ii) la medida afecta a servicios y proveedores de servicios similares de países excluidos y países beneficiados; y (iii) el trato dispensado a los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos es menos favorable que el aplicable a servicios y proveedores de servicios similares de los países beneficiados. Por lo tanto, la medida es incompatible con el artículo II:1 del AGCS.

2.35. En cuanto a la cobertura, la medida califica como una medida que afecta al comercio de servicios en virtud de los artículos XXVIII(b), XXVIII(c)(i) y I:1 del AGCS.³⁴ Para Argentina no "hay

³² Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 717-720.

³³ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 728.

³⁴ Desde la perspectiva del consumidor, se trata de una medida que, en virtud del artículo XXVIII(c)(i) del AGCS, califica como una medida referente a la compra o utilización de un servicio, y como tal debe ser considerada como una "medida adoptada por los Miembros que afecte al comercio de servicios". Desde la perspectiva del proveedor, se trata de una medida que afecta al suministro de servicios, y en particular, a la luz del artículo XXVIII(b) del AGCS, la venta de servicios. La desventaja fiscal en que se coloca a los servicios

comercio de servicios" porque Panamá no logró identificar los servicios y modos de servicio que son relevantes para esta diferencia. Panamá ya explicó que por la propia formulación de la medida, se trata de una medida que alcanza sólo a algunos servicios.³⁵ Sin perjuicio de la identificación de la categoría general de servicios, y de algunos servicios específicos, afectados por la medida, Panamá observa que la LIG contempla otros servicios, sea en el Título V o en otras secciones, que también están afectados por la medida al generar ganancias de fuente argentina.³⁶ De otro lado, Panamá considera que se debe descartar el argumento de Argentina de que no hay comercio de servicios porque Panamá no habría demostrado que exista comercio efectivo entre Panamá y Argentina o alternatively, entre otro Miembro discriminado y Argentina.

2.36. En cuanto a la similitud, la distinción de trato que hace Argentina se basa en la duda sobre la existencia de transacciones reales (caso del auto préstamo) y no en la falta de similitud entre servicios o proveedores de servicios de los países excluidos frente a los de países beneficiados. Aún si fuera pertinente recurrir a otros criterios para verificar que la regla de imputación de gastos afecta a servicios y proveedores de servicios de los países excluidos, similares a los de los países beneficiados, Panamá ha abundado en ejemplos de cómo determinados servicios y proveedores de servicios que generan ganancias de fuente argentina debieran ser considerados como similares para los efectos del artículo II:1 del AGCS, según los criterios observados en el comercio de mercancías para determinar la similitud entre productos.

2.37. En cuanto al trato menos favorable, la regla de la imputación de gastos es una medida que afecta las condiciones de competencia entre los proveedores de servicios de los países excluidos y aquéllos de los países beneficiados, en tanto altera las oportunidades de competir de los servicios y proveedores de servicios de los países excluidos y los coloca objetivamente en una situación de desventaja frente a sus competidores de países beneficiados. Argentina sólo ha planteado consideraciones jurídicas³⁷ y Panamá ya ha explicado las razones por las que es improcedente una evaluación de trato menos favorable en términos de volúmenes de comercio efectivamente afectados, sean estos de Panamá o de cualquier país excluido.

2.4.2 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de la imputación de gastos con la obligación de trato nacional del artículo XVII del AGCS

2.38. Argentina no desmiente que adquirió compromisos plenos en materia de trato nacional en modo 1 para ciertos sectores de servicios³⁸ cuyo suministro y cobro genera ganancia de fuente argentina. No obstante, Argentina impone la regla de la imputación de gastos al momento del pago únicamente sobre los servicios suministrados desde países excluidos y no sobre los suministrados por proveedores argentinos. En consecuencia, Argentina otorga a los proveedores de servicios de los países excluidos un trato menos favorable que el concedido a los proveedores de servicios similares de origen argentino, de manera incompatible con el artículo XVII del AGCS.

2.39. La medida afecta a la "prestación" de estos servicios, en términos del artículo XVIII(b) del AGCS, así como a la "utilización" de los servicios, en términos del artículo XVIII(c)(1) del AGCS. En cuanto a la similitud, la medida en cuestión parte de una distinción regulatoria basada únicamente en el lugar de ubicación, domicilio y/o constitución del receptor de los pagos, es decir del proveedor del servicio en cuestión. De nuevo, el origen del proveedor de servicios es el único elemento que determina, para el contribuyente argentino, la imputación de gastos al momento del pago efectivo del servicio o al momento en que se devenga la obligación de efectuar dicho pago. En cuanto al trato menos favorable, dado que la medida en cuestión puede alterar la renta neta sujeta a impuesto por parte de los contribuyentes argentinos, ello genera un desincentivo para las empresas argentinas en sus relaciones con proveedores de servicios situados en los países excluidos, el cual, a la vez, afecta a las condiciones de competencia entre proveedores de servicios *vis-à-vis* proveedores similares situados en Argentina.

del título V de la LIG afecta las condiciones de venta de los servicios relevantes para el proveedor de servicios en el extranjero.

³⁵ Escrito de réplica de Panamá, párr. 2.507.

³⁶ Escrito de réplica de Panamá, párr. 2.508.

³⁷ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 222-236.

³⁸ Escrito de réplica de Panamá, párr. 2.538.

2.4.3 Argentina no demostró que la imputación de gastos al momento del pago esté justificada bajo el artículo XIV(c)(i) del AGCS

2.40. Panamá considera que la explicación de Argentina de que la medida en cuestión está destinada a lograr la observancia de leyes y reglamentos que en sí mismos no son incompatibles con el AGCS es insuficiente y deficiente. Según Argentina, la ley o reglamento que se busca hacer cumplir con la regla de imputación de gastos al momento de pago es la LIG.³⁹ Sin embargo, Argentina debió haber demostrado que la LIG es una ley que califica al amparo del inciso (c)(i) del artículo XIV como ley "relativa a la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas". La LIG impone un tributo a los contribuyentes argentinos pero no es una ley relativa a la prevención de ciertas conductas problemáticas en el mercado, entre agentes de mercado. De otro lado, Argentina no ha establecido que la regla de imputación de gastos al momento del pago es necesaria para lograr algún objetivo de observancia derivado de la LIG. Incluso si la medida en cuestión constituyera un medio de observancia provisionalmente justificado bajo el subpárrafo (c)(i) del artículo XIV, sería, no obstante, un medio de discriminación arbitraria e injustificable entre países que están en condiciones similares a los fines de transparencia fiscal e intercambio de información incompatible con el *chapeau* de esta disposición, debido a la arbitrariedad con la que Argentina establece las distinciones entre países.

2.4.4 Argentina no demostró que la imputación de gastos al momento del pago esté justificada bajo el artículo XIV(d) del AGCS

2.41. La regla de imputación de gastos se vincula a la recaudación del impuesto a las ganancias, el cual Panamá reconoce es un impuesto directo. Sin embargo, esta medida no guarda relación con la recaudación o imposición tributaria sobre servicios o proveedores de servicios de otros Miembros. En general, no está encaminada a asegurar la recaudación del impuesto a las ganancias sobre sujetos del exterior. La imposición o recaudación del impuesto a las ganancias respecto de los servicios que generan ganancia de fuente argentina se realiza a través de los artículos 9 al 13 y el título V de la LIG. Adicionalmente, la regla de imputación de gastos al momento del pago 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, debido a que las distinciones de Argentina no reflejan un trato imparcial y neutral con respecto a países que afrontan situaciones similares en este contexto.

2.5 Restricciones y discriminación en el acceso al mercado argentino de reaseguros y retrocesión

2.42. El hecho de que Argentina, mediante Resolución 38.284 del 25 de marzo de 2014, haya eliminado la prohibición de prestar servicios de reaseguro por parte de entidades de países excluidos es un avance, pues dicha prohibición era claramente incompatible con las obligaciones de Argentina en el marco del AGCS. Panamá observa, no obstante, que las medidas argentinas relativas al reaseguro siguen siendo discriminatorias bajo el artículo II:1 del AGCS, y siguen limitando el acceso al mercado reasegurador argentino en modo 1 en contravención del artículo XVI del AGCS.

2.5.1 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de la discriminación en el acceso al mercado argentino con la obligación de trato NMF del artículo II:1 del AGCS

2.43. En cuanto a la cobertura, Argentina sostiene que Panamá "no ha establecido *prima facie* que exista un comercio de servicios en el sector asegurador en los países no cooperantes y la Argentina" y que "no ha demostrado en qué forma son afectados [los servicios y proveedores de servicios] por la medida que invoca"⁴⁰. No obstante, nada en el texto, contexto y objeto y fin del AGCS respalda la existencia de un supuesto requisito de demostrar la existencia de transacciones específicas de suministro de servicios para presentar un reclamo bajo el artículo II:1 del AGCS. Por el contrario, el argumento de Argentina llevaría al absurdo de que cualquier medida que prohibiera de forma total el comercio de servicios sería inmune al cuestionamiento bajo el AGCS. La medida en cuestión es una medida que reglamenta el comercio de servicios de reaseguros –y, como tal, lo afecta directamente– en el sentido del artículo I:1, y las definiciones provistas en los artículos I:2, XXVIII(b) y XXVIII(c) del AGCS.

³⁹ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 264.

⁴⁰ Primera comunicación escrita de Argentina, párrs. 402 y 406.

2.44. En cuanto a la similitud, la medida argentina provee un trato diferenciado a proveedores de servicios de reaseguro basado única y exclusivamente en su origen (distinción *de jure*). Ningún otro elemento –el tamaño, el capital, el número de trabajadores, etc.– determina que a una reaseguradora en concreto se le aplique un tratamiento u otro. Debido a ello, en aplicación de la jurisprudencia, los servicios y proveedores de servicios deben constatarse similares. En todo caso, en situaciones en las que el distinto trato previsto por una medida es neutral en cuanto al origen de los servicios y proveedores de servicios (distinción *de facto*), la determinación de la similitud deberá basarse en factores relativos a la relación de competencia⁴¹ entre los mismos.⁴² En un caso *de facto*, a diferencia de lo que sostiene Argentina, no deberían tenerse en cuenta diferencias regulatorias (i.e. la existencia o no de acuerdo de intercambio de información con el gobierno argentino) *per se* en el examen de "similitud". La jurisprudencia ha establecido claramente que, en situaciones *de facto*, los servicios y proveedores de servicios son similares cuando "están en relación competitiva unos con otros (o lo estarían si se permitiera que se prestaran en un mercado en particular)".⁴³ La introducción de las diferencias regulatorias como criterio para distinguir entre proveedores de servicios equivaldría a re-introducir el análisis de objetivos y efectos (*aims and effects*) en la determinación de la similitud, un enfoque que, como ya se ha dicho, el Órgano de Apelación ha rechazado de forma categórica.⁴⁴

2.45. En cuanto al trato menos favorable, Argentina reconoce expresamente que sus medidas "establecen un tratamiento diferente" a los proveedores de servicios de reaseguro de países excluidos.⁴⁵ Las modificaciones hechas por Argentina mediante la Resolución 38.284 mantienen el trato diferenciado a proveedores de servicios de reaseguro en función de su origen. El no cumplimiento de estas condiciones implica la denegación de acceso al mercado reasegurador argentino tanto de forma transfronteriza como mediante presencia comercial. Este condicionamiento es contrario al artículo II:1 del AGCS y su sola existencia es suficiente para concluir que la medida de Argentina es incompatible con su obligación de trato NMF bajo el AGCS.

2.5.2 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de las restricciones al acceso al mercado con la obligaciones bajo los artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS

2.46. A pesar de haber adoptado un compromiso sin limitaciones en materia de acceso a los mercados respecto del suministro de servicios de reaseguro de forma transfronteriza, Argentina no permite un acceso pleno a su mercado reasegurador vía modo 1. La propia Argentina reconoce que su normativa prevé la participación de empresas extranjeras en la provisión de servicios de reaseguro en modo 1 sólo "en forma parcial y por los excedentes de lo que considera un umbral para ciertos tipos de riesgo asegurado".⁴⁶ Asimismo, Argentina reconoce que las "reaseguradoras admitidas" sólo podrán ser autorizadas por la SSN a operar en el mercado argentino por riesgos menores de USD 50 millones "cuando por la magnitud y las características de los riesgos cedidos dichas operaciones de reaseguro no puedan ser cubiertas en el mercado reasegurador nacional". Por tanto, se confirma que Argentina establece 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.⁴⁷

2.5.3 Argentina no demostró que la medida esté justificada bajo la excepción cautelar del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS

2.47. Argentina no ha justificado su limitación al acceso al mercado reasegurador argentino por parte de proveedores extranjeros vía modo 1 bajo el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS. En consecuencia, debe entenderse que Argentina concede que su medida incompatible con el artículo XVI del AGCS no está justificada al amparo de la excepción cautelar. Argentina tampoco ha logrado demostrar que la discriminación entre reaseguradoras de distinto

⁴¹ Para empezar, podrían considerarse los criterios de similitud tradicionalmente utilizados en el marco del comercio de mercancías (i.e. las características y naturaleza; la clasificación; la utilidad o finalidad; y las preferencias de los consumidores en cuanto a los servicios en cuestión).

⁴² Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.702.

⁴³ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.700.

⁴⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, p. 27; y *CE – Banano III*, párr. 241.

⁴⁵ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 412. (subrayado añadido)

⁴⁶ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 458. (subrayado añadido)

⁴⁷ Esta conclusión se confirma a la luz de la Nota de la Secretaría de la OMC sobre las pruebas de necesidades económicas (S/CSS/W/118 de 30 de noviembre de 2001).

origen, incompatible con el artículo II:1 del AGCS, esté justificada bajo la excepción cautelar. En primer lugar, Argentina no ha probado que su medida constituya una "reglamentación nacional" que caiga bajo el alcance de la excepción cautelar, tal y como lo requiere el título del párrafo 2 del Anexo. Además, en todo caso, la medida argentina pretende obligar a los Miembros a revelar información, de manera contraria a lo previsto en el párrafo 2(b). En segundo lugar, Argentina no ha evidenciado que su medida haya sido realmente adoptada "por motivos cautelares". En tercer lugar, puesto que Argentina crea su lista de países "cooperadores" de una forma que pareciera aleatoria ya que no responde al efectivo intercambio de información, Argentina ha fallado en demostrar que su medida no se utiliza como medio de eludir sus compromisos y obligaciones.

2.6 Discriminación en el acceso al mercado de capitales argentino

2.48. Esta medida va dirigida a los intermediarios bursátiles autorizados a operar en el mercado de capitales argentino y les obliga a no cursar operaciones que vengan ordenadas por sujetos de países excluidos, salvo que cumplan una doble condición que consiste en: (i) revestir 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 Nacional de Valores (CNV); y (ii) acreditar que el organismo de su jurisdicción de origen ha firmado memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la CNV.

2.6.1 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de la discriminación en el acceso al mercado con la obligación de trato NMF del artículo II:1 del AGCS

2.49. En cuanto a la cobertura, al obligar a los intermediarios bursátiles argentinos a no "vender" sus servicios de intermediación con el mercado de capitales argentino a los países excluidos, y al permitirles al mismo tiempo realizar operaciones directamente cuando vengan ordenadas por administradores de países beneficiados, la medida "afecta" claramente a aquellos servicios que requieran del acceso al mercado financiero argentino. Argentina no ha tenido ningún problema en identificar el comercio de servicios pertinente a este reclamo: los servicios de administración de cartera prestados a consumidores argentinos por parte de proveedores extranjeros de manera transfronteriza o modo 1.⁴⁸ En todo caso, y aunque no es necesaria la demostración de que existen proveedores que reciben o pueden recibir el impacto de la medida, Panamá ha puesto numerosos ejemplos de entidades que pueden prestar servicios de administración de cartera o de portafolio de inversión a clientes argentinos de forma transfronteriza.⁴⁹

2.50. En cuanto a la similitud, se cumple el requisito de que los proveedores de servicios son similares porque la medida provee un trato diferenciado a proveedores de servicios de administración de cartera basado exclusivamente en su origen (*distinción de jure*).⁵⁰ Argentina sostiene que sus medidas no distinguen exclusivamente en función del origen, puesto que proporcionan una base objetiva, i.e., si dichas jurisdicciones son consideradas cooperadoras o no a los fines de la transparencia fiscal. No obstante, el *motivo* por el cual un Miembro distingue entre orígenes es irrelevante a la hora de determinar si una medida está basada o no en el origen.

2.51. En cuanto al trato menos favorable, Argentina impone condiciones expresas a los administradores de cartera de los países excluidos si quieren acceder al mercado de valores argentino. El cumplimiento de dichas condiciones –que no se imponen a los administradores de otros orígenes– estará monitoreado presumiblemente por los intermediarios bursátiles argentinos, los cuales sólo cursarán operaciones cuando se acredite el cumplimiento de las mencionadas condiciones. La jurisprudencia es muy clara al respecto, ningún Miembro puede supeditar ventajas (en este caso, el acceso directo al mercado de capitales) al cumplimiento de condiciones.⁵¹

2.6.2 Argentina no demostró que la medida en cuestión está justificada bajo la excepción cautelar del párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS

2.52. Argentina no ha logrado demostrar que la discriminación entre administradores de cartera de distinto origen, incompatible con el artículo II:1 del AGCS, está justificada bajo la excepción

⁴⁸ Primera comunicación escrita de Argentina, párr. 142.

⁴⁹ Primera comunicación escrita de Panamá, notas 446, 447, 448, 467 y 468.

⁵⁰ Artículo 5 de la Sección III del Título XI de las Normas de la CNV.

⁵¹ Véase, en el marco del comercio de mercancías, los informes de los grupos especiales, *Indonesia – Automóviles*, párr. 14.143 y *Canadá – Automóviles*, párrs. 6.13-6.15.

cautelar. En primer lugar, Argentina no ha probado que su medida constituya una "reglamentación nacional" que caiga bajo el alcance de la excepción cautelar, tal y como lo requiere el título del párrafo 2 del Anexo. La medida, en todo caso, pretende obligar a los Miembros a revelar información, de manera contraria a lo previsto en el párrafo 2(b). En segundo lugar, Argentina no ha evidenciado que su medida haya sido realmente adoptada "por motivos cautelares". En tercer lugar, a la luz del sistema caprichoso que Argentina utiliza para listar a países como "cooperadores", Argentina ha fallado en demostrar que su medida no se utiliza como medio de eludir sus compromisos y obligaciones bajo el AGCS.

2.7 Discriminación en la imposición de requisitos para el registro de sucursales

2.53. Cuando una sociedad de un país excluido solicite inscribir su sucursal en el Registro Público de Comercio de Buenos Aires, la IGJ no sólo solicitará el cumplimiento de los requisitos listados en el artículo 188, sino que, también requerirá "acreditación de que la sociedad desarrolla de manera efectiva actividad empresarial[I] económicamente significativa" en su lugar de origen. A estos efectos, la IGJ podrá exigir que la sociedad acompañe la documentación listada en los incisos (a), (b), (c) y (d) del artículo 192.1 de la Resolución 7/2005.

2.7.1 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de los requisitos para el registro de sucursales con la obligación de trato NMF del artículo II:1 del AGCS

2.54. En cuanto a la cobertura, resulta evidente que los requisitos registrales necesarios para que una sucursal extranjera pueda operar en Buenos Aires constituyen una "medida referente a la presencia comercial" y, por ende, una "medida que afecta al comercio de servicios" de conformidad con las definiciones previstas en el artículo XVIII(c) del AGCS. En cuanto a la similitud, se cumple el requisito de que los proveedores de servicios son "similares" puesto que la propia medida provee un trato diferenciado a sociedades proveedoras de servicios en función única y exclusivamente de su origen (*distinción de jure*). La Resolución 7/2005 de la IGJ, por sus propios términos, impone un tratamiento general a todas las sociedades extranjeras que deseen inscribir su sucursal en el registro de Buenos Aires (artículo 188), pero dispone un tratamiento específico adicional a las "[s]ociedades provenientes de países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" (artículo 192). Si se determinara que la medida no hace distinciones basadas únicamente en el origen sino en otros factores (*distinción de facto*), la determinación de la similitud debería basarse en el análisis de la relación de competencia.⁵² Pero incluso en un caso de *facto*, no deberían tenerse en cuenta diferencias regulatorias *per se* en el examen de "similitud" ya que éstas sólo son pertinentes en tanto afecten la relación de competencia.⁵³ Dada la amplitud de la medida, Argentina tendría que probar que los consumidores de *cualquier* servicio (jurídico, de arquitectura, de contabilidad, etc.) perciben de forma distinta a sus proveedores (despacho de abogados, de arquitectos, de contables, etc.) en función de si sus respectivos gobiernos han negociado un acuerdo de intercambio de información tributaria con Argentina o no. En cuanto al trato menos favorable, el trato diferente y más gravoso para las sociedades de países excluidos surge del propio texto de la Resolución 7/2005. La demostración de efectos reales no es necesaria, como se ha señalado anteriormente. Finalmente, el concepto de "trato menos favorable" en el marco del artículo II:1 del AGCS no incluye un examen de si el efecto perjudicial de la medida se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, como sostiene Argentina.

2.7.2 Argentina no demostró que la medida en cuestión esté justificada bajo el artículo XIV(c)(i) del AGCS

2.55. Argentina no logró demostrar que su medida relativa al registro de sucursales es "necesaria[]" para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del [AGCS], con inclusión de los relativos a: i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios". En consecuencia, Argentina no logró demostrar que dicha medida está provisionalmente justificada bajo el artículo XIV(c)(i) del AGCS. Argentina no ha logrado demostrar que la discriminación en la inscripción en el registro de sucursales se aplica de conformidad con el *chapeau* de dicha disposición. Panamá sostiene que la medida argentina relativa al registro de sucursales se aplica en forma que "constituy[e] un medio de discriminación

⁵² Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.702.

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 119.

arbitrario o injustificable entre países en que prevale[cen] condiciones similares", de manera incompatible con el *chapeau* del artículo XIV(c)(i) del AGCS.

2.8 Discriminación en la imposición del requisito de autorización cambiaria

2.56. La medida argentina ofrece un trato distinto en cuanto a la repatriación de la inversión directa, en función de si el proveedor beneficiario del exterior es de un país considerado por Argentina como cooperador a los fines de la transparencia fiscal o no cooperador. Esta diferencia de trato se da en todos los sectores de servicios, con excepción de los servicios financieros.

2.8.1 Argentina no logró refutar la incompatibilidad *prima facie* de la discriminación del requisito de autorización cambiaria con la obligación del artículo II:1 del AGCS

2.57. En cuanto a la cobertura, la medida de Argentina, en tanto que regula el desmantelamiento de presencia comercial en territorio argentino, es una medida "*referente a la presencia comercial*", en el sentido del artículo XXVIII(c)(iii) del AGCS. En consecuencia, se trata de una medida que afecta al comercio de servicios y que, por ende, cae bajo la aplicación del AGCS en virtud del artículo I:1 de dicho acuerdo. En cuanto a la similitud, la medida establece una distinción *de jure*, en la cual el único elemento que vincula la imposición del requisito adicional con el proveedor o beneficiario es su país de origen. No obstante, el origen, por sí solo, no altera la similitud entre servicios y proveedores de servicios. Aun si se determinara que la medida argentina no hace distinciones basadas únicamente en el origen sino en otros factores (distinción *de facto*), la determinación de la similitud debería basarse en el análisis de las relaciones de competencia,⁵⁴ sin que sean relevantes *per se* las diferencias regulatorias se en el examen de "similitud".⁵⁵ En cuanto al trato menos favorable, al limitar la salida de capital una vez se ha producido la inversión, la medida Argentina tiene el efecto de desincentivar *ex ante* el establecimiento de presencia comercial en Argentina por parte de proveedores de servicios de países excluidos. A diferencia de los proveedores de países beneficiados, su decisión inicial de instalar presencia comercial en Argentina se verá afectada negativamente por una medida que, ya desde el inicio, prevé de forma general y prospectiva un trato discriminatorio en cuanto a la recuperación del capital invertido y la salida del mercado argentino.

2.8.2 Argentina no demostró que la medida en cuestión esté justificada bajo el artículo XIV(c)(i) del AGCS

2.58. Argentina no ha logrado demostrar que su medida relativa a la repatriación de inversiones es "necesaria[]" para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del [AGCS], con inclusión de los relativos a: i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios". En consecuencia, Argentina no logró demostrar que dicha medida está provisionalmente justificada bajo el artículo XIV(c)(i) del AGCS. Argentina tampoco ha logrado demostrar que la medida se aplica de conformidad con el *chapeau* de dicho artículo. Merece destacarse que Argentina no ha presentado ningún argumento relativo al *chapeau* del artículo XIV en su escueta defensa de la medida relativa a la repatriación de inversiones. A juicio de Panamá, 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.

⁵⁴ Informe del grupo especial, *China – Servicios de pago electrónico*, párr. 7.702.

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párr. 119.

ANEXO B-3**PRIMERA PARTE DEL RESUMEN EJECUTIVO DE LOS ARGUMENTOS DE ARGENTINA****I. Introducción**

1. Este es un caso que no debió ser sometido a consideración del OSD. Las alegaciones de Panamá en esta controversia pretenden confrontar las obligaciones asumidas por los Miembros en el AGCS y en el GATT 1994 con los compromisos multilaterales en materia de lucha contra prácticas fiscales nocivas, que involucra actualmente a más de ciento veinte países y jurisdicciones fiscales en el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales ("Foro Global") -la mayoría de los cuales son también miembros de la OMC-, así como a los mandatos del G-20 dirigidos a la aplicación de estándares internacionales en materia de reglas anti-abuso.

2. Panamá cuestiona la aplicación por Argentina de medidas anti-abuso que son herramientas esenciales para hacer cumplir las leyes de impuestos nacionales, garantizar la imposición y recaudación de impuestos, prevenir las prácticas fraudulentas, de evasión y elusión fiscal, así como la erosión de las bases imponibles nacionales. Asimismo, garantizan la integridad y la estabilidad del sistema financiero global. Las medidas cuestionadas están dirigidas a nivelar las condiciones de competencia en el mercado internacional de los servicios financieros y otros servicios entre los prestadores de servicios de países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y los prestadores de servicios de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal que no se encuentran sometidos a la supervisión y fiscalización de las autoridades argentinas en los países no cooperadores por falta de acuerdos de intercambios de información mientras que sí están sometidos a dicha supervisión y fiscalización permanente los prestadores de servicios en la Argentina y los prestadores de servicios de los países cooperadores. Estas dos calidades diferentes reciben un tratamiento normativo diferente.

3. Panamá ha decidido abordar en su primera comunicación escrita (PCE) una diferencia nueva y distinta a la que fuera objeto de la solicitud de consultas y que 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")".¹

4. Panamá alega en su PCE un supuesto "trato discriminatorio" respecto de un supuesto interés de terceros Miembros. En efecto, las medidas anti-abuso cuestionadas no se aplican en la actualidad a Panamá, a partir de su incorporación en la calidad de jurisdicciones cooperantes a los fines de la transparencia fiscal del Dec. 589/2013, al encontrarse abarcado por el supuesto de "inicio de negociaciones" de intercambio de información fiscal con Argentina² al que arribaron los Cancilleres de Panamá al momento de la entrada en aplicación de dicho Decreto, el 1 de enero de 2014. Panamá se ha comprometido internacionalmente a que medidas defensivas como las que están en litigio en la presente diferencia deben aplicarse contra las jurisdicciones no cooperantes y más aún que debe coordinarse su aplicación. En abril de 2012 Panamá aceptó los principios del Foro Global y destacó la iniciativa multilateral para hacer cumplir las normas que garantizan la "equidad y la no discriminación entre todos los países y jurisdicciones, miembros y no miembros de la OCDE, entre países miembros y no miembros de la OCDE, 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".³ El Decreto 589/2013 ha

¹ Solicitud de Consultas de Panamá, documento WT/DS453/1.

² Comunicado Conjunto Argentina-Panamá, 28 de noviembre de 2013, ARG-3 y Comunicado del MRE de Panamá del 28 de noviembre de 2013, ARG-4.

³ En abril de 2012 Panamá aceptó los principios del Foro Global y destacó la iniciativa multilateral para hacer cumplir las normas que garantizan la "equidad y la no discriminación entre todos los países y jurisdicciones, miembros y no miembros de la OCDE, entre países miembros y no miembros de la OCDE, 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". (Carta del Ministro de Economía y Finanzas de Panamá al Secretario General de la OCDE del 15 de abril de 2002, p.1 *in fine* y p.2. ARG-8.

materializado un cambio de paradigma en la normativa argentina al haber incorporado la calidad de país cooperador a los fines de la transparencia fiscal basado en el resultado del accionar conjunto de Argentina y de sus socios relevantes por cuanto esa calidad resulta de un acuerdo de intercambio de información, a partir de su negociación, suscripción y efectiva aplicación. Esta normativa refleja la adaptación de la Argentina a la evolución de la normativa internacional en la materia.

5. La crisis financiera mundial a partir de 2007 puso de relieve la importancia que el G-20 le asignó a la iniciativa del Foro Global y que la falta de cumplimiento de los estándares internacionales requiere la aplicación de medidas anti-abuso a nivel nacional y también en forma coordinada para enfrentar los riesgos que afectan al sistema financiero internacional.⁴

II. Medidas en litigio

6. Panamá cuestiona varias medidas de índole impositiva, también medidas vinculadas a reaseguros; al registro de sociedades extranjeras; a la repatriación de inversiones; y a instrumentos del mercado de capitales. Las medidas en litigio en la presente diferencia han sido elaboradas por la República Argentina para hacer frente a los efectos que provoca la competencia fiscal nociva y responden a preocupaciones prudenciales en materia de regulación financiera. Estas medidas están estrechamente relacionadas con un conjunto de normas anti-abuso y mecanismos internacionales que se remontan a casi 20 años atrás.⁵ Las medidas defensivas cuestionadas por Panamá son la respuesta necesaria, adecuada y proporcional a los riesgos creados por la imposibilidad de acceder a la información sobre los beneficiarios finales respecto de operaciones que involucran a jurisdicciones no cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal.⁶

7. Argentina plantea que Panamá no ha logrado establecer una presunción prima facie de que el AGCS sea aplicable a las medidas en litigio, fundamentalmente porque para que una medida afecte al "comercio de servicios" tal como el artículo 1.2 del AGCS dispone, el Miembro reclamante debe demostrar que hay comercio de servicios pertinentes por medio de uno o más de los cuatro modos de suministro. Panamá en su P.C.E. no identifica con claridad qué es lo que considera que son los servicios y modos de suministro en cuestión en la presente diferencia. Tampoco supera el umbral mínimo de evidencia de que exista comercio de cualquiera de estos servicios en los modos identificados del suministro. En consistencia con la forma en que el Órgano de Apelación abordó esta cuestión en "Canadá – Autos", 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).⁷ Pero incluso si el umbral de aplicación del AGCS podría 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 un comercio en cualquiera de los servicios pertinentes en los modos de suministro identificados. En ausencia de tal demostración, Panamá no ha demostrado que hay comercio de los servicios y modos de suministro pertinentes que pueden ser "afectados" por las medidas cuestionadas en la presente diferencia. Por lo tanto, no ha demostrado prima facie la aplicabilidad del AGCS a las medidas en cuestión.

8. Asimismo, Argentina subraya que no tiene conocimiento de alguna diferencia anterior en el marco del AGCS en la cual se haya atacado un sistema de regulación nacional sobre la base de su efecto teórico sobre hipotéticos proveedores de servicios y menos aún sobre hipotéticos proveedores de servicios distintos al reclamante.

9. Panamá no ha logrado demostrar que los servicios y proveedores de servicios similares de origen panameño reciben un trato menos favorable bajo las medidas en cuestión. Los Artículos II y XVII del AGCS, requieren una demostración de que las medidas en cuestión otorgan un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios originarios del Miembro reclamante. La interpretación del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en EE.UU. - Cigarrillos de clavo de olor

⁴ G-20, Comunicación de los Líderes, Londres 2009, ARG-1.

⁵ El Informe de OCDE de 2001 observa que "un marco de medidas defensivas coordinadas es un medio por el cual los países con preocupaciones similares pueden apoyar los esfuerzos de los demás para contrarrestar los efectos de las prácticas fiscales nocivas", párr.47. ARG-7. PCE Argentina pfs.48-51.

⁶ PCE Argentina, pfs. 102 -127.

⁷ Ver Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Autos*, pfs. 157.

se aplica a fortiori a cualquier reclamación de trato nacional o trato de NMF bajo el AGCS, especialmente a la luz del hecho de que el AGCS (a diferencia de los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías) ha detallado las disposiciones relativas a la nacionalidad y el origen de los servicios y proveedores de servicios. Como se discutió anteriormente, y como el Grupo Especial reconoció en CE - Banano III, estas disposiciones son fundamentales para la operatividad del AGCS y definen el alcance potencial de cualquier reclamación que alegue que no se ha otorgado NMF o trato nacional. Es el trato otorgado a los servicios y a los proveedores de servicios del Miembro reclamante el que debe compararse con el trato otorgado a los servicios y proveedores de servicios similares "de cualquier otro país" (en el caso del Artículo II) o en los servicios y proveedores de servicios similares de origen nacional (en el caso del artículo XVII).

10. Esta conclusión interpretativa afecta tanto al análisis de "servicios similares" como al de "trato menos favorable" de los artículos II y XVII. Como requisito previo, el Miembro reclamante debe identificar los servicios y proveedores de servicios de su jurisdicción que sean objeto de su reclamación en virtud del artículo II o el artículo XVII, y luego demostrar que esos servicios y proveedores de servicios son "similares" al grupo de referencia propuesto de servicios y proveedores de servicios "de cualquier otro país" (en el caso del Artículo II) o los propios "servicios y proveedores de servicios similares" del Miembro demandado " (en el caso del artículo XVII). Luego de haber establecido la "similitud" de estos dos grupos, el Miembro reclamante debe entonces demostrar que los servicios y los proveedores de servicios de su jurisdicción reciben un tratamiento que es "menos favorable" que el concedido a los servicios y a los proveedores de servicios de la determinado "otro país" o que el concedido a los servicios y proveedores de servicios de origen nacional.⁸

11. Panamá incluso si pudiera invocar los Artículos II y XVII en relación con servicios y prestadores de servicios no panameños ni siquiera ha intentado hacer esta demostración y por lo tanto no ha establecido una presunción prima facie de inconsistencia con dichos artículos. El argumento completo de Panamá sobre los artículos II y XVII descansa en la premisa de que no tiene ninguna obligación de demostrar que los servicios y los proveedores de servicios de cualquier Miembro de la OMC son "similares" a los de cualquier otro país o a los de origen nacional, ya que las medidas en cuestión supuestamente proporcionan un trato diferenciado a los servicios y proveedores de servicios de determinados Miembros "únicamente... en razón de su origen". La afirmación de Panamá de que las medidas en cuestión otorgan un trato diferenciado exclusivamente sobre la base del origen no es más que eso- una mera afirmación. Panamá no se involucra en ningún análisis de la base real sobre la que Argentina determina que las jurisdicciones particulares deben considerarse cooperativas o no cooperativas con el propósito de determinar qué servicios y proveedores de servicios están sujetos a la aplicación de las medidas en cuestión. El Decreto 589/2013 aplica criterios objetivos e internacionalmente reconocidos para determinar qué servicios y proveedores de servicios se originan en jurisdicciones que no participan en la transparencia y el intercambio efectivo de información fiscal. Estos criterios se refieren a características de la competencia y de regulación de los servicios y proveedores de servicios afectados, y no resultan en un trato diferenciado basado exclusivamente en el origen.⁹

12. Argentina considera que las diferencias regulatorias entre los servicios y los proveedores de servicios son relevantes para el examen de la "similitud", aunque esas diferencias no se reflejen plenamente en el mercado. Los reguladores pueden tener que diferenciar entre los proveedores de servicios, precisamente porque los actores en el mercado no están tomando debidamente en cuenta las diferencias regulatorias que afectan a la naturaleza del servicio que se presta. Por ejemplo, los consumidores no pueden distinguir suficientemente entre los bancos que están sujetos a supervisión prudencial continua y los bancos que no lo están, o entre los médicos que mantienen suficiente seguro de mala praxis y los médicos que no lo hacen. El objeto y fin del AGCS sugiere que este tipo de diferencias regulatorias deben entrar en el examen de la "similitud" en la medida en que sean relevantes en un caso particular, y con independencia de que esas diferencias afecten a las relaciones de competencia en el mercado. este es un caso en el que las diferencias regulatorias afectan de manera significativa las relaciones de competencia entre los servicios y los proveedores de servicios de que se trate. Los servicios y proveedores de servicios en las jurisdicciones que se adhieren a los estándares internacionales de transparencia e intercambio efectivo de información fiscal se encuentran en una posición competitiva fundamentalmente diferente de los servicios y proveedores de servicios en jurisdicciones que no se

⁸ PCE Argentina pfs. 162-63.

⁹ PCE Argentina pfs. 172-74.

adhieren a estos estándares. Por lo tanto, mientras que hay una cuestión de interpretación importante de si las diferencias regulatorias tienen un significado independiente al examen de la "similitud" en el marco del AGCS, este es un caso en el que la declaración del Órgano de Apelación en EE.UU. - Cigarrillos de clavo de olor es clara y directamente aplicable.¹⁰

13. El origen de los servicios y proveedores de servicios es potencialmente relevante para el examen de si los servicios y proveedores de servicios son "similares" en el sentido de los artículos II y XVII. Por lo tanto, la afirmación de Panamá de que no se le requiere que haga una demostración de la "similitud" porque las medidas en litigio en la presente diferencia son supuestamente "basadas en el origen" es un error. La invocación de Panamá de la declaración del Grupo Especial en China - Publicaciones y productos audiovisuales representa un intento de Panamá de evadir su responsabilidad de establecer una presunción prima facie de "similitud". El Grupo Especial de esta diferencia debe rechazar este intento de evasión. Puede hacerlo por considerar que el principio de "basado en el origen" articulado por el Grupo Especial en China - Publicaciones y productos audiovisuales, cualesquiera que sean sus méritos en otros contextos, no es aplicable cuando el origen de los servicios y proveedores de servicios es potencialmente relevante para las características de los servicios y los proveedores de servicios de que se trate, y relevante a los efectos de establecer que pueden considerarse "similares".¹¹

14. A la luz del fracaso de Panamá de establecer una presunción prima facie de "similitud" en su primera comunicación escrita, la Argentina no va a discutir en profundidad en esta presentación si los servicios y proveedores de servicios de jurisdicciones que se adhieren a los estándares internacionales de transparencia e intercambio efectivo de información tributaria son "similares" a los servicios y proveedores de servicios de las jurisdicciones que no adhieren a estos estándares. Ello en tanto Argentina no puede responder a un caso que Panamá no ha intentado siquiera hacer.¹² Sin perjuicio de lo cual Argentina deja establecida la proposición general de que si una jurisdicción se adhiere a los estándares internacionales de transparencia e intercambio efectivo de información tributaria ello es relevante para las características de los servicios o proveedores de servicios que se originan dentro de esa jurisdicción.

15. Con el fin de evaluar la "similitud" de los servicios y los proveedores de servicios de que se trata en esta diferencia, es útil recordar las características relevantes de las medidas que Panamá impugna en virtud de los artículos II y XVII. Cada una de estas medidas distingue entre jurisdicciones cooperantes y no-cooperantes con el fin de aplicar una medida relativa a, ya sea la prevención de la evasión fiscal o la transferencia de beneficios, o para un propósito legítimo prudencial, o ambos.¹³

16. En cuanto al análisis de la "similitud" de los servicios prestados por cada tipo de jurisdicción, grupos especiales anteriores han considerado que el examen de "servicios similares" debe hacerse caso por caso, centrándose principalmente en la naturaleza de la relación de competencia entre los servicios que se están comparando.¹⁴ En consonancia con la jurisprudencia que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han desarrollado en el marco de la "similitud" de los productos, un grupo especial anterior ha considerado que los servicios son "similares" entre sí "si se determina que los servicios en cuestión en un caso particular son esencialmente o en general los mismos en términos competitivos."¹⁵ Como se señaló anteriormente, el Órgano de Apelación ha constatado que las diferencias regulatorias son relevantes para el análisis de "similitud" en la medida en que esas diferencias "tengan repercusiones en la relación de competencia entre los dos o más productos en", una proposición que se aplica con igual o mayor fuerza en el contexto de la "similitud" de los servicios.¹⁶

17. El hecho de que la transparencia y el intercambio efectivo de información son los que definen el "campo de juego nivelado" nos dice todo lo que necesitamos saber acerca de la "similitud" de estos servicios. Si los servicios prestados desde jurisdicciones no cooperativas fueran

¹⁰ PCE Argentina pfs. 187-88.

¹¹ PCE Argentina pfo. 198.

¹² PCE Argentina, pfo. 200.

¹³ PCE Argentina pfo. 202.

¹⁴ Ver, e.g. Informe del Grupo Especial, China – Servicios de pago electrónico, párr. 7.702 ("estimamos que una determinación de la similitud debe basarse en argumentos y pruebas concernientes a la relación de competencia entre los servicios objeto de la comparación.").

¹⁵ Informe del Grupo Especial, China – Servicios de pago electrónico, pfo. 7.702.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, EE.UU. – Cigarrillos de clavo de olor, pfo. 119.

"similares" a los proporcionados por las jurisdicciones no cooperativas, la adhesión a los estándares internacionales de transparencia e intercambio efectivo de información fiscal no tendría un efecto significativo en la relación de competencia entre estos dos tipos de jurisdicciones. Pero como Panamá y otros miembros del Foro Global han reconocido, precisamente, lo contrario es cierto-la adhesión a las normas internacionalmente aceptadas de la transparencia y el intercambio efectivo de información altera fundamentalmente la naturaleza de los servicios que los proveedores de servicios dentro de estas jurisdicciones son capaces de proporcionar. Panamá y otros están preocupados por un "campo de juego nivelado", porque saben que los servicios prestados por las jurisdicciones no cooperativas no son en absoluto "similares" a los servicios prestados por las jurisdicciones que se adhieren y hacen cumplir las normas internacionales de transparencia e intercambio efectivo de información.¹⁷

18. Los proveedores de servicios en las jurisdicciones no cooperativas no son "similares" a los proveedores de servicios en jurisdicciones no cooperativas, por razones que son independientemente relevantes para la Argentina como regulador, y también por razones que afectan a las relaciones de competencia entre los proveedores de servicios en el mercado. Desde el punto de vista de las autoridades fiscales de Argentina, la diferencia entre estas dos categorías de proveedor de servicios diferentes debería ser evidente: en el caso de los proveedores de servicios en jurisdicciones cooperativas, las autoridades fiscales argentinas tienen la capacidad de obtener la información necesaria para la aplicación de las leyes fiscales de la Argentina, mientras que las autoridades fiscales argentinas no pueden obtener esta información en el caso de los proveedores de servicios en las jurisdicciones no cooperativas. Esta diferencia de regulación afecta directamente la capacidad de Argentina para hacer cumplir sus leyes fiscales y garantizar la integridad de su base imponible. Esto hace a los proveedores de servicios en estos dos tipos de jurisdicciones "no similares" desde el punto de vista regulatorio.

19. Esta misma diferencia de regulación afecta directamente a las relaciones de competencia entre los proveedores de servicios en el mercado. Por las razones expuestas por la Argentina en la Parte II de la P.C.E. Argentina, los proveedores de servicios en las jurisdicciones no cooperativas son capaces de proporcionar oportunidades para los clientes corporativos e individuales de desplazar sus ganancias a jurisdicciones con poco o ningún impuesto sobre la renta, y de participar en la evasión de impuestos y otras actividades ilegales como el lavado de dinero. Esto coloca a los proveedores de servicios en estas jurisdicciones en una posición competitiva fundamentalmente diferente en comparación con los proveedores de servicios en jurisdicciones no cooperativas que prestan servicios de otro modo comparables. Como demostró la Argentina, los consumidores de servicios son claramente conscientes de estas diferencias y las tienen en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre dónde y con quién hacer negocios.¹⁸

20. Las medidas en cuestión no conceden un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, menos aún a los servicios y proveedores de servicios de origen panameño. Panamá no está en condiciones de negar que las medidas en cuestión establecen una distinción reglamentaria legítima entre jurisdicciones no cooperativas y cooperativas. Como miembro del Foro Global y como un país que se ha comprometido a cumplir con sus normas, Panamá es consciente de que la capacidad de las autoridades fiscales nacionales para obtener información fiscal de otras jurisdicciones es una distinción reglamentaria que los 121 miembros del Foro Global consideran que es importante y legítima. Cuando Panamá se unió al Foro Global pidió a sus pares, miembros del Foro Global, que aplicaran las medidas fiscales defensivas en forma coordinada a todas las jurisdicciones que no se adhieren a los estándares del Foro Global de transparencia e intercambio efectivo de información fiscal. Eso es exactamente lo que Argentina está haciendo a través de las medidas en cuestión en la presente diferencia. La aplicación por parte de Argentina de medidas fiscales defensivas a las jurisdicciones que no se adhieren a los estándares de transparencia e intercambio efectivo de información del Foro Global es plenamente coherente con la insistencia de Panamá en que es "esencial que la materialización de la iniciativa propuesta por la OCDE asegure la equidad y la no discriminación entre todos los países y jurisdicciones, los miembros y no miembros de la OCDE, con los que la República de Panamá compite sustancialmente en los mercados de servicios internacionales, especialmente los financieros y comerciales".¹⁹ Panamá reconoce- y debería seguir reconociendo- que la aplicación de medidas fiscales defensivas ante las jurisdicciones no cooperativas no constituye un "trato

¹⁷ PCE Argentina, pfo. 216.

¹⁸ PCE Argentina, pfos. 220-21.

¹⁹ ARG-8.

menos favorable", sino que es necesaria para restablecer un equilibrio competitivo -un "campo de juego nivelado"- entre los servicios y los proveedores de servicios en jurisdicciones cooperativas y no cooperativas. No existe un "trato menos favorable" en estas medidas, ya sea con respecto a servicios y proveedores de servicios panameños, o con respecto a los servicios y proveedores de servicios de cualquier otro Miembro.²⁰

III. Medidas impositivas

1. *Retención por intereses de préstamos. Artículo 93, inciso c) de la LIG*

21. La base imponible para determinar la ganancia neta presumida será del 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 alguno de los restantes sujetos comprendidos en el artículo 49 de la LIG, una persona física o una sucesión indivisa, siempre que el acreedor sea una entidad bancaria o financiera radicada en jurisdicciones cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal mientras que será del cien por ciento (100%) cuando el tomador del crédito, préstamo o fondos sea un sujeto comprendido en el artículo 49 de ley del tributo, 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.

22. El objetivo de la medida es neutralizar la erosión en la base imponible que generaría un autopréstamo, atento a la imposibilidad de acceder a la información sobre titularidad accionaria de un vehículo societario radicado en una jurisdicción no cooperadora a los fines de la transparencia fiscal.²¹

2. *Presunción de Incremento patrimonial no justificado. Art. Agregado a continuación del art. 18 Ley de Procedimiento Tributario.*

23. La Ley de Procedimiento Tributario, N° 11.683, (LPT) prevé que el tributo se efectúe sobre la base de declaraciones juradas que presentan los responsables del pago y que cuando no se hayan presentado las declaraciones juradas o resulten impugnables, el organismo fiscal procederá a determinar la materia imponible, por conocimiento cierto de la materia o mediante su estimación, aplicando presunciones.

24. La presunción de incremento patrimonial no justificado admite que se consideren justificados los 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.

25. Esta medida responde la constatación de actividades fraudulentas por parte de sociedades argentinas, mediante el desvío de rentas no declaradas utilizando vehículos societarios controlados por esas mismas sociedades en jurisdicciones no cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal.²²

3. *Aplicación de precios de transferencia. Artículos 8 y 15 de la LIG*

26. El concepto de precios de transferencia define a aquellos valores que corresponde atribuir a las operaciones entre empresas vinculadas, en las cuales, al no existir oposición de intereses (sino un interés en común) de las partes en juego, no responden a los patrones utilizados para la fijación de precios entre empresas independientes.

27. La LIG prevé que las transacciones que establecimientos estables domiciliados en Argentina realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas constituidas o ubicadas en los países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.

²⁰ PCE Argentina, pfs. 235-36.

²¹ PCE Argentina, pfs. 108-09, 278-79 y Anexo Explicativo N° 1.1.

²² PCE Argentina, pfs. 110, 280-81y Anexo Explicativo N° 1.2.

28. Al no poder conocerse los vínculos societarios ni los beneficiarios últimos en los casos de los países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, se aplica el test que se utiliza respecto de precios de transferencia entre empresas vinculadas.²³

4. *Imputación de deducciones por pagos. Artículo 18, último párrafo de la LIG*

29. El último párrafo del referido artículo establece una excepción al criterio de lo devengado: las erogaciones efectuadas por entes locales que constituyan ganancias de fuente argentina, para sujetos radicados en jurisdicciones no cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal, solo podrán ser deducidas en el ejercicio fiscal en el que se devengaron en la medida en que se hayan pagado durante el mencionado período o, en su defecto, si el pago tiene lugar antes del vencimiento para la presentación de la declaración jurada.

30. La norma no impide la deducción de los gastos sino que establece ciertas condiciones a los fines de efectuar dicha deducción y evitar situaciones de fraude al fisco que podrían darse si se contabilizan erogaciones a favor de beneficiarios del exterior que no se realizan efectivamente y no se puede comprobar la realidad de tales operaciones por imposibilidad de las autoridades de acceder a dicha información porque se trata de un país no cooperador a los fines de la transparencia fiscal.²⁴

IV. Medidas correspondientes al sector de reaseguros, mercado de capitales, registro societario y repatriación de inversiones

5. *Reaseguros*

31. El marco regulatorio del reaseguro en la Argentina se encuentra regido por la Resolución 35.615/2011 modificada por la Resolución 38.284/2014. La primera expresa que se entiende como "Reaseguradoras Locales" aquéllas sucursales de reaseguradoras extranjeras que operan en el territorio de la Argentina, es decir de acuerdo al "Modo 3" definido como "presencia comercial" en el Artículo I:2 inciso c) del AGCS, y que se entiende como "Reaseguradoras Admitidas" aquéllas reaseguradoras extranjeras que ofrecen el servicio de reaseguro desde su sede central, es decir de acuerdo al "Modo 1" definido como "del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro", en el Artículo I:2 inciso a) del AGCS.²⁵

32. El segundo párrafo del apartado a) del Artículo 18 requiere a los efectos de contar con información verificable, que los proveedores puedan brindar el referido servicio mediante la acreditación de que la empresa se encuentra sujeta a control y fiscalización de un organismo que cumpla similares funciones a las de la SSN y con el cual se haya firmado un entendimiento de intercambio de información. En caso que se trate de países o jurisdicciones no constituidas en estados asociados cooperativos en el marco de la lucha mundial contra los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo del GAFI, "se evaluará la solicitud de autorización aplicando una mayor diligencia debida, proporcional a los riesgos..."²⁶.

33. La medida cuestionada por Panamá no es contraria al Artículo II:1 AGCS dado que conforme surge de la lectura de los puntos 18° y 20° de la Resolución 35615/2011 de la SSN Argentina no prohíbe a los proveedores de países considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal prestar el servicio de reaseguro mediante sucursal establecida en la Argentina (Reaseguradora Local) ni a través de la modalidad de Reaseguradora Admitida. Las reaseguradoras extranjeras mantienen un muy alto nivel de participación en el segmento de reaseguros y retrocesión en la Argentina.²⁷

34. La medida cuestionada por Panamá no es contraria a los Artículos XVI:1 y XVI:2 del AGCS. Los servicios de retrocesión no solo no están limitados por ninguna disposición normativa, sino que además en la práctica las empresas extranjeras son las que proveen estos servicios en forma mayoritaria (Modo 1). La normativa prevé la participación de empresas extranjeras en la provisión

²³ PCE Argentina, pfs. 111, 282 y Anexo Explicativo N° 1.3.

²⁴ PCE Argentina, pfs. 112, 283-85 y Anexo Explicativo N°1.4.

²⁵ PCE Argentina, pfs. 113-17, 407 y ss.

²⁶ Anexo ARG-25. Recomendación 19 (Países de mayor riesgo) y Nota interpretativa de la Recomendación 19 de los Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación. Febrero 2012.

²⁷ P.C. de Argentina, parr. 438 y subs.

de servicios de reaseguro en Modo 1 en forma parcial y por los excedentes de lo que considera un umbral para ciertos tipos de riesgo asegurado, que normalmente se denomina "los grandes riesgos".

35. Argentina entiende que el Grupo Especial debería interpretar las disposiciones de la sección correspondiente de lista de Argentina como parte del AGCS en relación a este Miembro, siguiendo las reglas de interpretación consagradas en la CVDT, así como la orientación del Órgano de Apelación, que confirmó la interpretación del Grupo Especial en el sentido de que cada lista tiene su propia lógica intrínseca, y que debe ser interpretada por sus propias condiciones o méritos.²⁸ En este sentido, debe interpretarse que el compromiso de Argentina ("Autorización de Nuevas Entidades se encuentra suspendida") respecto de la autorización de nuevas sucursales no ha variado, en tanto su lista se mantiene sin modificaciones y Argentina no ha expresado su intención de modificar su lista

6. *Mercado de capitales*

36. La Resolución 622/2013²⁹ de la Comisión Nacional de Valores (en adelante "CNV") ha modificado la normativa cuestionada que fue objeto de Consultas y de uno de los reclamos incluidos en la solicitud de establecimiento del Grupo Especial.³⁰ A partir de la Ley 26.831³¹ de Mercado de Capitales y del dictado de la Resolución 622/2013, la medida aquí cuestionada se encuentra dentro del Título XI Sección III³² de la Regulación particular de la Comisión Nacional de Valores del año 2013.

37. Los sujetos indicados en la Ley de Mercado de Capitales sólo podrán dar curso a operaciones en el ámbito de la oferta pública cuando éstas sean efectuadas u ordenadas por sujetos constituidos, domiciliados o que residan en países cooperadores conforme al Decreto 589/2013. Sin embargo, se prevé que se dará curso a las operaciones ordenadas por sujetos que no se encuentren incluidos en el listado de países cooperantes siempre que (i) 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 CNV, y (ii) acrediten que el Organismo de su jurisdicción de origen, ha firmado memorando de entendimiento de cooperación e intercambio de información con la CNV. La medida en cuestión no es una prohibición, contrariamente a lo esgrimido por Panamá ya que prevé una alternativa para los países no incluidos en el listado del Decreto 589/2013.³³

7. *Repatriación de inversiones*

38. Argentina considera que la medida del BCRA cuestionada no se encuentra cubierta por el AGCS, atento a que la repatriación de inversiones que regula la norma no es materia cubierta por el AGCS, ya que no está directamente relacionada con el comercio de servicios (conforme a los artículos I:1 y XXVIII del AGCS no afectan el comercio de servicios).

39. Por otra parte, si se la considerada cubierta por el AGCS, la Comunicación "A" 4940 del BCRA y modificatorias no es contraria al AGCS. Dicha medida establece un requisito: la conformidad previa del Banco Central de la República Argentina para las repatriaciones de inversiones cuando el beneficiario del exterior fuera una persona física o jurídica que residiera o que estuviera constituida o domiciliada en países o jurisdicciones no considerados "cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" en función de lo dispuesto por el Artículo 1° del Decreto 589/13 y normas complementarias. No obstante, como Argentina ya ha señalado, la medida de verificación del BCRA no está destinada "unicamente" a los países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal.³⁴

²⁸ EE.UU. Juegos de Azar. parr. 182.

²⁹ Anexo ARG-28.

³⁰ Solicitud de Establecimiento de Grupo Especial de Panamá, punto 8, pág. 9.

³¹ Anexo ARG-49.

³² TITULO XI SECCIÓN III OPERACIONES REALIZADAS POR CLIENTES PROVENIENTES DE O QUE OPEREN DESDE PARAÍSOS FISCALES, O A TRAVÉS DE SOCIEDADES OFF SHORE O SOCIEDADES CÁSCARA. Anexo ARG-50

³³ PCE Argentina, pfs. 118-23, 486 y ss.

³⁴ PCE Argentina, Anexo explicativo N° 2, pfo. 15 y subsiguientes.

40. De esta manera, la entidad bancaria deja constancia que ha verificado la documentación presentada por el cliente que permite avalar el tipo de inversión declarado y que los fondos que se aplican a 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.

41. Panamá no especifica casos concretos ni demuestra cómo el requerimiento de autorización de repatriación de inversiones afecta a las "inversiones directas en empresas y/o en propiedades inmuebles".

42. Por otra parte, la comunicación del BCRA cuestionada por Panamá se encuentra en plena consonancia con los estándares internacionales en materia de transparencia fiscal, y procura una mayor eficacia en la detección y desarticulación de operaciones sospechosas de lavado de dinero de conformidad con los estándares internacionales del GAFI.³⁵

8. *Requisitos para la registración de sociedades*

43. La Ley de Sociedades de la República Argentina (N° 19.550), establece en su artículo 118 el principio general que sostiene que las sociedades extranjeras se rigen en cuanto a su existencia y forma por la ley del lugar de constitución, y que para desarrollar en forma habitual actos comprendidos en su objeto social, mediante el establecimiento de una sucursal, asiento a cualquier otra especie de representación permanente, es necesario la inscripción en el Registro Público de Comercio en la jurisdicción donde dicha sociedad pretenda operar. Ahora bien, la norma cuestionada es la Resolución 7/2005 de la Inspección General de Justicia (IGJ), la cual ha sido modificada por la Resolución 1/2014 a fin de adaptar la normativa de la al Decreto 589/2013. Dicha resolución tiene como función registrar y fiscalizar, exclusivamente, a las sociedades comerciales, sociedades extranjeras, asociaciones civiles y fundaciones que se constituyen en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y no en el resto de la República Argentina.

44. Panamá alega que las sociedades provenientes de países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal reciben un trato menos favorable en el trámite de su inscripción, y por ende las medidas son contrarias al Artículo II:1 del AGCS. Dicho trato se manifestaría en la solicitud de requisitos adicionales que no serían solicitados a sociedades proveedoras de servicios similares provenientes de países cooperantes a los fines de la transparencia fiscal. Como Argentina ha señalado y demostrado en su primera comunicación escrita³⁶, Argentina no otorga trato menos favorable a las sociedades provenientes de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal. La IGJ no realiza distinción entre sociedades extranjeras a la hora de recabar información pues la importancia de constatar la actividad económicamente significativa por parte de la sociedad es común a todas las sociedades comerciales que pretenden inscribirse regularmente en la IGJ.

V. En forma alternativa, las medidas cuestionadas están justificadas en virtud de las excepciones relevantes del AGCS

45. Argentina que: (1) los servicios y proveedores de servicios de jurisdicciones fiscales cooperadoras y no cooperadoras no son "similares" y tampoco son similares a los servicios y proveedores de servicios de Argentina; (2) las medidas en cuestión no modifican las condiciones de competencia en detrimento de los servicios similares y proveedores de servicios de cualquier otro Miembro; y (3) el tratamiento por parte de la Argentina de servicios y proveedores de servicios de jurisdicciones fiscales cooperadores y no cooperadores se basa en una distinción reglamentaria legítima, y que ha sido construida a lo largo de casi veinte años de cooperación internacional en el marco de la iniciativa del Foro Mundial en el ámbito de la OCDE para hacer frente a la competencia fiscal nociva y que la misma distinción legítima se aplica respecto de los servicios y proveedores de servicios de los países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal respecto de los servicios y prestadores de servicios de Argentina.³⁷

46. En subsidio, para el improbable caso que el Grupo Especial constatará que las medidas en cuestión son contrarias al AGCS, las medidas de todas maneras están justificadas en virtud del

³⁵ PCE Argentina, pfs.124-25 y Anexo Explicativo 2.

³⁶ PCE Argentina, pfo. 572.

³⁷ PCE Argentina, pfo. 238.

artículo XIV (c) y (d) del AGCS y en el artículo 2 (a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS.

47. Sin embargo, la Argentina destaca que no hay necesidad de que el Grupo Especial se involucre en los referidos temas, a menos que y hasta que Panamá haya establecido de manera concluyente que: (1) las medidas en cuestión son medidas "que afectan al comercio de servicios" con arreglo al artículo I.1 y por lo tanto cubierto por el AGCS; (2) que las medidas en cuestión extienden un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios originarios de Panamá; y (3) que, bajo cualquier comparación, los servicios y los proveedores de servicios que supuestamente reciben un trato menos favorable en virtud de las medidas en litigio son "similares" a los servicios y a los proveedores de servicios de la Argentina o de otro origen que supuestamente reciben un trato más favorable.

48. La Argentina ha establecido sus medidas fiscales defensivas "necesarias para lograr la observancia" de las leyes argentinas de impuestos y regulaciones, incluyendo la "prevención de prácticas engañosas y fraudulentas" y, por tanto, para el improbable caso que el Grupo Especial constatará que Panamá ha establecido una violación de los artículos II:1, XVII del AGCS y de los artículos I:1, III.4 y XI:1 del GATT 1994, las medidas argentinas están justificadas por el artículo XIV c) y d) del AGCS.

49. Cada medida promueve la aplicación de las leyes y reglamentos tributarios al reducir las oportunidades de realización de transacciones engañosas y fraudulentas entre contribuyentes argentinos y empresas vinculadas ubicadas en jurisdicciones fiscales no cooperadoras cuyo único propósito es evadir los impuestos y/o eludir la aplicación de las leyes y reglamentos tributarios de Argentina. Entre las medidas fiscales defensivas adoptadas por Argentina necesarias para lograr la observancia de sus leyes y reglamentos tributarios se encuentran: (1) la imposición de retenciones en origen sobre los pagos a los residentes de jurisdicciones fiscales no cooperadoras; (2) la inversión de la carga de la prueba en la determinación de la base imponible en operaciones que potencialmente se aprovechan de las prácticas fiscales nocivas; (3) la aplicación de las normas de precios de transferencia formulada para contrarrestar la competencia fiscal nociva; (4) las restricciones a las deducciones por pagos a entidades en jurisdicciones fiscales no cooperadoras ; y (5) el aumento de la auditoría y los requisitos de licencia para las filiales de entidades ubicadas en paraísos fiscales. Estas medidas están justificadas al amparo del Artículo XIV (c) del AGCS.³⁸

50. En el proceso de "sopesar y confrontar" que permite determinar la necesidad de una medida³⁹ el Órgano de Apelación ha señalado que este análisis debe ponderar: (1) la contribución de cada una de las medidas fiscales defensivas para sus objetivos de cumplimiento de su legislación fiscal; (2) el grado de importancia de los intereses en juego ; y (3) la eventual restricción del comercio de las medidas de defensa fiscal en cuestión.

51. Dado que 1) las transacciones entre contribuyentes argentinos y entidades ubicadas en jurisdicciones fiscales no cooperadoras representan un mayor riesgo de evasión fiscal, elusión fiscal y fraude; y que 2) no es posible para las autoridades argentinas determinar si a) la operación tiene un propósito comercial legítimo, o si b) tal operación se dirige exclusivamente a evitar el pago de impuestos en la Argentina, se puede concluir que: las medidas fiscales defensivas de Argentina reducen considerablemente estos riesgos al eliminar los posibles beneficios fiscales que los contribuyentes argentinos derivarían exclusivamente a efectos de evitar el pago de impuestos en la Argentina de la simulación de las transacciones realizadas con entidades relacionadas ubicadas en jurisdicciones fiscales no cooperadoras.

52. Las medidas no son excesivamente restrictivas del comercio de servicios financieros provenientes de proveedores de servicios situados en jurisdicciones fiscales no cooperadoras y tampoco impiden la prestación de servicios en la Argentina por parte de estos proveedores.⁴⁰ Las medidas defensivas son aplicadas de conformidad con la cláusula introductoria del artículo XIV que establece que las medidas justificadas por esa disposición no se apliquen "de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o de discriminación injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares " o una "restricción encubierta al comercio de servicios".⁴¹

³⁸ PCE Argentina, pfo. 258.

³⁹ "Corea – diversas medidas que afectan a la carne vacuna".

⁴⁰ PCE Argentina, pfo. 298-302

⁴¹ Ver informe del Órgano de Apelación, "Estados Unidos-Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas", parr. 339.

En la presente diferencia, la distinción realizada entre proveedores de servicios en jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras difícilmente pueda ser vista como "arbitraria" o "injustificable" ya que se basa enteramente en principios internacionalmente aceptados y reconocidos del Foro Global y de la OCDE, a los que oportunamente se ha comprometido Panamá. En efecto, cuando Panamá se unió al Foro Global indicó expresamente que aceptaba las normas de dicho Foro y pidió a sus pares miembros del Foro que aplicaran un esquema coordinado de medidas defensivas a todas las jurisdicciones que no se adhieran a los estándares del Foro Global. Desde el punto de vista de las autoridades fiscales argentinas, las dos categorías de proveedores entrañan distintos grados de riesgo para el cumplimiento de las leyes impositivas: con respecto a los de jurisdicciones cooperadoras, las autoridades fiscales argentinas tienen la capacidad de obtener la información necesaria para la aplicación de las leyes fiscales argentinas, mientras que en el caso de los proveedores en las jurisdicciones no cooperadoras, no son capaces de obtener dicha información, situación que implica potenciales consecuencias gravosas para la base fiscal argentina.

53. La medida referida a la solicitud de conformidad previa del BCRA para venta de cambio a no residentes por repatriación de inversiones directas es una medida – en caso de que el Grupo Especial considere que se encontrara cubierta por las normas del AGCS- "necesaria para lograr la observancia de las leyes y reglamentos" de Argentina en el sentido del artículo XIV (c) del AGCS respecto de la "prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas", comúnmente asociados con el encubrimiento y el lavado de activos de origen delictivo.

54. La medida contribuye al objetivo de asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos de Argentina en materia de prevención de lavado de activos de origen delictivo al hallarse en consonancia con los criterios internacionales del GAFI en virtud de la ley 25246 de la República Argentina.

55. Por otra parte, la Argentina invoca en alternativa el artículo XIV (d) aplicable en materia de impuestos directos para supuestos de incumplimiento del artículo XVII, en el caso hipotético de que el Grupo Especial considerara que las medidas defensivas argentinas (medidas 2, 3 y 4) de la demanda de Panamá debieran ser justificadas en los reclamos de Panamá bajo el artículo XVII en lugar de como medidas "necesarias para lograr la observancia" de las leyes y reglamentos fiscales de la Argentina 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.

56. La Argentina sostiene que las medidas defensivas cuestionadas están justificadas bajo el inciso (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* en el sentido de dicha disposición ya 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.

57. Dichas medidas, a su vez, realizan una contribución importante al garantizar la imposición o la recaudación efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros por cuanto limitan los posibles beneficios fiscales de las transacciones simuladas entre los contribuyentes argentinos y entidades relacionadas ubicadas en jurisdicciones fiscales no cooperadoras exclusivamente para los fines de evadir impuestos en Argentina y erosionar la base fiscal argentina.

Las medidas de servicios financieros de la Argentina están justificadas bajo la excepción cautelar

58. También en el caso de que este Grupo Especial constatará que Panamá ha demostrado que las medidas en cuestión son incompatibles con los artículos II:1, XVI:1 y XVII del AGCS, la Argentina alega, subsidiariamente, que los requisitos adicionales requeridos a las entidades domiciliadas en jurisdicciones no cooperativas para proporcionar servicios de reaseguro y retrocesión en Argentina (medida 5)⁴² y las condiciones para dar curso a transacciones de valores efectuadas u ordenadas por sujetos domiciliados en las jurisdicciones no cooperativas (medida 6)⁴³ está justificado en virtud del artículo 2(a) del Anexo sobre servicios Financieros del AGCS (la "excepción cautelar").

⁴² En función de la PCE escrita de Panamá.

⁴³ Ídem.

59. Conforme a lo expresado, el Artículo 2 (a) provee una excepción para diferentes medidas inconsistentes con el AGCS que son establecidas por "razones prudenciales". El sentido corriente del término cautelar indica que se trata de medidas que son tomadas por los Miembros de la OMC para fines cautelares o precautorios. El Artículo 2(a), establece una lista no exhaustiva (que no contiene a priori limitación alguna sobre los tipos de medidas que un Miembro de la OMC puede recurrir por razones prudenciales) de medidas que pueden servir para propósitos cautelares, la que incluye medidas "para 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". Dichos elementos indican que las medidas adoptadas "por razones prudenciales" incluyen medidas que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses de los consumidores de servicios financieros, y/o para proteger el sistema financiero contra riesgos de carácter sistémico. "El aspecto más importante de esta excepción es que no restringe en principio la libertad de las autoridades reguladoras con respecto a los tipos de medidas que pueden ser adoptadas por razones cautelares..."⁴⁴

60. La segunda frase del artículo 2(a), establece además que las medidas incompatibles con el AGCS adoptadas con fines cautelares "*no se utilizarán como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del Acuerdo*". Se trata de una disposición contra el abuso que es funcionalmente análoga al preámbulo del artículo XIV del AGCS. Se 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.

61. Sobre la base de todo lo anterior, el Miembro que pretenda justificar una medida de otra forma incompatible con el AGCS en virtud de la excepción cautelar necesita establecer dos elementos. En primer lugar, tiene que demostrar que la medida se adoptó "por razones cautelares", ya que contribuye a la consecución de un objetivo cautelar o precautorio. En segundo lugar, el Estado miembro debe demostrar que existe una relación racional entre la medida y su objetivo cautelar, y en tercer lugar si la medida está siendo utilizada como un medio de eludir las obligaciones del Miembro que la invoca en virtud del Acuerdo.

62. Como Argentina ha demostrado, las restricciones sobre servicios de reaseguro y de retrocesión de las jurisdicciones no cooperadoras (medida 5), y las condiciones para la tramitación de las transacciones de valores de las jurisdicciones no cooperadoras (medida 6) se ajustan adecuadamente a los requerimientos de la excepción cautelar.

VI. Reclamos bajo el GATT

63. Argentina no discrimina respecto de la presunción de incremento patrimonial no justificado. La presunta inconsistencia con el artículo I:1 del GATT 1994 es incorrecta. La medida cuestionada excede el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo, no se encuentra abarcada por el Artículo I:1 por cuanto no pueden asimilarse las cargas impositivas a las cuales son sometidos regularmente los operadores económicos en la Argentina a restricciones al comercio de mercancías.

64. La medida no afecta a las transacciones de comercio internacional porque el impuesto se declara en un momento posterior, una vez perfeccionada la operación de comercio exterior no guarda relación con otros aspectos de la importación del producto ni afecta a las importaciones efectivas. Gravar el patrimonio del contribuyente nacional con un impuesto determinado por ley no puede entenderse como "otro aspecto de la importación" en ningún supuesto.

65. Argentina no discrimina respecto de la medida 3 sobre precios de transferencia. No es correcto afirmar que la Argentina "*exige que*" las transacciones realizadas con sujetos domiciliados, constituidos o ubicadas en los países no cooperadores se valoren de conformidad con los métodos de determinación de precios de transferencia. En el caso de la medida cuestionada por Panamá, la misma no se aplica a la valoración de las mercancías a efectos de la aplicación del arancel aduanero, sino a la determinación de la valoración que se realiza de las mismas a los efectos del cálculo de la base imponible de un impuesto.

⁴⁴ Informe al MEPC del Director General de la OMC sobre la Crisis Financiera Internacional y los Desarrollos relacionados con el Comercio, WT/TPR/OV/W2, 15 de julio de 2009, párr. 80.

66. Los requisitos para las operaciones de exportación e importación de bienes en razón que las mismas se hayan concretado con sujetos en países cooperadores o no cooperadores 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.

67. La medida cuestionada tampoco 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. La medida no rige directamente las condiciones de compra o venta de productos ni modifica adversamente las condiciones de competencia entre productos nacionales e importados.

68. La medida no está enfocada en ningún producto en particular, sino en operaciones que se realicen con personas físicas o jurídicas de los países no cooperadores. No se realiza una distinción entre "productos" y no existe un criterio para distinguir "productos", sino para determinar en forma precisa las ganancias derivadas de una actividad económica. Por lo tanto, no es posible tener un producto de referencia con el cual comparar la similitud. La alegación de Panamá respecto a la similitud de los productos en cuestión no encuentra fundamento normativo alguno.

69. La medida en cuestión no tiene el efecto de otorgar a los productos importados o exportados hacia los países listados un trato menos favorable que a productos similares de origen nacional que revisten la misma condición.

70. Panamá no ha demostrado que las medidas cuestionadas establezcan "*condiciones limitantes*". El artículo XI:1 del GATT 1994 excluye expresamente "*los derechos de aduana, impuestos u otras cargas*" de su ámbito de aplicación, por lo que la medida cuestionada, al tratarse de una herramienta para la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias, no resultaría abarcada por las disposiciones de este artículo.

71. Aún en el improbable supuesto que no se considerase a la medida tributaria como un impuesto, la medida tampoco está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo XI:1 por cuanto no es una restricción o prohibición a la importación o exportación de productos.

72. La medida no es una "condición" para la importación o exportación de productos que se aplica antes de la importación o exportación. No se aplica como condición excluyente para el ingreso de productos provenientes de los países listados, sino que se aplica *ex post*, esto es, una vez que los mismos han ingresado al mercado y exclusivamente con motivos de fiscalización y recaudación sobre el contribuyente por su actividad económica.

73. Para que una "restricción" esté sujeta al Artículo XI, debe ser una que se "expresen en términos de cantidad" o pueda ser "cuantificable". No hay alegación o prueba alguna por parte de Panamá que demuestre que la normativa cuestionada imponga una restricción a las importaciones o a las exportaciones que se exprese en términos de cantidad.

Justificación de las medidas cuestionadas bajo el Artículo XX.d) del GATT

74. En el improbable caso de que el Grupo Especial llegara a la conclusión que la medida argentina vinculada a la presunción de incremento patrimonial no justificado en las transacciones relacionadas con el comercio de bienes con personas de países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal es incompatible con el Artículo I:1 del GATT 1994, y que la medida argentina vinculada a los precios de transferencia es incompatible con los Artículos III:4 y XI:1 del GATT, las mismas se encuentran justificadas bajo las excepciones generales del Artículo XX d) del GATT 1994.

75. Las medidas cuestionadas son necesarias para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos fiscales de la República Argentina, así como para prevenir prácticas que puedan inducir a error en materia fiscal. El motivo subyacente de las medidas se relaciona con la necesidad de garantizar un tratamiento impositivo equitativo, evitar el fraude al fisco y contar con información que de otra forma la autoridad tributaria no podría obtener.

76. Las medidas cuestionadas cumplen con el doble test del *chapeau* del Artículo XX. No se aplican en forma arbitraria o injustificable toda vez que se aplican cuando por determinadas circunstancias no es posible acceder a la información tributaria de otro país, como es el caso de los países no cooperadores, o cuando por tratarse de transacciones entre empresas vinculadas no

puede verificarse la realidad económica de la operación. Dichas circunstancias están expresamente previstas en la normativa argentina y en modo alguno configuran una restricción encubierta al comercio internacional.

77. En conclusión Argentina solicita respetuosamente al Grupo especial que constate que Panamá no ha logrado presentar un caso *prima facie* bajo el AGCS al no haber presentado pruebas ni argumentos que se relacionen en forma específica con el tratamiento otorgado por Argentina al comercio de servicios y de bienes de Panamá. En el hipotético caso que fuera aceptable que Panamá cuestionara el tratamiento otorgado a servicios y proveedores de servicios de origen no panameño, se agradecerá que se constate que tampoco Panamá ha establecido un caso *prima facie* respecto de estos servicios y proveedores de servicios. En el improbable caso de que el GE considerara que Panamá ha logrado presentar tal caso *prima facie*, Argentina solicita que el Grupo Especial constate que (i) los servicios en cuestión no son servicios similares y (ii) no existe tratamiento menos favorable dado que cualquier diferencia de tratamiento se funda en distinciones regulatorias legítimas. Del mismo modo, en sus reclamos efectuados bajo el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) Panamá tampoco ha logrado presentar un caso *prima facie* y, de igual manera, Argentina solicita que se considere el Grupo Especial que en materia de comercio de bienes Panamá ha logrado presentar dicho caso, que compruebe que no existe tratamiento menos favorable dado que cualquier diferencia de tratamiento se funda en distinciones regulatorias legítimas. En su defecto, en caso de que el Grupo Especial llegase a constatar violaciones a la normativa pertinente del AGCS o del GATT, Argentina respetuosamente solicita a ese Grupo Especial que constate que: a) las medidas 1,2,3,4,7 y 8 están justificadas por el artículo XIV (c) del AGCS; b) si el Grupo Especial llegara a constatar una violación del Art XVII, las medidas 2, 3 y 4 se hallan justificadas bajo el Artículo XIV (c) del AGCS y en alternativa bajo el Artículo XIV (d) del AGCS; y c) las medidas 5 y 6 se encuentran justificadas por el artículo 2 (a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

78. En función de lo anterior, Argentina solicita al Grupo especial que las alegaciones de Panamá en relación con las medidas argentinas cuestionadas por presuntas violaciones de los Artículos II.1, XVI.1, XVI.2(a) y XVII del AGCS, y en los artículos I:1, III:4 y XI:1 del GATT se rechacen en su totalidad.

ANEXO B-4**SEGUNDA PARTE DEL RESUMEN EJECUTIVO DE LOS ARGUMENTOS DE ARGENTINA****I. Introducción**

1. Argentina remarca en su Segunda Comunicación Escrita (en adelante SCE) la conducta seguida por Panamá luego de las negociaciones con Colombia que concluyeron con la firma de un Memorando de Entendimiento por el cual ambos países se "comprometen a concluir la negociación del acuerdo [sobre doble imposición] y a proceder a su suscripción para el 30 de septiembre de 2015".¹ En el acuerdo se prevé una cláusula de intercambio de información.

2. Tal como ha hecho respecto de su negociación con Argentina, Panamá relativizó luego el entendimiento alcanzado con Colombia al afirmar en un Comunicado de su Cancillería, contemporáneamente a la firma del referido Memorándum, que "se acordó explorar la viabilidad de un acuerdo para evitar la doble imposición, en el que se preserven las garantías de los usuarios de la plataforma de servicios panameña".²

3. Argentina subraya el reconocimiento público de Panamá sobre su convicción respecto de que la celebración de un acuerdo de intercambio de información con Colombia "pondría en desventaja" a los proveedores de servicios corporativos y financieros que operan en Panamá³. De hecho, las autoridades panameñas han señalado que un objetivo prioritario de Panamá es preservar las condiciones de competencia actuales de la plataforma de servicios panameña y que el intercambio de información y la transparencia fiscal es percibido por sus autoridades como una amenaza que socavaría la posición de competencia de los servicios y proveedores de servicios panameños.

4. Sin embargo, Panamá continúa negando a los efectos del caso, que la existencia o no de intercambio efectivo de información con una jurisdicción en particular afecta la evaluación de si los servicios y proveedores de servicios pueden ser considerados "similares".

5. Panamá reconoce que las cuestiones regulatorias subyacentes a una medida son relevantes para una evaluación de similitud, como mínimo, en la medida en que esas cuestiones se reflejan en las condiciones de competencia en el mercado. Ello debe evaluarse particularmente en el contexto de las propias declaraciones de Panamá, que revelan que la existencia de intercambio efectivo de información es un factor regulatorio que afecta a las condiciones de competencia de los proveedores de servicios en el mercado.⁴

6. Panamá admite que ha firmado acuerdos de intercambio de información con numerosas jurisdicciones ubicadas casi exclusivamente fuera de América Latina.⁵ Ello hace evidente que la estrategia de Panamá es intentar preservar su "posición competitiva" respecto de los proveedores de servicios de los países de la región.

II. Panamá no ha logrado establecer *prima facie* un caso de inconsistencia con respecto a sus reclamos bajo los artículos II y XVII del AGCS

7. Los reclamos de Panamá bajo los artículos II y XVII del AGCS que son el fundamento de la totalidad de su caso en contra de las medidas en litigio⁶ se basan enteramente en la proposición de que el Grupo Especial debe simplemente ignorar que las cuestiones regulatorias subyacentes a una medida son relevantes para una evaluación de similitud. Para ello se funda una única

¹ Memorandum de Entendimiento entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá para la cooperación entre autoridades administrativas en materia de lavado de activos y otros temas, y para un acuerdo para evitar la doble tributación. (ARG-122)

² Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 5.

³ Comunicado del Gobierno de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores del 8 de octubre de 2014. (ARG-119)

⁴ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 11.

⁵ Respuestas de Panamá, respuesta a la pregunta 44. De los 30 países que Panamá enumera, solo México es un país latinoamericano.

⁶ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 10.

declaración de un único grupo especial en un caso en el que la "similitud" ni siquiera estaba en disputa. Panamá ha tomado la posición de que no tiene la obligación de establecer *prima facie* que los servicios y proveedores de servicios en cuestión en la presente diferencia son "similares" bajo el único fundamento que el principio articulado por el Órgano de Apelación en Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor no es aplicable cuando la medida en cuestión discrimina "de jure" en base al origen⁷.

A. Panamá no ha logrado establecer el umbral de aplicabilidad del AGCS

8. Por las razones explicadas en su Primera Comunicación Escrita (en adelante PCE) Argentina considera que Panamá no ha logrado establecer *prima facie* la aplicabilidad del AGCS a las medidas en litigio. Asimismo, las posiciones de las partes sobre esta cuestión han sido presentadas de manera clara en sus respectivas respuestas a las preguntas del Grupo Especial posteriores a la Primera Reunión Sustantiva. En consecuencia, Argentina no ha realizado comentarios adicionales sobre estas cuestiones en su SCE.

B. Panamá no ha logrado establecer *prima facie* que los servicios y proveedores de servicios presuntamente afectados son "similares"

9. Los reclamos de Panamá bajo los artículos II y XVII del AGCS se basan en la proposición de que las medidas en litigio discriminan "*de jure*" en contra de los servicios y proveedores de servicios en función de su origen apoyándose en cierta jurisprudencia desarrollada en el marco de los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías en un intento simplista de transponer esa jurisprudencia al contexto totalmente diferente del comercio de servicios.

10. La noción de medida que discrimina "*de jure*" respecto de las mercancías en base a su origen deriva del hecho de que el GATT de 1994 se centra exclusivamente en las características de las mercancías y no en las características de los *productores de mercancías*. El AGCS es fundamentalmente diferente de los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías en este sentido. Por esta razón, la noción de medida que discrimina "*de jure*" en contra de los servicios y proveedores de servicios en base a su origen tiene poca relevancia en el contexto del AGCS y debe ser transpuesta al AGCS con extremo cuidado.

11. Argentina detalló los orígenes jurisprudenciales de la proposición de que la similitud puede presumirse cuando una medida otorga un trato diferenciado a los bienes, exclusivamente, sobre la base del origen⁸. Esta proposición –que en el mejor de los casos no es más que una presunción – deriva del hecho de que el origen de una mercancía no afecta habitualmente sus características como mercancía. Este hecho se encuentra reflejado en el texto del GATT de 1994 y los demás acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, que se refieren únicamente a las "mercancías similares" y no, por ejemplo, a "productores de mercancías similares". En este contexto, se presume que una medida que ofrece un trato diferenciado exclusivamente sobre la base del origen, discrimina con respecto a bienes que, salvo a este respecto, son "similares".

12. Argentina ha enfatizado que esa presunción no puede transponerse al contexto del comercio de servicios. Para empezar, los artículos II y XVII del GATS, a diferencia de sus homólogos en los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, no se refieren a bienes sino que se refieren a "servicios y proveedores de servicios similares". Esta es una diferencia fundamental entre el AGCS y los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías que Panamá ignora constantemente. Esta diferencia es central para entender por qué el principio de "distinción basada en el origen" no puede trasladarse directamente al contexto del comercio de servicios, como sugiere Panamá.

13. La referencia a "servicios y *proveedores de servicios*" en el AGCS demuestra que el origen de un servicio o proveedor de servicio no es presuntamente irrelevante a los efectos de una evaluación de "similitud". A diferencia del GATT de 1994, las características del proveedor de servicios deben ser examinadas en cualquier evaluación de "similitud". Las características relevantes de un proveedor de servicios se ven a menudo afectadas, o incluso determinadas, por la jurisdicción en la que se encuentra el proveedor de servicios, es decir, por su origen.

⁷ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 11.

⁸ Declaración de Apertura de la Argentina de la Segunda Reunión Sustantiva, párrafo 5, y en su Segunda Comunicación Escrita, párrafos 25-34.

14. Por otra parte, Panamá tampoco se ha molestado en tomar en cuenta la evidencia que Argentina ha presentado que demuestra que la distinción entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras de hecho tiene un impacto significativo en las condiciones de competencia en el mercado.

15. Finalmente, la afirmación de Panamá de que no tiene obligación alguna de demostrar la similitud en la presente diferencia es aún más insostenible a la luz de la historia de las negociaciones del GATS. La cuestión que está planteada ante el Grupo Especial -cómo deben evaluarse las medidas defensivas contra las jurisdicciones no cooperadoras bajo los artículos II y XVII del GATS-, fue considerada específicamente durante el curso de las negociaciones. La Declaración del Presidente en el documento MTN.GNS/49 indica claramente que los redactores del Acuerdo consideraron cómo las medidas fiscales contra las jurisdicciones no cooperadoras debían ser evaluadas bajo las disposiciones del AGCS, y concluyeron que tales medidas normalmente no serían incompatibles con las mencionadas disposiciones ya que los servicios y los proveedores de servicios en jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras no pueden ser considerados "similares".⁹ En virtud del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, este antecedente de la negociación del AGCS "confirma el sentido" de los artículos II y XVII del AGCS que resulta de la aplicación del artículo 31 de la misma Convención.¹⁰

16. A su vez, Argentina se ha referido a la importancia que debe brindarse al "momento de la celebración" de un acuerdo (en este caso el AGCS), atento a que constituye el centro del análisis que permite confirmar la intención final de los negociadores tal y como quedará plasmada en el texto del Acuerdo a los efectos de su ulterior interpretación¹¹.

17. Argentina ha señalado que es obvio que Panamá no tiene una explicación para la historia de la negociación y está esperando que el Grupo Especial simplemente lo ignore. La historia de la negociación proporciona una confirmación de lo que es ya evidente a partir de una correcta aplicación de los principios de interpretación de los tratados establecidos en el artículo 31 de la Convención de Viena. La afirmación jurídica -infundada- sobre la que Panamá ha basado la totalidad de su caso se encuentra completamente refutada por la interpretación de las normas totalmente acorde con la historia de la negociación.¹²

18. En opinión de la Argentina, el análisis del Grupo Especial de los reclamos de Panamá en virtud de los artículos II y XVII puede y debe terminar en este punto. Panamá estaba obligada a establecer *prima facie* un caso de similitud bajo los artículos II y XVII, y no ha logrado hacerlo. Esta es la base correcta y necesaria sobre la que deben desecharse los reclamos de Panamá en virtud de los artículos II y XVII.

1. El Decreto 589/13 y las demás medidas en cuestión se refieren a las características comerciales y regulatorias relevantes de los servicios y proveedores de servicios.

19. Panamá ha destacado que la proposición de que las medidas en litigio en la presente diferencia "discriminan *de jure*" en contra de los servicios y proveedores de servicios en base a su origen se apoya en la interpretación del Decreto 589/13, como si éste estableciera una "lista de países" sin ningún tipo de conexión con las características comerciales y reglamentarias pertinentes de los servicios y proveedores de servicios originarios de estos países.¹³

20. Sin embargo, Panamá reconoce expresamente que la Argentina "distingue entre los países por la razón de que [ellos] cooperen o no con la Argentina en materia de transparencia fiscal"¹⁴,

⁹ Declaración del Presidente del GNS, documento MTN. GNS/49, 11 de diciembre de 1993.

¹⁰ Observaciones de la República Argentina a las Respuestas de la República de Panamá al Cuestionario del Grupo Especial a las Partes, comentario a la respuesta a la pregunta 70, párrafo. 1.

¹¹ Observaciones de la República Argentina a las Respuestas de la República de Panamá al Cuestionario del Grupo Especial a las Partes, comentario a la respuesta a la pregunta 70, párrafo. 4 y Nota al pie de página 8 sobre. Informe del Grupo Especial en CE-Trozos de pollo (reclamación de Brasil).

¹² Declaración de Apertura de Argentina en la Segunda Reunión Sustantiva del Grupo Especial, párrafo 11 y Observaciones de la República Argentina a las Respuestas de la República de Panamá al Cuestionario del Grupo Especial a las Partes, comentario a la respuesta a la pregunta 70 párrafo 8.

¹³ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 21.

¹⁴ Respuestas de Panamá, respuesta a la pregunta 36.

una distinción que caracteriza como "basada en criterios objetivos y que incluyen motivos legítimos".¹⁵ De acuerdo con ello, la propia Panamá parece reconocer que el Decreto 589/2013 no distingue entre categorías de servicios y proveedores de servicios exclusivamente sobre la base del origen, de jure o de cualquier otro modo.

21. Adicionalmente y sin perjuicio de los deberes probatorios que Panamá ha omitido, Argentina se permite señalar que, tal como ha discutido y documentado *in extenso*, el Decreto 589/13 distingue entre jurisdicciones que participan en el intercambio de información efectivo con Argentina frente a los que no participan. La distinción que el Decreto 589/13 establece entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras es directamente relevante a las características comerciales y regulatorias de los servicios y los proveedores de servicios originarios de dichas jurisdicciones. Panamá no ha logrado refutar que una característica de una jurisdicción - en este caso, si se involucra o no en el intercambio de información efectivo con Argentina - puede ser al mismo tiempo una característica de los servicios y los proveedores de servicios originarios de esa jurisdicción.¹⁶

22. Si una jurisdicción participa en el efectivo intercambio de información con las autoridades de otros países afecta directamente a las características comerciales y regulatorias de los servicios y los proveedores de servicios originarios de esa jurisdicción. En el presente caso, la existencia o no de efectivo intercambio de información es claramente relevante a efectos de las características comerciales y regulatorias de los servicios y los proveedores de servicios originarios de las jurisdicciones. A todo evento, la distinción entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras afecta a las condiciones de competencia en el mercado y por lo tanto, es relevante para el examen de "similitud".¹⁷

23. La opacidad fiscal y el no intercambiar información genera un atractivo adicional en los proveedores de servicios de los países no cooperadores respecto de proveedores competidores de jurisdicciones cooperadoras, que consiste en la no obligación de revelar la identidad del titular o beneficiario final ni las características de las operaciones en que intervienen, cualquiera sea el servicio de que se trate. Son un factor de atracción para capitales e inversores que beneficia a la plataforma de servicios financieros y corporativos de las jurisdicciones no cooperadoras y las diferencia de las cooperadoras.

24. Argentina constata que luego de la Primera Reunión Sustantiva, Panamá ha reconocido claramente que las diferencias regulatorias pueden ser relevantes para una evaluación de "similitud" de los servicios y proveedores de servicios en la medida en que esas diferencias afecten las condiciones de competencia en el mercado.¹⁸ En este sentido, Panamá parece haber aceptado que el precedente del Órgano de Apelación en Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor se aplica con igual fuerza al contexto del comercio de servicios.¹⁹

25. No es de extrañar, sin embargo, que Panamá haya buscado evadir cualquier discusión sobre si las diferencias regulatorias entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras se reflejan en las condiciones de competencia para los servicios y proveedores de servicios en el mercado.

26. Panamá no ha siquiera intentado refutar la evidencia²⁰ referida a las conclusiones alcanzadas por Johannesen y Zucman sobre cómo el efecto de este tipo de acuerdos de intercambio de información pondría en desventaja a los servicios y proveedores de servicios panameños. Estas conclusiones son, por lo demás, plenamente coherentes con las declaraciones de Panamá al incorporarse al Foro Global²¹ y respecto de la negociación con Colombia.²²

¹⁵ Respuestas de Panamá, respuesta a la pregunta 37 (a).

¹⁶ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 40.

¹⁷ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 41.

¹⁸ Respuestas de Panamá, respuesta a las preguntas 31 y 33 (a).

¹⁹ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 45.

²⁰ Argentina señala que debido a que el estudio de Johannesen y Zucman se basó en *todos* los depósitos bancarios bilaterales mantenidos en 13 jurisdicciones no cooperadoras diferentes, éste abarca el efecto que los acuerdos de intercambio de información tienen en depósitos mantenidos por argentinos en aquellas jurisdicciones. Por lo tanto, el estudio Johannesen / Zucman evidencia el efecto que tiene el intercambio de información tanto sobre las condiciones en el mercado argentino, así como de manera más amplia sobre el mercado global de servicios financieros.

²¹ Carta del Ministro de Economía y Finanzas de Panamá al Secretario General de la OCDE del 15 de abril de 2002 (ARG-8).

²² Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafos 1 al 9.

27. Como Argentina ha documentado en su PCE, la iniciativa de nivelar el campo de juego – “*level the playing field*”- del Foro Global se basa en gran parte en el hecho de que los países no cooperadores renuncian a una ventaja competitiva para sus servicios y proveedores de servicios cuando acuerdan entrar en acuerdos de intercambio de información con otras jurisdicciones.

28. Indudablemente, la distinción entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras tiene un impacto en las relaciones de competencia entre los servicios y los proveedores de servicios en el mercado. Por lo tanto, esa distinción es directamente relevante a los efectos de una evaluación de si estos servicios y proveedores de servicios pueden ser considerados “similares”.

29. Argentina ha demostrado que los servicios y los proveedores de servicios en cuestión no son “similares”²³ debido al efecto que tienen las diferencias regulatorias en las jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras en cuanto a la posición competitiva en el mercado.

III. Panamá no ha logrado demostrar que la Argentina haya actuado de manera inconsistente con el artículo XVI:1 y XVI:2 (a) del AGCS

30. Panamá no ha probado su argumento de que la normativa argentina es incompatible con los artículos XVI:1 y XVI:2(a).²⁴ La realidad es que el Artículo XVI:2(a) no es aplicable en el presente caso. Esta es otra de las instancias en las cuales el Grupo Especial no debería ir más allá de realizar esa constatación.

31. En efecto, la medida cuestionada por Panamá no es incompatible con los artículos XVI:1 y XVI:2(a) del AGCS por la simple razón de que la medida no se encuentra abarcada por dichas obligaciones. Dichas obligaciones prohíben las 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 en los sectores en que un Miembro haya contraído compromisos de acceso a los mercados. El artículo XVI:2(a) se refiere explícitamente a las limitaciones al número de “proveedores de servicios”. Si una medida impugnada no limita el número de proveedores de servicios per se entonces la medida no se encuentra dentro de las medidas alcanzadas por el artículo XVI:2(a) del AGCS. Este es el supuesto en el presente caso.

32. El Grupo Especial, en el asunto EE.UU. – Juegos de Azar, en un señalamiento no revertido por el Órgano de Apelación, indicó que en el marco del párrafo 2 a) del artículo XVI, antes que nada, un Grupo Especial deberá determinar si las medidas impugnadas contienen limitaciones por lo que respecta a los “proveedores de servicios”.²⁵

33. Dicho Grupo Especial se refirió a la definición de proveedor de servicios del Artículo XXVIII y a su vez se refirió al apartado j) del artículo XXVIII en cuanto establece que el término persona “significa una persona física o una persona jurídica”. De ahí se concluye que para que una medida se encuentre abarcada por el Artículo XVI:2(a) del AGCS, debe imponer una limitación al número de personas físicas o jurídicas que provean servicios, y este tipo de medidas no deben confundirse con otras de tipo cuantitativo que impongan limitaciones no dirigidas específicamente al número de personas físicas o jurídicas que provean servicios.

34. La medida cuestionada por Panamá no se encuentra dirigida a limitar, específicamente, el número de “personas físicas o jurídicas que provean servicios” de reaseguro. De hecho, la medida no se encuentra dirigida a personas físicas o jurídicas de ninguna manera. Por el contrario, la normativa regula las operaciones de reaseguro relativas a la cobertura de riesgos individuales.

35. Dichas operaciones no son los “proveedores de servicios” a los que se refiere el Artículo XVI:2(a), sino que son las operaciones de servicios de reaseguro y por ello la medida se encuentra fuera del alcance de aquella disposición.

²³ Respuestas de la República Argentina al Cuestionario del Grupo Especial a las Partes (13 de febrero de 2015), Respuesta a la pregunta 71, párrafos. 8 al 58.

²⁴ Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos. 401 al 466. Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafos. 52 a 54.

²⁵ Informe del Grupo Especial, *EEUU-Juegos de Azar*, párrafo. 6.320.

36. Panamá basa su reclamo relativo a los artículos XVI:1 y XVI:2(a) en el punto 19° del Anexo I de la Resolución 35.615/2011 y el artículo 4 de la Resolución 35.794/2011²⁶ En cuanto al punto 19° de la Resolución 35.615/2011 (receptado en el punto 4.1 del Marco Regulatorio del Reaseguro), esta disposición habilita a la SSN a dictar resoluciones relativas a "operaciones de reaseguro" autorizando a las aseguradoras que lo soliciten a suscribir "contratos de reaseguro" con entidades reaseguradoras extranjeras que realicen sus operaciones desde su sede central. Las operaciones de reaseguro y los contratos de reaseguro no son "persona[s] física[s] o ... persona[s] jurídica[s]" y por lo tanto no configuran "proveedores" de reaseguro. En cuanto al artículo 4 de la Resolución 35.794/2011 (receptado en el pto. 4.2 del Marco Regulatorio del Reaseguro), éste se refiere explícitamente al "reaseguro" de los "riesgos individuales". Nuevamente, el reaseguro de los riesgos individuales no es "una persona física o una persona jurídica" que provea servicios de reaseguro y por lo tanto no es un proveedor de servicios de reaseguro. No hay ninguna duda de que esta medida se refiere a las operaciones de servicios y de ningún modo a los proveedores de servicios mencionados en el Artículo XVI:2(a).

37. Cabe destacar que Panamá reconoce en su Segunda Comunicación Escrita que existe una limitación al "suministro de servicios" y no a los proveedores de servicios, aunque ello no le impide concluir forzosamente, fuera de toda lógica, que existe una limitación al número de "proveedores de servicios".²⁷

38. En cuanto a la mención por Panamá en varios pasajes la existencia de una prueba de necesidades económicas en la normativa argentina, la existencia o no de una prueba de necesidades económicas es irrelevante en el presente reclamo dado que, como se señaló, la medida impugnada por Panamá se encuentra fuera del alcance del artículo XVI:2(a). Ello por no ser una medida que limite el número de "proveedores de servicios".²⁸

39. La medida argentina no impone un límite numérico a los proveedores de reaseguro por encima o debajo del umbral de los 50 millones. De todos modos, no es necesario entrar en dicho análisis, ya que "[e]n primer lugar, el Grupo Especial deberá determinar si las medidas impugnadas contienen limitaciones por lo que respecta a los "proveedores de servicios"²⁹ y la Argentina ha demostrado que la medida cuestionada no contiene limitaciones respecto de los "proveedores de servicios".³⁰

40. La Argentina resaltó, en adición, que la medida cuestionada por Panamá es claramente una medida de tipo cualitativo fuera del alcance del Art. XVI:2(a). La relevancia del artículo 4 de la Res. 35.794 (pto. 4.2 del Marco Regulatorio del Reaseguro) no recae en la cifra (50 millones de dólares), en particular, sino en que esa cifra representa un parámetro cualitativo que responde a características específicas del reaseguro y los riesgos que se busca asegurar.

41. La calificación para permitir la contratación directa de pólizas de reaseguro con entidades sin presencia en el país, estipulada por el artículo 19 de la Resolución 35615/2011 (pto. 4.1 del Marco Regulatorio del Reaseguro) no responde a un criterio cuantitativo, como alega Panamá. La norma establece que los criterios son: a) la magnitud y, b) las características del riesgo a asegurar. Las características de un riesgo poco o nada tienen que ver con el término "restricción cuantitativa" en el contexto del AGCS. La acepción más ajustada a la utilización del término "magnitud" es la de "importancia de algo". Tampoco es de naturaleza cuantitativa.

²⁶ En virtud del reordenamiento normativo realizado por la SSN a partir del dictado de la Resolución SSN No.38708 vigente desde el 01/12/2014, las disposiciones normativas sobre reaseguros (contenidas previamente en las Resolución SSN 35.615/2011, No. 35.794/2011 y 38.284/2014, entre otras, se hallan ahora contenidas en el Anexo del punto 2.1.1 Marco regulatorio del Reaseguro, del Reglamento General de la Actividad Aseguradora. La Resolución SSN 38708/2014 no representa un cambio sustantivo en la normativa de la actividad aseguradora, sino un reordenamiento y sistematización de todas las normas emanadas históricamente del Organismo.

²⁷ Segunda Comunicación Escrita de Panamá párrafo 2.628.

²⁸ Nota de la Secretaría de la OMC "Las pruebas de necesidades económicas", S/CSS/W/118, 30 de noviembre de 2001, párrafo 5, (citada por Panamá) la cual ayuda a interpretar cuáles son las pruebas de necesidades económicas que se encuentran abarcadas por el artículo XVI:2(a). Según dicha Nota, las pruebas de necesidades económicas que se encuentran prohibidas, salvo que un Miembro la consigne en su lista, son aquellas que establecen un "número exacto" de proveedores. En este sentido, ver *Respuestas de la República Argentina al Cuestionario del Grupo Especial*, respuesta a la pregunta 76 párrafo 28.

²⁹ Informe del Grupo Especial, *EE.UU. – Juegos de Azar*, párrafo 6.320.

³⁰ Respuestas de la República Argentina al Cuestionario del Grupo Especial a las Partes, 13 de febrero de 2015, párrafo 31 de la respuesta a la pregunta 76.

42. Contrariamente a lo afirmado por Panamá³¹ aún si se aceptara que la medida argentina restringe de alguna manera el acceso a su mercado de reaseguros, dicha restricción no opera en función a un criterio cuantitativo, criterio que en virtud de la interpretación prevaleciente en la OMC tiene un alcance y significado preciso, de naturaleza numérica. Un análisis adecuado y ajustado a las reglas de interpretación de la CVDT debe considerar no sólo el texto de la disposición específica (Artículo 4 Resolución SSN 35794/2011), cuyo carácter es meramente instrumental y operativo, sino también la fuente legal de la obligación que instrumenta, a fin de evaluar apropiadamente su naturaleza, en este caso, cualitativa.

IV. Subsidiariamente, las medidas en litigio están justificadas en virtud de las excepciones pertinentes del AGCS

43. Llegado el improbable caso de que se fuese necesario abordar las defensas afirmativas de Argentina, la Argentina ofrece un breve comentario sobre cuestiones planteadas por Panamá con respecto a dichas defensas, en particular respecto de las excepciones generales bajo el Artículo XIV (c) y la excepción cautelar en el párrafo 2 (a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS.³²

A. Las medidas en cuestión están justificadas en virtud del artículo XIV (c) del AGCS

44. Argentina ha optado por presentar sus argumentos de manera colectiva³³ y entiende que nada en el texto del artículo XIV (c) exige que un Miembro demandado invoque esa defensa por separado para cada reclamo de violación formulado por el Miembro reclamante, y el Grupo Especial en *China - Partes de automóviles* tampoco ha sugerido lo contrario.

45. De acuerdo con la jurisprudencia en torno al artículo XX (d) del GATT llevado al marco del acuerdo del AGCS, un Miembro que busca justificar una medida de otro modo incompatible con la normativa OMC en virtud del artículo XIV(c) del GATS debe establecer que la medida en cuestión está destinada a "lograr la observancia" de las leyes o reglamentos que no sean en sí incompatibles con el AGCS.

46. Al respecto, Panamá critica esencialmente a Argentina por no ser lo suficientemente específica en la identificación de las disposiciones de derecho interno con las que procura asegurar el cumplimiento. Desde su Primera Comunicación Escrita, Argentina ha explicado que todas sus medidas fiscales defensivas están diseñadas para asegurar el cumplimiento de sus leyes fiscales nacionales, en particular la Ley de Impuestos a las Ganancias (LIG).

47. En este sentido, no resulta jurídicamente viable un razonamiento que escinda el tratamiento de las normas del ordenamiento legal tributario, cuya aplicación debe efectuarse en forma conjunta y sistemática. La LIG y su reglamentación, en particular los artículos 1, 2, 5, 17, 80, 91, 92, 127, 129 y 130, establece el impuesto de acuerdo con los preceptos de la Constitución Nacional (artículos 4, 16, 17 y 75 -párrafo 2-). En tanto que las previsiones procedimentales respecto de la LIG, al igual que para otros impuestos, están establecidas en la Ley de Procedimiento Tributario N° 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones (artículos 33, 38, 39, 45 y 46). Por su parte, las previsiones específicas sobre delitos tributarios respecto del incumplimiento de la LIG, al igual que para otros impuestos, están establecidas en la Ley Penal Tributaria N° 24.759 (artículos 1, 2 y 6).³⁴

48. Del mismo modo, la Argentina ha indicado claramente que los mayores requerimientos de información para el establecimiento de filiales en Buenos Aires están diseñados para aplicar el artículo 118.3 de la Ley de Sociedades Comerciales y el artículo 188 de la Resolución 7/2005, y que el requisito de autorización para la repatriación de inversiones está diseñado para asegurar el cumplimiento de la Ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de la Argentina.

³¹ Segunda Comunicación Escrita de Panamá, párrafos 2.628 a 2.630.

³² Segunda Comunicación Escrita de Argentina párrafo 78.

³³ Declaración de Apertura de Panamá en la Primera Reunión Sustantiva del Grupo Especial, párrafo 48.

³⁴ Declaración de Apertura de Argentina en la Segunda Reunión Sustantiva del Grupo Especial, párrafo 26. Respuestas de la República Argentina al Cuestionario del Grupo Especial (13/02/2015) respuesta a la pregunta 82, párrafo 11.

49. Argentina reitera respecto de la Comunicación "A" 4940, cuestionada por Panamá, desde la PCE que la repatriación de inversiones que regula esta norma es materia de inversiones y no es materia cubierta por el AGCS ya que no afecta el comercio de servicios³⁵. En este sentido, el requisito de conformidad previa del BCRA para la repatriación de inversiones directas hacia los países no cooperadores -que como se dijo implica una revisión más detallada de la operatoria por parte de este Organismo -, posibilita analizar su racionalidad económica y tener un control más preciso sobre las mismas, a efectos de que las operaciones que realmente corresponden a la repatriación de una inversión extranjera en una empresa local que realmente existe, que produce bienes o presta servicios, y con fondos que se giran a una empresa del exterior que también realmente existe, tenga acceso al mercado de cambios (MULC),³⁶ por cuanto esa repatriación encuadra en las normas por las que se admite el acceso al mercado local de cambios para la repatriación de los fondos, mientras que las operaciones que no correspondan a esa realidad económica sean desalentadas al tener que pasar por una revisión más detallada por parte de este Banco Central.³⁷

50. Además ninguna de estas dos medidas cuestionadas tiene el efecto que les pretende otorgar Panamá. Panamá no ha indicado -porque no existe- ningún caso en particular en el que se le haya denegado a una sociedad extranjera el derecho a inscribirse en la Ciudad de Buenos Aires o a repatriar sus inversiones.³⁸

51. Panamá sostiene además que Argentina no ha logrado explicar cómo un trato menos favorable en materia fiscal y administrativo puede contribuir a asegurar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos³⁹. Este argumento también es poco convincente. Argentina presentó pruebas que demuestran cómo las transacciones con jurisdicciones no cooperadoras exponen a Argentina a un mayor riesgo de evasión fiscal y de erosión de su base fiscal.⁴⁰ Las medidas fiscales defensivas de Argentina son aptas para hacer una contribución importante a la mitigación de esos riesgos, ya que reducen las oportunidades de evadir el pago de impuestos en la Argentina a través de transacciones con entidades ubicadas en las jurisdicciones no cooperadoras. Asimismo, las medidas fiscales defensivas de Argentina pueden eliminar los beneficios fiscales que se derivarían para los contribuyentes argentinos de las transacciones con entidades ubicadas en jurisdicciones no cooperadoras, o bien requerir al contribuyente que presente pruebas que demuestren que la transacción refleja un propósito comercial legítimo, en lugar de fines de evasión fiscal⁴¹. En ambos casos, la evasión del pago de impuestos en Argentina se hace más difícil, lo que a su vez contribuye a asegurar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos fiscales.

52. Respecto del argumento de Panamá relativo a la existencia de alternativas menos restrictivas del comercio para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos de la Argentina. Argentina subraya que corresponde a Panamá especificar cuáles son estas alternativas razonablemente disponibles. Por otra parte, Panamá ha malinterpretado por completo el argumento de Argentina. Es *precisamente* debido a que las jurisdicciones cooperadoras proporcionan a las autoridades fiscales argentinas el acceso a la información relacionada con los impuestos, que resulta posible hacer cumplir las leyes fiscales argentinas en las transacciones entre contribuyentes argentinos y entidades ubicadas en esas jurisdicciones, mientras que si esto no es posible se requiere tomar *ex ante* medidas preventivas -las normas cuestionadas- que reduzcan las oportunidades para la evasión de impuestos en Argentina.

53. Por último, en cuanto al argumento de Panamá sobre si las medidas argentinas son aplicadas de manera tal que constituyen una discriminación arbitraria o injustificable entre países donde prevalecen condiciones similares en el marco del *chapeau* del artículo XIV del AGCS y que no hay ninguna razón para que Argentina discrimine entre, por un lado, los países que no cuentan con un acuerdo de intercambio de información con Argentina, y, por otro lado, los países que tampoco han entrado en un acuerdo de este tipo, pero han comenzado a negociar uno con

³⁵ Párrafo 124 de PCE Argentina y Anexo Explicativo N° 2 de PCEA, pfs 27 a 29.

³⁶ Respuestas de la República Argentina al Cuestionario del Grupo Especial a las Partes (13/02/2015), respuesta a la pregunta 71, medida 8, párrafos 48 y 57.

³⁷ PCE Argentina, Anexo Explicativo N°2, pfo.69.

³⁸ Declaración de Apertura de Argentina en la Segunda Reunión Sustantiva del Grupo Especial, párrafo 26.

³⁹ Declaración de Apertura de Panamá en la Primera Reunión Sustantiva del Grupo Especial, párrafo 51.

⁴⁰ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 73.

⁴¹ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 73.

Argentina,⁴² Argentina explicó⁴³ que el *rationale* para distinguir entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras en el Decreto 589/2013 se refieren a la capacidad de Argentina para tener acceso a la información que es necesaria para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos de la Argentina. Por lo tanto, si un país ha llegado a un acuerdo de intercambio de información tributaria efectiva con la Argentina, o es probable que lo haga en un futuro cercano, ya que ha iniciado negociaciones para este fin, Argentina considera que hay bajo 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, en lugar de obedecer a fines de evasión impositiva. La Argentina entiende que el supuesto de inicio de negociaciones actúa como un incentivo suficiente en la mayoría de los casos, para promover la suscripción de este tipo de acuerdos. En este sentido, Argentina ha celebrado acuerdos que prevén la cooperación en forma retroactiva respecto de períodos previos a su entrada en vigor.

54. Por el contrario, si un país no ha participado en las negociaciones para la firma de un acuerdo de intercambio de información con las autoridades fiscales de la Argentina, las autoridades argentinas no tienen ninguna razón para creer que serán capaces de acceder a la información que se requiere para esos mismos fines. 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 la Argentina, estas dos categorías de países se encuentran, sin duda, en una situación que *no* es similar.

55. Por estas razones, en el improbable caso de que el Grupo Especial constatará que Panamá ha establecido que la Argentina ha actuado de manera incompatible con los párrafos II.1 y XVII del AGCS, Argentina ha demostrado que sus medidas fiscales defensivas, los requisitos de establecimiento para sociedades en la ciudad Buenos Aires, y la autorización para la repatriación de las inversiones se encuentran justificadas en virtud del artículo XIV (c) del AGCS.

B. Las medidas en cuestión están justificadas en virtud de la excepción cautelar ("prudential carve-out") del párrafo 2 (a) del Anexo sobre Servicios Financieros

56. En relación con la medida 5 (las presuntas restricciones al acceso al mercado argentino de reaseguros y retrocesión), Argentina ha invocado la excepción cautelar tanto con respecto a la alegación de violación de la obligación de trato de la nación más favorecida relativa al Artículo II del AGCS como así también respecto de la alegación de violación del Artículo XVI del AGCS.⁴⁴

57. La medida en cuestión es una medida adoptada por los siguientes motivos cautelares mencionados en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros: en primer lugar, garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero; en segundo lugar, la protección de los tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria; y, en tercer lugar, la protección de inversores y depositantes

58. La Argentina considera que el requisito de que las aseguradoras remitan cierta información adicional a la Superintendencia de Seguros de la Nación (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 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.

59. No existe desacuerdo entre las partes en que la lista de motivos cautelares mencionados en la excepción cautelar no es exhaustiva. Panamá lo ha señalado explícitamente.⁴⁵

60. La experiencia de la crisis financiera sugiere que es probable que algunas empresas de seguros pueden involucrarse en ciertas actividades, muchas veces no relacionadas con los seguros

⁴² Declaración de Apertura de Panamá en la Primera Reunión Sustantiva del Grupo Especial, párrafo 53.

⁴³ Respuestas de la República Argentina al Cuestionario del Grupo Especial a las Partes (13/02/2015), respuesta a la pregunta 49.

⁴⁴ Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos 566 y 568. Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 84.

⁴⁵ Segunda Comunicación Escrita de Panamá, párrafo 2.660.

en sí y, también por ello, pueden transformarse en originadores y amplificadores de los riesgos sistémicos.⁴⁶

61. Debido al impacto que el sector de reaseguros puede causar en el sector financiero y dada la posibilidad de que los reaseguradores puedan transformarse en originadores y amplificadores de los riesgos sistémicos y a su capacidad para crear disrupciones en el sector del seguro primario y en la economía en general, el fortalecimiento y la garantía de solvencia de las entidades que operan en el mercado doméstico de reaseguros es una medida adoptada a fin de "garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero", tal como lo establece el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros.

62. La medida en cuestión también cumple con el objetivo prudencial de "protección de ... tenedores de pólizas y personas con las que las aseguradoras tengan contraídas obligaciones fiduciarias" mencionado en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Un mercado doméstico integrado por entidades de reaseguro débiles y con riesgo de insolvencia puede originar el incumplimiento de sus obligaciones de cobertura con respecto a las aseguradoras primarias que son tenedores de pólizas, las cuales a su vez pueden caer bajo estrés financiero y ver peligrar sus propias líneas de seguro directo.

63. Esta medida cumple con el objetivo prudencial de "protección de inversores [y] depositantes" mencionado en el párrafo 2(a) del Anexo sobre Servicios Financieros. Como se señaló previamente, en coincidencia con la IAIS, una crisis generada por una falla en el sector de reaseguros que genere a su vez una pérdida de confianza o una disrupción en el sector asegurador primario puede crear las condiciones para una crisis financiera en caso que el sector asegurador pierda su capacidad de inversión en instrumentos financieros.⁴⁷

64. La excepción cautelar, a diferencia de otras disposiciones del GATT o del AGCS, no requiere que la medida sea "necesaria" para lograr el objetivo establecido. Terceros como los Estados Unidos estuvieron de acuerdo, la Unión Europea opinó en sentido similar y Brasil entendió que la excepción cautelar otorga a los Miembros un amplio espacio de política para adoptar acciones comprehensivas designadas para proteger la estabilidad financiera de varios riesgos⁴⁸.

65. Si 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".

66. La interpretación de la excepción cautelar en este caso debe tener en cuenta, además de lo expuesto, la particularidad de que la Argentina es un país en desarrollo. El establecimiento de un umbral para contratos de reaseguros en el exterior es una regulación específica adoptada por un país en desarrollo como la Argentina con el objetivo cautelar relacionado con el fortalecimiento de las reaseguradoras que operan en el territorio nacional, generando un sector doméstico más activo, sólido y competitivo que se encuentre en condiciones de afrontar riesgos sistémicos y también con garantizar la necesaria solvencia de los reaseguradores.

67. La Argentina ha invocado la excepción cautelar también con respecto a la alegación de violación del Artículo II del AGCS sobre las supuestas limitaciones de acceso al mercado de capitales para proveedores de los países no cooperadores- medida 6 - y ha señalado que entre los objetivos de la medida, se encuentran la prevención de los riesgos relacionados con el lavado de activos y financiación del terrorismo,⁴⁹ la preservación de la integridad y estabilidad del mercado financiero,⁵⁰ la protección del consumidor financiero,⁵¹ la protección del inversor,⁵² el control de las operaciones de valores negociables,⁵³ el aseguramiento de la transparencia,⁵⁴ y la integridad, estabilidad y buen funcionamiento del mercado de capitales⁵⁵.

⁴⁶ Idem, pág. 13.

⁴⁷ Hence, in the area of investment activity, the insurance industry can act as an amplifier of systemic risk". Ver International Association of Insurance Supervisors (IAIS) "Systemic risk and the insurance sector", 25 de octubre de 2009, párrafo 18, ver Anexo ARG-140.

⁴⁸ Respuestas de la República Argentina al Cuestionario del Grupo Especial a las Partes, 13/02/15, párrafo 32, 33 y 34, respuesta a la pregunta 85.

⁴⁹ Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos. 524 a 531.

⁵⁰ Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos 499 a 517, 564 y 567.

⁵¹ Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos 518-519.

⁵² Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos 520 a 522 y 562.

⁵³ Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos 532 a 546.

68. El GAFI reconoce el deber de contrarrestar las "amenazas a la integridad del sistema financiero" causadas entre otras cosas, por el lavado de activos. A su vez, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (International Organization of Securities Commissions o "IOSCO"), el órgano internacional reconocido mundialmente como el responsable de la adopción de estándares globales para el sector de los valores y las securities, ha requerido a los reguladores como la Comisión Nacional de Valores de la Argentina, que establezcan políticas y procedimientos destinados a minimizar el riesgo de la utilización de intermediarios como vehículos para el lavado de dinero.

C. Panamá no ha demostrado que las medidas en cuestión son incompatibles con los artículos I:1, III:4 y XI:1 del GATT de 1994.

69. Panamá, adicionalmente, no ha demostrado que el tratamiento por Argentina de la presunción de entrada de fondos como aumento injustificado de la riqueza, ni el régimen de precios de transferencia, sean incompatibles con los artículos I:1, III:4, y XI:1 del GATT de 1994.

1. Panamá no ha demostrado que las medidas en cuestión son incompatibles con los artículos I:1 y XI:1 del GATT de 1994

70. Con respecto a las alegaciones de Panamá en virtud de los artículos I:1 y XI:1 del GATT de 1994, Argentina ha explicado que tanto la presunción de aumento injustificado de la riqueza como el régimen de precios de transferencia no son medidas "impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas" en virtud del artículo I:1, o medidas mantenidas "a la importación" o "a la exportación" de cualquier producto en virtud del artículo XI:1. Ambas medidas imponen métodos sobre la determinación del ingreso sujeto a tributación interna en Argentina. El hecho de que dichos ingresos pueda derivar en parte de las transacciones de importación o de exportación no sugiere que las medidas tributarias internas de Argentina sean medidas en frontera sujetas a las disciplinas de los artículos I:1 y XI:1 del GATT de 1994 ni es suficiente para demostrar que el "centro de gravedad" de los impuestos sobre las ganancias en Argentina es la importación o exportación de mercancías⁵⁶, de conformidad con el criterio sentado por el Órgano de Apelación en *China - Partes de automóviles*.

71. En lo referente al encuadre jurídico de la medida 2 (presunción de incremento patrimonial no justificado) dentro del ámbito de aplicación del Artículo I:1, Panamá ha afirmado que dicha medida es un "reglamento y formalidad relativo a las exportaciones" y apela a la cita al párrafo 7.410 del informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, sin ofrecer ningún tipo de argumento respecto de la aplicabilidad de dicho caso a la medida objeto de litigio.

72. Argentina ha señalado que, independientemente de que en aquella disputa y en el presente caso se efectúe un reclamo bajo el artículo I:1, lo cierto es que existen elementos de análisis centrales de cada una de las medidas en los que se ve un claro contraste entre ambos casos, como puede ser su objeto, arquitectura y diseño, su contexto y el efecto y alcance de cada una de ellas. En este tenor Argentina considera que Panamá no ha argumentado de qué modo la conclusión de aquel Grupo Especial puede aplicar a este caso concreto. Asimismo, agregó que es razonable presumir que el marco analítico bajo el cual el grupo especial analizó el artículo 727, así como también sus conclusiones, no son aplicables con la misma fuerza en la presente diferencia.⁵⁷

73. Argentina ha señalado, en particular, en lo relativo a los alcances y efectos de la medida 2 que el efecto real de la medida es que todos los contribuyentes están obligados por igual a conservar la documentación probatoria de las operaciones que realicen⁵⁸, con el objetivo de tener disponible la información normal y habitual necesaria para verificar la situación impositiva de todos los contribuyentes y poder determinar la materia imponible.

⁵⁴ Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos 548-549.

⁵⁵ Primera Comunicación Escrita Argentina, párrafos 562-563 y 566.

⁵⁶ Panamá parece estar de acuerdo con Argentina. Véase Primera Comunicación Escrita de Panamá, párrafo 4.263.

⁵⁷ Respuestas de Argentina al Cuestionario del Grupo Especial, Respuesta a la pregunta 92.

⁵⁸ Respuestas de Argentina al Cuestionario del Grupo Especial, Respuesta a la pregunta 92.

74. Asimismo, con respecto a la medida 3, Argentina ha destacado que la determinación de precios de transferencia permite conformar la base imponible del impuesto a las ganancias. Argentina ha explicado que la base imponible integra el impuesto, por ello la medida está excluida del ámbito del art. XI:1 del GATT 1994.⁵⁹

75. Argentina también ha señalado que, tal como Panamá confirmó en el documento "Principios Constitucionales en Materia Tributaria" (PAN 83), el principio de legalidad establece que "no habrá tributo sin ley" por lo cual *"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"*.⁶⁰

76. Argentina sostiene, en definitiva, que la medida en cuestión es una medida de carácter tributario referida a la determinación de la base imponible del impuesto y Panamá expresamente lo admite al señalar que esta medida "afecta a la base imponible sobre la que se computa el impuesto a las ganancias".⁶¹

77. Sin perjuicio de lo expuesto y en el hipotético caso de que el Grupo Especial pudiera llegar a considerar que la medida en cuestión no constituye un impuesto y se hallara sujeta a la aplicación del art. XI:1 del GATT, Argentina ha señalado que la medida en cuestión, que consiste en aportar determinado tipo de información a la Administración Tributaria, tampoco sería inconsistente con el artículo XI:1 del GATT de 1994 porque la medida cuestionada no tiene en sí misma el efecto de limitar importaciones o exportaciones en cuanto tales.

2. Panamá no ha demostrado que el régimen de precios de transferencia de la Argentina es incompatible con el artículo III:4 del GATT de 1994

78. Panamá tampoco ha podido demostrar que las normas de precios de transferencia de la Argentina son incompatibles con el artículo III.4 del GATT de 1994. Las normas de precios de transferencia de Argentina 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. 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. En su aplicación, no se trata de medidas "que afectan a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso" de productos en Argentina, en el sentido del artículo III.4 del GATT de 1994.⁶²

79. Pero incluso asumiendo, al solo efecto del argumento, que el régimen de precios de transferencia de la Argentina es de alguna manera una medida que cae dentro del ámbito del artículo III.4, Panamá no ha demostrado que los productos en cuestión son "similares" en el sentido del artículo III:4 del GATT. Como se señaló anteriormente, en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* el Órgano de Apelación explicó 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, *"en la medida en que tienen un impacto en la relación de competencia entre dos o más de los productos en cuestión"*.⁶³ Las preocupaciones regulatorias que llevaron a Argentina a distinguir entre jurisdicciones cooperadoras y no cooperadoras impactan directamente en las condiciones de competencia entre los productos de dichas categorías de jurisdicciones, y sugiere por los mismos motivos que estos productos no son "similares" en el sentido del artículo III:4 del GATT de 1994.⁶⁴

80. No basta con afirmar que la medida 3 tiene un efecto a favor de los productos de origen nacional para afirmar que la medida otorga un trato menos favorable, sino que debería haber demostrado -y no lo hizo- que la medida 3, vinculada a un impuesto directo que se aplica a todos

⁵⁹ Respuestas de Argentina al Cuestionario del Grupo Especial, Respuesta a la pregunta 93.

⁶⁰ Respuestas de Argentina al Cuestionario del Grupo Especial, Respuesta a la pregunta 93.

⁶¹ Respuestas de Panamá al Cuestionario del Grupo Especial, pregunta 92.000

⁶² Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 99.

⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, par. 119. Panamá parece estar de acuerdo con esto. Véase Respuestas de Panamá, respuesta a preguntas 31 y 33.

⁶⁴ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 100.

los contribuyentes argentinos, se aplica a los productos importados de manera que se proteja la producción local.⁶⁵

81. En el improbable caso que el Grupo Especial constatará que Argentina actuó de manera incompatible con los artículos I:1, III:4 y XI del GATT, Argentina ha demostrado que sus medidas están justificadas al amparo del artículo XX (d) del AGCS. Argentina incorpora por referencia los argumentos que ha realizado en el contexto del artículo XVI (c) del AGCS como base para concluir que el tratamiento que aplica a la entrada de fondos como aumento injustificado de la riqueza y su régimen de precios de transferencia son "necesarios para lograr el cumplimiento de leyes y reglamentos" en el sentido del artículo XX (d) del GATT.⁶⁶

V. Conclusiones

82. Las medidas defensivas antiabuso no son inconsistentes con la OMC, sólo una interpretación errada como la que promueve Panamá podría generar tal inconsistencia y poner en cuestión los avances del Foro Global y del G-20 en materia de transparencia e intercambio de información fiscal.⁶⁷ En esta disputa está en juego un interés sistémico: el esfuerzo de la comunidad internacional liderado por el Foro Global y el impulso del G20, en materia de cooperación y transparencia en materia fiscal.⁶⁸

83. Argentina ha hecho propia la afirmación de Panamá respecto a que "No existe posible conflicto de normas entre el ordenamiento jurídico de la OMC y los compromisos de las jurisdicciones miembros del Foro Global" y se ha expresado en este sentido, consistentemente, en sus intervenciones previas.⁶⁹

84. Todos los miembros del Foro Global, entre ellos Panamá, conocen que no habrá impulso efectivo para la agenda de cooperación internacional sobre transparencia e intercambio de información a los fines fiscales en ausencia de medidas defensivas respecto de aquellas jurisdicciones que se niegan a intercambiar información fiscal. Por esta razón, cualquier limitación que pudiese sobrevenir en este sentido en el ámbito de la OMC comprometería el esfuerzo de coordinación internacional que ha sido tan eficaz en la promoción de la transparencia fiscal.⁷⁰

85. Por las razones expuestas, la Argentina solicita respetuosamente al Grupo Especial que rechace en su totalidad los reclamos y alegaciones de Panamá en relación con las medidas argentinas cuestionadas por presuntas violaciones del AGCS y del GATT 1994. En el improbable caso de que el Grupo Especial considerara que la Argentina actuó de manera inconsistente con los Artículos II:1, XVI y XVII del AGCS, la Argentina ha establecido, subsidiariamente, que las medidas están justificadas según se ha identificado en cada caso, en virtud del artículo XIV (c) o del artículo XIV (d), en alternativa, del AGCS, y del Artículo 2 (a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS. En caso que el Grupo Especial considerara que la Argentina actuó de manera inconsistente con los artículos I:1, III.4 y XI:1 del GATT de 1994, la Argentina ha demostrado que sus medidas están justificadas en virtud del artículo XX (d) del GATT 1994.⁷¹

⁶⁵ Observaciones de Argentina a las respuestas de Panamá a la pregunta 91, y respuestas de la República Argentina al Cuestionario de Grupo Especial a las partes, Respuestas a las preguntas 83 y 84.

⁶⁶ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 101.

⁶⁷ Ver Observaciones de la República Argentina a las Respuestas de Panamá al Cuestionario del Grupo Especial, comentario a la respuesta 67.

⁶⁸ Segunda reunión sustantiva ante el Grupo Especial, Declaración de cierre de la República Argentina.

⁶⁹ Ver Observaciones de la República Argentina a las Respuestas de Panamá al Cuestionario del Grupo Especial, comentario a la respuesta 67.

⁷⁰ Ver Observaciones de la República Argentina a las Respuestas de Panamá al Cuestionario del Grupo Especial, comentario a la respuesta 67.

⁷¹ Segunda Comunicación Escrita Argentina, párrafo 102.

ANEXO C

ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

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

ANEXO C-1**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DEL REINO DE ARABIA SAUDITA*****I. INTRODUCCIÓN**

1. Gracias, Sr. Presidente, y miembros del Grupo Especial. El Reino de la Arabia Saudita se permite aprovechar esta oportunidad para exponer sus opiniones sobre una cuestión sistémica concreta relacionada con la interpretación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT"), que se ha planteado en esta diferencia: el sentido y la aplicación adecuada del artículo XI del GATT.

2. El Reino reconoce que la presente diferencia no está centrada en el artículo XI del GATT, que concierne principalmente a los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). De hecho, la alegación al amparo del artículo XI del GATT se ha presentado en este caso como una alegación "subsidiaria" y una presunta infracción que tiene lugar como consecuencia del efecto de las medidas en los proveedores de servicios que intercambian mercancías. No obstante, el hecho de que no constituya el centro del asunto no significa que la alegación al amparo del artículo XI del GATT carezca de importancia, o que la interpretación y aplicación de la disposición puedan ser menos rigurosas. El análisis del artículo XI que efectúe el Grupo Especial tiene que ser tan riguroso como lo sería si fuera el fundamento principal de las supuestas infracciones objeto de la presente diferencia.

3. El Reino abordará dos cuestiones específicas relacionadas con la interpretación del artículo XI del GATT: primero, el tipo concreto de "restricciones" prohibidas por el artículo XI del GATT; y, segundo, la prescripción de satisfacer una carga probatoria adecuada para demostrar la existencia de una infracción del artículo XI del GATT.

II. EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO XI DEL GATT NO PROHÍBE TODAS LAS RESTRICCIONES

4. Por lo que respecta a la primera cuestión, cabe señalar que el artículo XI del GATT no prohíbe todas las restricciones. El párrafo 1 del artículo XI del GATT proscribe las "prohibiciones [o] restricciones" a la importación o a la exportación, pero los "derechos de aduana, impuestos u otras cargas" sobre las importaciones o las exportaciones están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de esta proscripción. La admisibilidad de los derechos, impuestos u otras cargas no está matizada. Así pues, esos derechos, impuestos u otras cargas, aunque tengan por objeto restringir el volumen de las importaciones o las exportaciones, no están prohibidos por el artículo XI del GATT.

5. Además, el artículo XI del GATT solo prohíbe las restricciones cuantitativas. En *China - Materias primas*, el Órgano de Apelación explicó que el párrafo 1 del artículo XI impone una "obligación general de eliminar las restricciones cuantitativas".¹ Añadió 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", y en consecuencia 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*".²

6. Las disposiciones del artículo XI del GATT tienen que interpretarse a la luz de su finalidad declarada de eliminar las restricciones *cuantitativas*. Toda interpretación del artículo XI del GATT que amplíe su cobertura a todas las prohibiciones o restricciones, relacionadas o no con el volumen de importación o exportación, estaría en contradicción con la resolución del Órgano de Apelación y privaría de sentido al título del artículo.

* Ese texto fue presentado originalmente en inglés por el Reino de la Arabia Saudita. El Reino de la Arabia Saudita solicitó que su declaración oral sirviera como su resumen integrado.

¹ Informe del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafos 319 y 320.

² *Ibid.*, párrafo 320. (sin cursivas en el original)

7. Como consecuencia de ello, un grupo especial, al evaluar si una medida constituye una restricción inadmisibles de las importaciones o las exportaciones en el sentido del párrafo 1 del artículo XI, tiene primero que determinar si la medida está expresamente excluida de las proscripciones establecidas en el artículo porque se trata de un derecho, impuesto u otra carga. Si la medida impugnada no está expresamente permitida por el párrafo 1 del artículo XI del GATT el Grupo Especial deberá a continuación determinar si esa medida impone una restricción cuantitativa formal, como una limitación o prohibición numérica establecida de las importaciones o las exportaciones. Si la medida no impone tal restricción cuantitativa formal, el Grupo Especial deberá después examinar el diseño, arquitectura y estructura de la medida a fin de determinar si esta tiene un "efecto limitativo" en las cantidades de importación o exportación. Si después de ese examen el Grupo Especial no puede concluir que la medida es una restricción cuantitativa, la medida no está prohibida por el párrafo 1 del artículo XI del GATT.

III. UNA PARTE TIENE QUE SATISFACER SU CARGA DE PROBAR QUE UNA MEDIDA IMPONE UNA RESTRICCIÓN CUANTITATIVA PROHIBIDA

8. Me permito también abordar brevemente la cuestión de la carga de la prueba. Incumbe al reclamante la carga de acreditar *prima facie* la existencia de una infracción de cada uno de los elementos de cada alegación, basándose en pruebas fácticas y argumentos jurídicos.³

9. Cuando lo que se alega es una infracción del párrafo 1 del artículo XI, la parte reclamante tiene la carga de establecer que la medida impugnada no es un derecho, impuesto u otra carga, y que representa una restricción cuantitativa a la importación o la exportación que está prohibida. Aunque satisfacer esta obligación pueda a veces ser difícil, la complejidad de una medida, o su interacción con otras, no reducen la carga probatoria del reclamante. El artículo XI del GATT no debe ampliarse de manera que prohíba medidas que no son restricciones cuantitativas.

10. La cuestión de la carga de la prueba es aún más importante en un asunto en el que una infracción del artículo XI del GATT se presenta como alegación subsidiaria y como consecuencia de la infracción de disposiciones del AGCS, como en el presente caso. Una medida que en virtud de un análisis de su diseño, arquitectura y estructura no es una restricción cuantitativa no está prohibida por el párrafo 1 del artículo XI aunque pueda especularse que la aplicación de la medida podría en algún momento reducir el volumen de los intercambios comerciales.

IV. CONCLUSIÓN

11. Sr. Presidente, la Arabia Saudita solicita respetuosamente al Grupo Especial que confirme que el párrafo 1 del artículo XI del GATT solo prohíbe las restricciones cuantitativas de las importaciones o las exportaciones, y solo las restricciones cuantitativas que no tienen la forma de derechos, impuestos u otras cargas. Esto es lo que el tratado requiere, como explicó el Órgano de Apelación.

12. Con esto concluye la declaración del Reino de la Arabia Saudita. Gracias por su atención.

³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 140 y 141.

ANEXO C-2**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE BRASIL***

1. El Brasil presenta aquí su resumen integrado, en el que describe brevemente las principales cuestiones planteadas en su comunicación y su declaración oral en calidad de tercero.

a) La prevención del fraude fiscal y otras prácticas que induzcan a error y la protección del sistema financiero son objetivos legítimos que los Miembros han de perseguir

2. El Brasil cree que los esfuerzos internacionales para regular los servicios financieros son cruciales no solo para la estabilidad del sistema financiero internacional, sino también para la seguridad de las economías en todo el mundo. Como los mercados han llegado a un nivel sin precedentes de interconexión, las crisis en el sistema financiero pueden afectar rápidamente a otros sectores de la economía y generar graves repercusiones en los ingresos, el empleo y el comercio.

3. El Brasil está persuadido de que las directrices y reglamentos derivados de esos esfuerzos internacionales pueden diseñarse y adoptarse plenamente y en armonía con la OMC. En lo que concierne concretamente a las medidas en litigio, el Brasil considera que los objetivos que estas persiguen pueden estar justificados a la luz de las disciplinas del AGCS, especialmente con arreglo a lo dispuesto en el Anexo sobre Servicios Financieros. En ese sentido merece la pena recordar que el propio AGCS reconoce la utilidad de las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes al evaluar si los reglamentos nacionales de un Miembro son compatibles con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo, como se indica en el párrafo 5 b) del artículo VI del mismo.

b) El AGCS otorga a los Miembros importantes facultades discrecionales para reglamentar y proteger el sistema financiero

4. Como recordó el Brasil en su comunicación en calidad de tercero, la idea de que la reglamentación de los servicios puede hacer distinciones entre los proveedores de servicios sobre la base de criterios objetivos radica en el fundamento mismo de los compromisos asumidos en el marco del AGCS. Por consiguiente, ya durante los trabajos preparatorios se dio por entendido que esas distinciones ni siquiera requerirían una ulterior justificación en virtud del artículo XVI por cuanto no incumplirían obligaciones o compromisos concluidos en el marco del Acuerdo, especialmente en virtud del artículo XVII (trato nacional) y el artículo II (nación más favorecida).¹

5. El Brasil considera que aun en el caso de que se constatará que una medida impugnada adoptada bajo los auspicios de esfuerzos internacionales para reglamentar los servicios financieros es incompatible con los artículos II y XVII del AGCS, esa medida podría estar justificada en virtud del AGCS, especialmente en virtud de los apartados c) y d) del artículo XIV y en virtud del párrafo 2 del Anexo sobre Servicios Financieros. Esas tres disposiciones, leídas e interpretadas de manera armónica, pueden justificar, a juicio del Brasil, la adopción de medidas necesarias para prevenir prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas, o que tengan por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos, o adoptadas por motivos cautelares o para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero.

6. El apartado d) del artículo XIV, por ejemplo, permite a los Miembros adoptar medidas para equiparar los niveles impositivos entre los proveedores de servicios nacionales y extranjeros, igualando así las condiciones por lo que respecta a los impuestos y permitiendo que las ventajas comparativas sean más efectivas. En ese sentido podría considerarse que es similar a un "ajuste fiscal en frontera" en el sentido del GATT, es decir, a una carga correctiva para hacer frente a discrepancias impositivas.

* Este texto fue presentado originalmente en inglés por el Brasil.

¹ MTN.GNS/W/210. Nota de la Secretaría. Aplicabilidad del GATS a las medidas fiscales. 1º de diciembre de 1993.

7. El Brasil estima, además, que el Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS otorga a los Miembros un mayor margen de control sobre los servicios y las instituciones financieras y de supervisión de sus operaciones, ya que las medidas que afectan al suministro de servicios financieros repercuten directamente en el sistema económico. Por consiguiente, ese Anexo, en el párrafo 2 a), prevé una excepción específica que permite a los Miembros adoptar medidas por "motivos cautelares" "[n]o obstante las demás disposiciones del Acuerdo".

8. Como indicó el Brasil en su comunicación escrita, uno de esos motivos cautelares, puesto como ejemplo por la disposición, es "garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero". Esto parece otorgar a los Miembros un margen de política bastante amplio para adoptar medidas globales destinadas a proteger la estabilidad financiera frente a distintos riesgos. Más importante aún, permite que en lugar de reaccionar frente a riesgos individuales planteados en sectores o esferas específicas del mundo financiero, los Miembros actúen anticipadamente y planifiquen con antelación, ya que muchas de las amenazas para la estabilidad financiera pueden deberse a múltiples y complejos factores en distintos mercados, como ha demostrado la reciente crisis financiera mundial de 2008.

9. Por consiguiente, el Brasil entiende que la única limitación impuesta a los Miembros por esa excepción es la de no adoptar medidas por motivos cautelares "como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por [los] Miembro[s] en el marco del Acuerdo". Así pues, cualquier Miembro que invocara la excepción cautelar tendría la carga de probar que ese derecho se utilizó debidamente, para lo cual las normas, directrices y prácticas internacionales serían útiles.

10. El Brasil entiende asimismo que, a diferencia de otras excepciones previstas en el AGCS, la excepción cautelar no requiere que se demuestre la necesidad (por ejemplo como en el marco de las excepciones generales - artículo XIV) o la proporcionalidad (por ejemplo como en el marco de las restricciones para proteger la balanza de pagos - artículo XII).

c) El hecho de que dos servicios estén en relación de competencia en el mercado pertinente puede no ser suficiente para que sean "similares" en el caso de los servicios financieros

11. Aunque en el sistema de solución de diferencias de la OMC el concepto de "similitud" en el comercio de servicios no ha sido analizado tan a fondo como en relación con el comercio de mercancías, el Brasil considera que podría haber algunas semejanzas en la evaluación de la similitud entre esos dos sectores, como en lo que respecta a si las mercancías o servicios en cuestión están en relación de competencia en el mercado pertinente de manera que se consideran "similares". Pese a ello, podría haber factores irrelevantes para el análisis de la "similitud" de las mercancías que podrían ser determinantes para la "similitud" de los servicios, como en el caso de los relacionados con las características de los proveedores de servicios objeto del análisis y el marco reglamentario del territorio en el que el proveedor está ubicado, en la medida en que ese marco afecta a la manera en que ese proveedor opera en el mercado.

12. En ese sentido, dada la naturaleza intangible de los servicios, el hecho de que dos servicios estén en relación de competencia en el mercado pertinente puede no ser suficiente para que sean "similares" en el caso de los servicios financieros. Como ha demostrado la crisis financiera mundial de 2008, una gestión temeraria, como una capitalización inadecuadamente baja y un apalancamiento excesivo, agravados por una supervisión pública deficiente y por prescripciones insuficientes en materia de transparencia, es una característica muy indeseable tanto desde el punto de vista de los consumidores como desde el de los gobiernos, ya que incrementa el riesgo de los servicios prestados. Por consiguiente, podría considerarse que las características arriba mencionadas de los proveedores y el marco reglamentario del territorio donde estos están ubicados, en la medida en que ese marco afecta a sus operaciones, constituyen elementos relacionados con las características del servicio, de la misma manera que las propiedades físicas de las mercancías son un elemento clave para identificar las características pertinentes de un producto.

13. El Brasil recuerda asimismo a ese respecto que en la diferencia China - Servicios de pago electrónico el Grupo Especial aclaró que en algunos casos puede ser necesaria una indagación separada de la "similitud" de los proveedores de servicios, en la medida en que la presunción de que los proveedores de servicios que prestan "servicios similares" son también "similares" puede no ser aplicable a todos los casos. A pesar de la aparente utilidad de este segundo criterio, el Brasil se permite resaltar que aun así su aplicabilidad tiene que considerarse caso por caso, a fin de evitar que criterios indebidamente estrictos hagan que todos los proveedores de servicios en un segmento dado sean "no similares".

ANEXO C-3**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LOS ESTADOS UNIDOS*****I. Cuestiones interpretativas en el marco de los artículos II y XVII del AGCS**

1. Trato menos favorable de jure o de facto. Los Estados Unidos consideran que hay una diferencia entre el trato basado únicamente en el origen y el trato basado en factores neutrales con respecto al origen relacionados con servicios o proveedores de servicios de uno o más Miembros en particular. Por ejemplo, si un Miembro simplemente prohíbe en sus reglamentaciones los servicios de construcción transfronterizos suministrados desde determinados Miembros de la OMC puede decirse que ese trato diferenciado se basa exclusivamente en el origen, en coherencia con el razonamiento expuesto en *China - Publicaciones y productos audiovisuales*. No obstante, si un país determina que solo admitirá a proveedores de servicios de construcción con experiencia en la utilización de un tipo concreto de material, y ese material solo se encuentra en determinados países, esto no constituiría un trato diferenciado basado *exclusivamente* en el origen.

2. El que las medidas de la Argentina distingan entre las condiciones reglamentarias existentes en las jurisdicciones nacionales de los proveedores de servicios (y que en consecuencia la medida designe a los países como "cooperadores" o "no cooperadores") significa que el trato otorgado por las medidas no está exclusivamente vinculado al origen de los proveedores de servicios, y que las medidas no otorgan un trato diferenciado *de jure* basado en el origen. El argumento en contrario de la UE -que la distinción se basa en el origen porque en las medidas los países se enumeran como "cooperadores" o "no cooperadores"- interpreta indebidamente el sentido de la expresión "sobre la base del origen". La propia medida indica que la diferenciación se basa en las *condiciones* que prevalecen en jurisdicciones específicas y plantean preocupaciones por lo que respecta a la capacidad de las autoridades para gravar pagos por servicios suministrados desde esa jurisdicción. Por tanto, la enumeración de países es simplemente un medio para que el regulador identifique qué pagos plantean esas preocupaciones.

3. Análisis de los "servicios similares" y los "proveedores de servicios similares". En lo tocante a la similitud, una cuestión que el Grupo Especial tiene ante sí en esta diferencia es si el marco reglamentario en la jurisdicción nacional de un proveedor de servicios puede hacer que dos servicios o proveedores de servicios no sean "similares" a los efectos de los artículos II o XVII del AGCS. En opinión de los Estados Unidos, esto puede ocurrir si las reglamentaciones de que se trate afectan al suministro del servicio en el mercado pertinente.

4. Aunque los dos servicios estuvieran en competencia directa y pudieran considerarse similares, los Estados Unidos estiman que la diferencia en el trato reglamentario de los dos proveedores puede pese a ello hacer que los dos proveedores de servicios sean no similares. Como afirmó el Grupo Especial en *China - Servicios de pago electrónico*, el hecho de que dos o más proveedores de servicios presten el mismo servicio puede dar lugar a una presunción de que los propios proveedores de servicios son también "similares". Sin embargo, esa presunción puede invalidarse si la parte demandada demuestra que los proveedores de servicios no son similares a pesar de la similitud de los servicios prestados.

5. Dada una diferencia en el trato reglamentario otorgado por sus autoridades nacionales, puede suceder que un Miembro objeto de reclamación considere que los dos proveedores no son similares y les otorgue sobre esa base un trato diferenciado. Cuando esa diferencia en la reglamentación afecta a los proveedores de servicios *como proveedores de servicios*, por cuanto las reglamentaciones afectan a la manera en que estos proporcionan el servicio, un grupo especial puede constatar que esos proveedores de servicios no son similares a los efectos del párrafo 1 del artículo II y el párrafo XVII de la AGCS. También pueden afectar a la similitud de los proveedores de servicios otros factores, como el tamaño o la experiencia pertinente. Las reglamentaciones, incluidas las concernientes a la transparencia fiscal, podrían afectar a la manera en que el servicio se suministra. Las reglamentaciones concernientes a la transparencia fiscal en una jurisdicción nacional podrían afectar, por ejemplo, a los riesgos vinculados a la prestación de un servicio. Esos

* Este texto fue presentado originalmente en inglés por los Estados Unidos.

riesgos pueden constituir un factor de similitud, aunque no afecten a la percepción de los consumidores o, de otro modo, a la relación de competencia entre los servicios o los proveedores de servicios.

6. Los Estados Unidos observan que una diferenciación reglamentaria, como un riesgo o un posible riesgo asociados al suministro de un servicio, puede ser un factor pertinente en el marco de más de una disposición del AGCS (por ejemplo, el análisis de la "similitud", el análisis del "trato menos favorable", y los análisis relacionados con la excepción cautelar u otras excepciones). El Órgano de Apelación ha observado que las mismas pruebas pueden ser pertinentes para "distintas indagaciones" en el marco de "distintos artículos", y servir a un "fin distinto". Aparentemente, la Argentina identifica un riesgo asociado al suministro de servicios por proveedores de países "no cooperadores" que puede no estar asociado con el suministro de servicios por proveedores de países "cooperadores", incluido el riesgo de que la Argentina no pueda hacer cumplir su legislación tributaria y garantizar la integridad de su base imponible.

7. Los Estados Unidos no se pronuncian sobre las opiniones de la Argentina, pero consideran que, con carácter general, las diferenciaciones basadas en los riesgos o los posibles riesgos planteados por un servicio o un proveedor de servicios, en comparación con los riesgos o posibles riesgos planteados por otro servicio o proveedor de servicios, pueden ser factores de "similitud" en el marco de las disposiciones sobre trato nacional y nación más favorecida del AGCS. En *CE - Amianto* el Órgano de Apelación constató que los riesgos relativos asociados a productos particulares pueden ser un factor pertinente -e incluso determinante- de la similitud. El Órgano de Apelación razonó que en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 cabe presumir que los factores de riesgo asociados a un producto afectarán a las propiedades físicas del producto o a los gustos y hábitos de los consumidores, y que en consecuencia no es necesario que esos riesgos se analicen como un criterio de similitud separado.

8. De manera análoga, en el contexto de los artículos II y XVII del AGCS, esos riesgos relativos u otros fundamentos de las diferenciaciones reglamentarias pueden ser factores en el análisis de si los servicios o los proveedores de servicios son "similares". Además, no puede necesariamente presumirse que los riesgos u otros fundamentos de las diferenciaciones reglamentarias entre servicios y proveedores de servicios afectarán a los gustos y hábitos de los consumidores (o afectarán de otro modo a la relación de competencia entre servicios o proveedores de servicios). El suministro de servicios está a menudo muy reglamentado, precisamente porque los consumidores no pueden advertir fácilmente diferencias claves entre los servicios o los proveedores, y la reglamentación trata, en parte, de velar por que los servicios satisfagan determinados criterios y prescripciones. Un análisis de la similitud puede tener que tomar en cuenta factores como: en qué modo un servicio o proveedor de servicios está reglamentado; la naturaleza y el carácter de ese servicio o proveedor de servicios; cómo perciben los consumidores ese servicio o proveedor de servicios; y la naturaleza y magnitud de una relación de competencia entre los servicios o los proveedores de servicios. Cada uno de esos factores, aunque a veces están relacionados, puede ser por sí mismo pertinente para determinar si los servicios o proveedores de servicios son "similares". Un análisis centrado únicamente en la naturaleza y magnitud de una relación de competencia puede no tener adecuadamente en cuenta todos los factores de similitud pertinentes.

9. Pertinencia del enfoque para interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los artículos II y XVII del AGCS deben interpretarse empleando las normas usuales de interpretación del derecho internacional público (párrafo 2 del artículo 3 del ESD) -es decir, de conformidad con el sentido corriente de sus términos, en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado-. El contexto incluye el preámbulo, así como otros acuerdos abarcados. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es contexto pertinente, y el enfoque empleado por el Órgano de Apelación para interpretar esa disposición puede ofrecer una perspectiva útil al interpretar el concepto de "trato menos favorable" en los artículos II y XVII del AGCS.

10. En *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* el Órgano de Apelación hizo observaciones sobre los factores contextuales específicos que informaban su interpretación de la obligación de trato nacional -y específicamente el concepto de "trato menos favorable"- en el marco del Acuerdo OTC. Entre los factores contextuales específicos que el Órgano de Apelación tuvo en cuenta cabe señalar los siguientes: el preámbulo del Acuerdo OTC; las características singulares del objeto abarcado por la disposición en litigio (en aquel caso, un reglamento técnico); y la relación entre el Acuerdo OTC y otros acuerdos abarcados y la existencia de excepciones.

11. Preámbulo. El análisis del trato menos favorable realizado por el Grupo Especial debería reflejar el objeto y fin del AGCS, tal como figuran en el preámbulo, de, entre otras cosas, equilibrar la liberalización progresiva del comercio con el derecho de los Miembros a reglamentar a fin de realizar los objetivos de su política nacional. En el tercer considerando del preámbulo se afirma el deseo de los Miembros de lograr "niveles cada vez más elevados de liberalización del comercio de servicios". En el sexto considerando se reconoce el derecho de los Miembros "a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional [...]". Un análisis coherente con ese objeto y fin debería tener en cuenta que una medida adoptada para alcanzar determinados objetivos de política nacional -incluidos otros objetivos reglamentarios- no otorga necesariamente un "trato menos favorable" aunque modifique las condiciones de competencia de algunos servicios o proveedores de servicios nacionales frente a servicios o proveedores de servicios similares de otro Miembro.

12. En *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* el Órgano de Apelación aplicó ese criterio al interpretar el trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En primer lugar observó que el preámbulo del Acuerdo OTC refleja tanto un objetivo de "liberalización del comercio" como un objetivo de "reducir los obstáculos al comercio internacional", matizados y contrarrestados por la afirmación del derecho de los Miembros a reglamentar para "alcanzar ciertos objetivos de política legítimos". Esa observación llevó en parte a la constatación del Órgano de Apelación de que "el objeto y fin del Acuerdo OTC 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. Por lo tanto, este objeto y fin indica que no se debería interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 prohíbe todo efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de las importaciones cuando ese efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas". El preámbulo del AGCS, en el que se reconoce el objetivo de equilibrar la liberalización progresiva del comercio con el derecho de los Miembros a reglamentar para alcanzar objetivos nacionales, respalda de manera análoga una interpretación del trato menos favorable que requiere algo más que una simple constatación de un efecto perjudicial para que se constate una infracción de la disposición sobre el trato nacional.

13. Naturaleza del objeto abarcado. Al interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación consideró significativo que dicho acuerdo concierna *únicamente* a los reglamentos técnicos, que se definen como "documento[s] en [los] que se establece[n] las características de un producto [...]". El Órgano de Apelación observó que, por su propia naturaleza, los reglamentos técnicos (a diferencia del ámbito más amplio de las medidas abarcadas por el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994) trazan distinciones entre productos. El artículo XVII del AGCS, al igual que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, se aplica a *todas* las medidas (no a un tipo de medida en particular, como el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC). Aunque no hay un acuerdo separado que abarque algo análogo a los reglamentos técnicos en el contexto de los servicios, hay muchos tipos de medidas que, de manera similar, pueden trazar distinciones entre servicios o proveedores de servicios. De hecho, el suministro de servicios está cuidadosamente reglamentado, y los servicios y proveedores de servicios a menudo están definidos y diferenciados por el marco reglamentario particular al que están sujetos. Así pues, determinadas medidas que afectan al comercio de servicios pueden tener características singulares que podrían informar los análisis de los "servicios similares", los "proveedores de servicios similares" o el "trato menos favorable".

14. Relación con otros acuerdos abarcados y existencia de excepciones. En *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* el Órgano de Apelación también tuvo en cuenta la relación del Acuerdo OTC con el GATT de 1994, así como el hecho de que el GATT de 1994 contiene excepciones generales mientras que el Acuerdo OTC no las contiene. Por lo que respecta a la relación, el Órgano de Apelación observó que los reglamentos técnicos están sujetos a las obligaciones de trato nacional en ambos acuerdos, y que las disposiciones relativas al trato nacional "se configuran en torno a las mismas expresiones básicas, en concreto, 'productos similares' y 'trato no menos favorable'". El Órgano de Apelación señaló asimismo que la obligación de trato nacional establecida en el GATT de 1994 está contrarrestada por excepciones generales, mientras que la disposición relativa al trato nacional en el Acuerdo OTC no lo está. No obstante, el texto de las excepciones generales del GATT de 1994 se refleja en buena medida en el sexto considerando del Acuerdo OTC.

15. Aplicando un análisis similar al AGCS es preciso señalar que, a diferencia del preámbulo del Acuerdo OTC, el preámbulo del AGCS *no* enumera objetivos de política en particular. Las excepciones generales al AGCS, que forman parte del contexto en el que han de interpretarse los artículos II y XVII, adoptan la forma de una lista cerrada, y no abarcan necesariamente todos los "objetivos de política nacional" a que se hace referencia en el preámbulo, o todos los objetivos reglamentarios reflejados en las disposiciones del AGCS. Para empezar, en el AGCS hay más excepciones aparte de las excepciones generales. Y en otras disposiciones se reflejan objetivos reglamentarios adicionales, como la transparencia (artículo III), la garantía de la competencia y la capacidad de los proveedores de servicios (párrafo 4 del artículo IV), la competencia (artículo IX), y el acceso a las telecomunicaciones públicas (Anexo sobre Telecomunicaciones). Así pues, una interpretación de los artículos II y XVII del AGCS, a la luz del derecho a reglamentar enunciado en el preámbulo, tendría que tomar en cuenta todos los posibles fundamentos para la reglamentación y no solo los que se reflejan en las excepciones generales.

16. En su interpretación de los artículos II y XVII del AGCS, el Grupo Especial debería tener en cuenta cualesquiera distinciones reglamentarias pertinentes entre servicios y proveedores de servicios. Al interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC el Órgano de Apelación tomó en consideración distinciones reglamentarias legítimas en su análisis del trato menos favorable. Por las razones arriba expuestas, los Estados Unidos creen que, en el contexto de las medidas que afectan al comercio de servicios, las diferenciaciones reglamentarias entre servicios o proveedores de servicios son pertinentes como factor en el análisis de qué servicio o proveedor de servicios nacional es "similar" al servicio o proveedor de servicios extranjero.

II. Apartado c) del artículo XIV

17. El apartado c) del artículo XIV de AGCS permite a los Miembros adoptar medidas que de otro modo serían incompatibles con el AGCS si esas medidas son necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles por sí mismos con el AGCS. En su comunicación en calidad de tercero, la UE afirma que el apartado c) del artículo XIV "aparentemente permite adoptar medidas para lograr el cumplimiento de leyes o reglamentos que abordan preocupaciones desde la perspectiva del *usuario del servicio*", de manera que "no parece que una medida que solamente aborda las preocupaciones de las autoridades tributarias por lo que respecta a la recaudación de ingresos no estaría comprendida en el ámbito de esa disposición". Los Estados Unidos no creen que el texto del apartado c) del artículo XIV del AGCS respalde la interpretación propuesta por la UE. Aunque cada una de las preocupaciones enumeradas en los incisos del apartado c) del artículo XIV *incluiría* preocupaciones relacionadas con los usuarios de los servicios, no hay en el texto de la disposición nada que indique que esas preocupaciones estarían *limitadas* únicamente a los usuarios de servicios. De hecho, el apartado c) del artículo XIV no menciona a los "usuarios" o los "consumidores" en ninguno de sus incisos, incluido el inciso i), objeto del presente examen. Por consiguiente, el análisis del Grupo Especial para determinar si una medida guarda relación con "la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas" no debería depender del objetivo previsto de esas prácticas. Antes bien, las constataciones en el marco del apartado c) del artículo XIV deben basarse únicamente en si la medida subyacente es compatible con la OMC, con independencia de quiénes sean los protegidos por ella.

III. Apartado d) del artículo XIV

18. El apartado d) del artículo XIV dispone que "ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas ... d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato 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". La nota 6 contiene a su vez una lista ilustrativa de medidas que satisfarían esa condición. Por tanto, cualquier medida cuya incompatibilidad con el artículo XVII se haya constatado deberá o bien estar comprendida en una de las descripciones de medidas que figuran en la nota, o tener de otro modo "por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos". La excepción no requiere que la medida sea "necesaria para" lograr la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos. En consecuencia, no es preciso demostrar que no se puede recurrir a otra medida menos restrictiva del comercio. Si la medida de hecho tiene por objeto la imposición o recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos, en el sentido de la nota 6, la medida satisfará el primer elemento del análisis del artículo XIV del AGCS, y un grupo

especial deberá entonces proseguir su análisis para determinar si se cumplen los requisitos enunciados en la parte introductoria.

IV. Párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros

19. El Grupo Especial planteó a los terceros dos preguntas concernientes al párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS (la "excepción cautelar"). Pidió primero opiniones sobre los "pasos" que "el Grupo Especial debería seguir en su análisis" de la excepción cautelar. Pidió también opiniones sobre la indicación de la UE de que la segunda frase de la excepción cautelar requiere una evaluación de si "la medida en litigio, tal como se aplica en la práctica, persigue realmente un objetivo cautelar o, por el contrario, se utiliza como medio para eludir el cumplimiento de los compromisos y obligaciones del demandado". En ese sentido el Grupo Especial pidió aportaciones sobre la indicación de la UE de que el fundamento racional de la frase es "comparable" al de la parte introductoria de las excepciones generales establecidas en el artículo XX del GATT de 1994 y el artículo XIV del AGCS.

20. Esta diferencia plantea una cuestión que no se ha analizado antes y cuya resolución tendrá importantes repercusiones sistémicas. Los Miembros de la OMC consideran que esta excepción es crucial por lo que respecta a los compromisos asumidos en el marco del AGCS, y en los debates sobre los servicios financieros celebrados en reuniones del Consejo del Comercio de Servicios han reconocido el amplio alcance de la excepción cautelar y han optado por no limitar expresamente las medidas que los Miembros pueden adoptar al amparo de ella. A un nivel más básico, la concepción amplia de la excepción cautelar por parte de los Miembros informó el alcance de los compromisos y las limitaciones para países específicos que negociaron e inscribieron en sus listas de compromisos específicos y exenciones NMF porque, como ha afirmado el Consejo del Comercio de Servicios, "toda medida que se adopte en virtud del párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros constituye una excepción al Acuerdo y no debe consignarse en las listas". Los Miembros también han incorporado la excepción o excepciones similares a numerosos acuerdos bilaterales y plurilaterales sobre comercio e inversiones, y han recurrido a ellas. Por consiguiente, los Estados Unidos consideran que el contexto de la presente diferencia requiere un enfoque prudente.

21. Si el Grupo Especial tuviera que analizar en este caso la excepción cautelar, debería interpretar el texto mismo de la excepción en lugar de importar criterios derivados de textos de otras disposiciones del GATT y el AGCS redactados de forma distinta. Como ha aclarado el Órgano de Apelación, la interpretación de una disposición de la OMC "se basará fundamentalmente en el texto del tratado". El Órgano de Apelación también ha afirmado que "[e]l intérprete de un tratado debe comenzar por centrarse en el texto de la disposición que va a interpretar. Es precisamente en las palabras de esa disposición, leídas en su contexto, donde ante todo debe buscarse el objeto y fin que persiguen los Estados Partes en el tratado". De ese modo, "corresponde al intérprete de un tratado dar significado a *todos* los términos que este contiene".

22. El párrafo 2 a) del Anexo sobre Servicios Financieros dispone que "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". Así pues, según el texto, para que la medida de un Miembro esté comprendida en la excepción el Miembro deberá, con carácter inicial, identificar un "motivo cautelar" "por" el que se "adopt[ó]" la medida. Esos motivos no son exclusivos; la excepción deja claro que su alcance es amplio y abarca otros motivos o consideraciones cautelares distintos de los expresamente enumerados en la disposición. Esto, a juicio de los Estados Unidos, es una cuestión crucial.

23. A tenor de su texto, y a diferencia de las excepciones generales, la excepción cautelar dispone que una medida debe adoptarse "por motivos cautelares". El texto ni requiere ni permite una evaluación del "grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido" ya sea en virtud de una prueba relacionada con la "necesidad" o de si la medida es "relativa a" un fin en particular (por ejemplo, la prueba de la "relación racional" o la "razonabilidad"). Por lo que respecta a la excepción cautelar los Miembros examinaron sugerencias preliminares de incluir un requisito de razonabilidad, pero en última instancia rechazaron la limitación y la omitieron en la excepción. Cuando un Miembro identifica un motivo cautelar por el que se ha adoptado la medida impugnada, el grupo especial deberá, de conformidad con la segunda frase de la excepción,

examinar si la medida se utiliza "como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del Acuerdo".

24. En opinión de los Estados Unidos no hay fundamento para aplicar una prueba derivada del texto de la parte introductoria de las excepciones generales establecidas en el GATT y el AGCS - donde se enumeran múltiples circunstancias en las que esas excepciones no serían aplicables- al texto mucho más estrictamente centrado en la prevención de abusos de la excepción cautelar. De hecho, por lo que respecta a la parte introductoria de las excepciones generales, el Órgano de Apelación ha explicado que si bien esa parte introductoria representa "una expresión del principio de buena fe", lo que importa es el texto real de la disposición, porque la "labor" que debe realizarse "es interpretar el lenguaje del preámbulo". En contraste, la disposición anti-abusos de la excepción cautelar solo dispone que las medidas "no se utilizarán como medio de eludir" los compromisos contraídos en el marco del AGCS. Junto con la primera frase de la excepción, que solo requiere que una medida sea "adopt[ada] ... por motivos cautelares", esta disposición no permite "adopt[ar]" una medida con el fin de eludir los compromisos contraídos por un Miembro en el marco del AGCS.

ANEXO C-4**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA*****1. INTRODUCCIÓN**

1. La Unión Europea se permite destacar que comparte las preocupaciones de la Argentina por lo que respecta a abordar la evasión y la elusión fiscales, incluidas la planificación fiscal agresiva y las prácticas fiscales nocivas. La Unión Europea considera que los Miembros de la OMC tienen a su disposición una amplia gama de medidas para alcanzar ese objetivo, entre ellas la mejora del intercambio de la información entre las autoridades tributarias y la adopción de medidas antiabusos adecuadas. No obstante, al adoptar esas medidas los Miembros de la OMC tienen que cumplir las obligaciones que les corresponden en virtud de la normativa de la OMC.

2. ALEGACIONES EN EL MARCO DEL AGCS**2.1. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO II DEL AGCS (NMF)**

2. La obligación de otorgar trato NMF establecida en el párrafo 1 del artículo II del AGCS forma parte de las obligaciones y disciplinas generales contenidas en la Parte II del AGCS. Así pues, en contraste con las obligaciones relativas al acceso a los mercados enunciadas en el artículo XVI del AGCS y de trato nacional enunciadas en el artículo XVII del AGCS, es aplicable con independencia de cualesquiera compromisos específicos que el Miembro de la OMC de que se trate haya contraído. Pese a ello, un Miembro de la OMC puede mantener medidas incompatibles con la obligación NMF establecida en el párrafo 1 del artículo II si esas medidas están consignadas en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II del Miembro, o si son compatibles con cualquiera de las excepciones previstas en el AGCS.

3. El análisis de una medida en el marco del párrafo 1 del artículo II conlleva tres pasos: i) hay que determinar si la medida está abarcada por el AGCS; ii) hay que examinar si los servicios o proveedores de que se trata son "similares"; y iii) hay que establecer que la medida otorga a los servicios o los proveedores de un Miembro de la OMC un trato menos favorable que el concedido a los servicios o proveedores similares de otro país.

4. i) La Unión Europea recuerda que con arreglo a la normativa de la OMC la falta de efectos comerciales *reales* no impide a un Miembro de la OMC presentar con éxito una alegación contra una medida. Por tanto, no es necesario demostrar la existencia de efectos comerciales reales para fundamentar una alegación al amparo de una disposición de la OMC que prohíbe la discriminación. Sin embargo, es preciso realizar un análisis cuidadoso de la medida impugnada y de sus repercusiones en el mercado, basándose en su diseño, estructura y funcionamiento previsto. La Unión Europea considera que las medidas en litigio están abarcadas por el AGCS.

5. ii) Es necesario determinar si los servicios o proveedores de servicios son "similares". El párrafo 1 del artículo II del AGCS alude a la similitud de los *servicios*, así como a la de los *proveedores de servicios*. Esa presunción de "similitud" de los proveedores de servicios podría aplicarse cuando, como en el presente caso, la distinción trazada por las medidas en litigio se basa exclusivamente en el origen del proveedor. Parece que las medidas en litigio operan *de jure* por razón del origen. Dado el diseño de las medidas de la Argentina, la Unión Europea considera que en esta etapa de determinación de la similitud la forma en que la lista se haya preparado carece de pertinencia. Si el mercado en el que la medida en litigio opera considera que los proveedores de jurisdicciones con leyes y reglamentos que obstaculizan la cooperación en la lucha contra el fraude fiscal o la evasión fiscal no están en una relación de competencia con proveedores de jurisdicciones que facilitan esa cooperación, puede considerarse que los proveedores "no son similares".

6. iii) Los Miembros de la OMC están obligados a otorgar cualquier trato más favorable concedido a un país "inmediata e incondicionalmente" a los demás Miembros de la OMC. El Grupo Especial tiene que determinar si las medidas en litigio modifican las condiciones de competencia en

* Este texto fue presentado originalmente en inglés por la Unión Europea.

detrimento de los servicios o los proveedores de servicios extranjeros, y si ese efecto puede atribuirse realmente a las medidas en litigio. A juicio de la Unión Europea, el hecho de que la Argentina goce de facultades discrecionales para escoger a los países comprendidos en la categoría de "países beneficiarios" puede ser pertinente para el análisis del Grupo Especial. A ese respecto, la Unión Europea duda de que la Argentina aplique "criterios objetivos" al escoger los países incluidos en la lista en cuestión. Aunque puede considerarse que los criterios establecidos por el Foro Mundial son "objetivos", la Argentina puede incluir a un país en la lista si ese país simplemente acepta iniciar negociaciones con miras a concluir un acuerdo bilateral para intercambiar información sobre cuestiones fiscales. Es decir, la Argentina puede incluir a un país en la lista con independencia de si ese país satisface los criterios objetivos del Foro Mundial o se compromete a cumplirlos. Esas amplias facultades discrecionales pueden dar lugar a discriminación. Puede haber, de hecho, otros países que actualmente no están incluidos en la lista de jurisdicciones "cooperantes", pero que estarían dispuestos a iniciar un proceso de negociaciones.

2.2. ARTÍCULO XVII DEL AGCS (TRATO NACIONAL)

7. Para establecer que se ha infringido el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS, el reclamante tiene que demostrar la existencia de tres elementos: i) hay que determinar si la Argentina ha contraído compromisos en materia de trato nacional por lo que respecta al sector de los servicios y el modo de suministro de que se trate; ii) hay que demostrar que las medidas en litigio afectan al comercio de servicios; y iii) hay que establecer que las medidas otorgan un trato menos favorable a los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros en comparación con los servicios o proveedores de servicios nacionales similares.

8. i) Por lo que respecta a los servicios de seguros de transporte y marítimos, así como a los de servicios de reaseguros y retrocesión, cabe señalar que la Argentina inscribió "ninguna" para los modos 1 a 3. Así pues, por lo que respecta a esos servicios y modos de suministro la Argentina ha contraído un compromiso de trato nacional pleno, sin limitación alguna. ii) No es preciso demostrar la existencia de efectos comerciales reales para fundamentar una alegación al amparo de una disposición de la OMC que prohíbe la discriminación. iii) La Unión Europea recuerda que el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS alude al trato tanto de los servicios como de los proveedores de servicios. Para determinar la similitud de los servicios el Grupo Especial debe tener en cuenta la "naturaleza y características" de las transacciones de servicios de que se trate. Si los servicios "son esencial o generalmente los mismos en lo que se refiere a la competencia", deberá considerarse que son "servicios similares". Por lo que respecta a la similitud de los proveedores de servicios, la determinación de la existencia de "servicios similares" da pie a una presunción de que los proveedores que suministran esos servicios son también "similares". En los casos en que la distinción trazada por la medida en litigio se base exclusivamente en el origen de los proveedores y los proveedores objeto de la medida "sean iguales en todos los aspectos importantes salvo en lo que respecta al origen", el requisito relativo a los "proveedores de servicios similares" se cumple. Una vez establecida la "similitud" de los servicios o los proveedores, deberá por último considerarse si las medidas en litigio "modifica[n] 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", como se especifica en el párrafo 3 del artículo XVII del AGCS.

2.3. ARTÍCULO XVI DEL AGCS (ACCESO A LOS MERCADOS)

9. La obligación relativa al acceso a los mercados establecida en el artículo XVI del AGCS solo es aplicable en la medida en que la Argentina haya contraído un compromiso específico de aplicarla en el sector de los servicios y el modo de suministro de que se trate, y con sujeción a los términos, limitaciones y condiciones especificados en la Lista de compromisos específicos de la Argentina. Cuando la Argentina haya contraído un compromiso de acceso a los mercados para el sector de los servicios y el modo de suministro de que se trate, esto conllevará una obligación de no restringir el acceso al mercado mediante la utilización de seis tipos de medidas.

10. En opinión de la Unión Europea, el análisis en el marco del artículo XVI requiere i) un examen de los términos exactos de la Lista de compromisos de la Argentina para determinar si existe un compromiso de acceso a los mercados por lo que respecta a los servicios y el modo de suministro en cuestión; y ii) una determinación de que las medidas impugnadas constituyen

limitaciones inadmisibles comprendidas en el ámbito de aplicación de una de las medidas enumeradas en los apartados a) a f) del párrafo 2 del artículo XVI del AGCS.

11. i) Como se indica en el párrafo 3 del artículo XX del AGCS, las Listas de compromisos de los Miembros de la OMC forman parte integrante del AGCS. Por lo que respecta al sector de servicios en cuestión -reaseguros y retrocesión- la Lista de compromisos específicos de la Argentina especifica la inscripción "ninguna" para el acceso al mercado en el Modo 1. Esto significa que la Argentina contrajo un compromiso pleno de acceso a los mercados sin limitaciones. Por lo que respecta al Modo 3, la Argentina ha especificado que "la autorización para la instalación de nuevas entidades se encuentra suspendida". Esta limitación no indica ninguna fecha final de la suspensión del otorgamiento de nuevas autorizaciones. El hecho de que el régimen jurídico nacional de la Argentina para los reaseguros cambiara en 1998, abriéndose más a la instalación de nuevas entidades, no afecta a las obligaciones asumidas por la Argentina en el marco del AGCS. Los compromisos asumidos por la Argentina en su Lista de compromisos representan los compromisos de liberalización mínimos a los que la Argentina se ha comprometido internacionalmente. La liberalización unilateral no afecta al alcance de las obligaciones internacionales de la Argentina. A falta de compromisos específicos a ese respecto, no tiene sentido realizar un análisis de las modificaciones en la legislación interna del Miembro de la OMC que asumió los compromisos en cuestión. Los compromisos que figuran en la Lista representan el único punto de referencia posible para la evaluación de si se ha concedido un trato menos favorable.

12. ii) Tiene que establecerse que las medidas impugnadas constituyen una limitación comprendida en el ámbito de aplicación del apartado a) del párrafo 2 del artículo XVI del AGCS. La Unión Europea se pregunta si cabe considerar que la medida en litigio, tal como la describe Panamá, es decir, la prohibición de prestar servicios de reaseguros y retrocesión por medio de los Modos 1 o 3 en el caso de que los proveedores sean originarios de los países excluidos, constituye una medida que impone un límite cuantitativo al número de proveedores de servicios, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XVI del AGCS. Aparentemente, la medida impone un requisito cualitativo, a saber, que los proveedores de servicios de reaseguros y retrocesión no sean originarios de países que no cumplen las normas mínimas de transparencia por lo que respecta a la información tributaria. El número total de proveedores de servicios que podrían proporcionar sus servicios de reaseguros o retrocesión en la Argentina por medio de los Modos 1 o 3 no está limitado. Por tanto, el Grupo Especial tal vez considere adecuado examinar esta medida solo en el marco del párrafo 1 del artículo II del AGCS en lugar de hacerlo en el marco del párrafo 2 a) del Artículo XVI del AGCS.

2.4. ARTÍCULO XIV DEL AGCS (EXCEPCIONES)

13. El artículo XIV del AGCS tiene una estructura doble. Un grupo especial tiene que examinar *primero* si una medida está provisionalmente justificada al amparo de uno de los párrafos del artículo XIV; y, *segundo*, si la medida satisface los requisitos enunciados en la parte introductoria del artículo XIV.

14. A fin de evaluar las medidas en litigio en el marco del inciso i) del apartado c) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial tiene que determinar si i) se adoptaron para *lograr la observancia* de leyes y reglamentos que no son incompatibles con las disposiciones del AGCS; ii) se adoptaron para garantizar el cumplimiento de leyes y reglamentos *relacionados con la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas*; y iii) son *necesarias* para lograr la observancia.

15. La Unión Europea pone en tela de juicio que las medidas que tratan de proteger los ingresos tributarios de un Miembro de la OMC estén comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado c) del artículo XIV del AGCS. Aparentemente, en los incisos i) a iii) del apartado c) del artículo XIV se especifican medidas que plantean preocupaciones para los usuarios de los servicios en cuestión. En otras palabras, parece que el apartado c) del artículo XIV permite la adopción de medidas para lograr el cumplimiento de leyes o reglamentos y que abordan preocupaciones desde la perspectiva del *usuario del servicio*. A ese respecto, no parece que una medida que solamente aborda las preocupaciones de las autoridades tributarias por lo que respecta a la recaudación de ingresos estaría comprendida en el ámbito de esa disposición.

16. Aunque el ámbito de aplicación del apartado c) del artículo XIV alcanzaría a medidas concernientes a cuestiones fiscales, no es evidente que las medidas de la Argentina cumplan los requisitos establecidos en el inciso i) de esa disposición. La Unión Europea considera que debe prestarse especial atención a si las leyes y reglamentos cuya observancia las medidas en litigio supuestamente tratan de lograr tienen por objeto la prevención de *prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas*. No está del todo claro si algunas de las prácticas que los contribuyentes adoptan con objeto de pagar menos impuestos de conformidad con las leyes pertinentes inducen a error o son fraudulentas; o si, más bien, representan prácticas de *elusión* de impuestos. No parece que las medidas mencionadas en el inciso i) del apartado c) del artículo XIV comprendan también medidas relacionadas con la prevención de la elusión de impuestos.

17. Una vez determinado que la medida en litigio cumple los requisitos establecidos en el inciso i) del apartado c) del artículo XIV, el Grupo Especial deberá determinar si la medida se aplica en forma que satisface las condiciones enunciadas en la parte introductoria del artículo XIV. La parte introductoria requiere que las medidas 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.

18. La Unión Europea considera que la clara discrecionalidad en la decisión de la Argentina por lo que respecta a la designación de un territorio como jurisdicción "cooperadora" a efectos de las cuestiones relativas a la información tributaria plantea preocupaciones sobre si la forma en que las medidas se aplican incumple las condiciones establecidas en la parte introductoria del artículo XIV.

19. El apartado d) del artículo XIV del AGCS contiene una excepción para las medidas que se ha constatado son incompatibles con la obligación de trato nacional enunciada en el artículo XVII del AGCS. Por consiguiente, *no* justifica infracciones de ninguna otra obligación establecida en el AGCS. Una medida estará justificada siempre que la diferencia de trato 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. La tercera medida descrita en la nota 6 concierne, en efecto, a medidas que se aplican a los no residentes o a los residentes "con el fin de prevenir la elusión o evasión de impuestos, con inclusión de medidas de cumplimiento". Así pues, el apartado d) del artículo XIV concierne directamente a las medidas adoptadas con el fin de prevenir la evasión o elusión de impuestos, por lo cual los Miembros de la OMC están legítimamente autorizados a adoptar medidas para prevenir esa evasión o elusión, siempre que lo hagan de manera compatible con las normas de la OMC.

20. Una vez establecido que la medida en litigio cumple los requisitos de una medida en el sentido del apartado d) del artículo XIV del AGCS, el Grupo Especial deberá evaluar la aplicación de esta en el marco de la parte introductoria del artículo XIV.

2.5. PÁRRAFO 2 A) DEL ANEXO SOBRE SERVICIOS FINANCIEROS DEL AGCS (EXCEPCIÓN CAUTELAR)

21. La Unión Europea señala en primer lugar que el alcance de la excepción cautelar está determinado por el del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS en el que figura. El párrafo 1 a) del Anexo indica que este "se aplica a las medidas que afecten al suministro de servicios financieros". La Unión Europea no considera que esto signifique que únicamente las medidas que regulan directamente el sector de los servicios financieros estén comprendidas en el alcance de la excepción cautelar. Pese a ello, un Miembro que invoque el párrafo 2 a) está obligado a establecer en qué manera esas medidas "afect[a]n al suministro de servicios financieros".

22. *En primer lugar*, la parte que invoca la disposición tiene que demostrar que la medida se ha adoptado por motivos cautelares. El párrafo 2 a) contiene una lista indicativa de esos motivos cautelares. *En segundo lugar*, la última frase del párrafo 2 a) especifica que cuando las medidas en litigio "no sean conformes" al AGCS, "no se utilizarán como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del [AGCS]". Así pues, aunque una medida que infringe el AGCS persiga un objetivo cautelar, deberá determinarse si mediante la utilización de esa medida el Miembro está tratando de eludir sus compromisos y obligaciones en el marco del AGCS.

3. ALEGACIONES EN EL MARCO DEL GATT DE 1994

3.1. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO I (NMF)

23. El párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 no requiere que cualquier ventaja tenga que aplicarse exactamente en la misma manera a todas las importaciones, con independencia de su origen. Los Miembros está autorizados para introducir legislación de cualquier tipo siempre que no modifiquen las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados similares. El párrafo 1 del artículo I preserva la igualdad de oportunidades de competencia para productos importados similares procedentes de todos los Miembros, y en consecuencia prohíbe imponer condiciones que tengan un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados similares de cualquier Miembro.

3.2. PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III (TRATO NACIONAL)

24. A juicio de la Unión Europea, la petición de información adicional para los productos importados (comparada con la información pedida para los productos nacionales) puede modificar las condiciones de competencia, y en última instancia dar lugar a un trato menos favorable, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

3.3. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO XI (RESTRICCIONES CUANTITATIVAS)

25. El párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 establece una prohibición general de las restricciones cuantitativas. La disposición comprende una condición limitativa de la importación, por lo que abarca las prohibiciones y restricciones que tengan efectos limitativos de la cantidad o el valor de un producto importado o exportado. Prohíbe la imposición o mantenimiento por un Miembro de cualquier medida, con independencia de su condición jurídica, que prohíba o restrinja la importación de productos. Así pues, una medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 cuando prohíbe la importación de productos o incluye una condición que limita la importación o restringe el acceso a los mercados de los productos importados.

26. El Grupo Especial debe determinar si la medida en litigio afecta a la importación de mercancías o a productos importados. El párrafo 1 del artículo XI está dirigido exclusivamente a las restricciones relacionadas con la propia importación, y no a los productos que ya han sido importados.

3.4. APARTADO D) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994 (EXCEPCIONES GENERALES)

27. El apartado d) del artículo XX impone una "doble" prueba. En primer lugar deberá establecerse si la medida está justificada provisionalmente al amparo del apartado d). En segundo lugar, la medida deberá examinarse a la luz de la cláusula introductoria (la "parte introductoria") del artículo XX.

28. Por lo que respecta al primer aspecto de la prueba deberán establecerse dos elementos: i) la medida deberá estar diseñada para "lograr la observancia" de las leyes y los reglamentos que no sean por sí mismos incompatibles con alguna disposición del GATT de 1994; y ii) la medida deberá ser "necesaria" para lograr esa observancia.

29. La Unión Europea no pone en entredicho la necesidad de que los Miembros de la OMC adopten medidas para luchar contra el fraude fiscal o la elusión de la recaudación legítima de impuestos. Sin embargo, se pregunta hasta qué punto las medidas en litigio contribuyen al objetivo mencionado si la Argentina puede escoger a países, como Panamá, que no satisfacen las prescripciones internacionales pertinentes en materia de transparencia.

30. Incluso si la Argentina consigue demostrar que las medidas en litigio están justificadas provisionalmente al amparo del apartado d) del artículo XX, el Grupo Especial tendrá aun así que analizar si la medida satisface los requisitos de la parte introductoria del artículo XX, que impide a los Miembros de la OMC aplicar medidas en forma que constituya a) "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" o b) "una restricción encubierta al comercio internacional". Así pues, el Grupo Especial deberá evaluar si las distinciones que la Argentina traza no equivalen a una discriminación arbitraria e injustificable

entre países en los que prevalecen condiciones similares, o una restricción encubierta al comercio internacional.

4. CONCLUSIÓN

31. La Unión Europea considera que este asunto plantea importantes cuestiones de interpretación de varias disposiciones del AGCS y el GATT. Aunque no adopta una posición definitiva en cuanto al fondo del asunto, solicita al Grupo Especial que examine cuidadosamente el alcance de las alegaciones a la luz de las observaciones formuladas en esta comunicación.
