

ANEXO D-1

DECLARACIÓN ORAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

(13 a 15 de marzo de 2001)

ÍNDICE

	<u>Página</u>
1. Lo que estamos examinando	3
2. Exclusión o exención.....	4
3. ¿Qué es una categoría de ingresos?.....	4
4. El que puede hacer más no siempre puede hacer menos	5
5. ¿Cuál es el marco (o punto de referencia) analítico adecuado para determinar la supeditación a la exportación?.....	6
6. Puede haber subvenciones supeditadas a la exportación dentro de un programa más amplio	7
7. Es preciso dar sentido al apartado b) del párrafo 1 del artículo 3 del <i>Acuerdo SMC</i>	8
8. La defensa basada en la doble imposición - práctica internacional.....	9
9. La finalidad de la última frase de la nota 59 de pie de página.....	10
10. El hecho de que algunos países puedan gravar algunos ingresos ext.1(ar 1(i)-4.Tba7)10.5(n77cpl)-3.6tión77cpl acosa a utilizar isteam con la OI quendo lohas.....	

Señor Presidente, señores miembros del Grupo Especial,

1. Las CE saben que el Grupo Especial ha estudiado cuidadosamente las comunicaciones presentadas en este caso, por lo que expondrán brevemente sus observaciones introductorias.

2. Trataremos de ayudar al Grupo Especial poniendo de relieve los puntos que consideramos más importantes.

1. Lo que estamos examinando

3. En primer lugar, para poner las demás cuestiones en contexto, las CE se permiten recordar que el asunto sometido a la consideración de este Grupo Especial es si los Estados Unidos han aplicado adecuadamente las recomendaciones del Grupo Especial en el procedimiento original -concretamente, si han **retirado la subvención**- dentro de los plazos establecidos por el OSD.

4. La respuesta fácil e inmediata a esa pregunta es claramente negativa. No se han retirado las subvenciones EVE a partir del 1º de octubre de 2000, y de hecho siguen estando disponibles en su forma original ... y seguirán estándolo indefinidamente. No está claro que alguien haya recurrido ya al Programa de sustitución de las EVE. Las pautas y reglamentos de aplicación aún no se han publicado, y no se ha fijado una fecha para que esto suceda.

5. Las últimas noticias de que las CE disponen figuran en un informe fiscal de *BNA Daily*, fechado el 8 de marzo de 2001, en el que se atribuye a Dirk Suringa, de la Oficina del Asesor Fiscal Internacional del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, la siguiente afirmación¹:

... aún era pronto para decir cuándo se publicarían los reglamentos previstos, pero los interesados podían tener la seguridad de que el Tesoro los consideraba un proyecto importante y recabaría la aportación del público para elaborarlos.

6. Las CE recuerdan que en el procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 relativo al caso *Australia - Salmón*, el Grupo Especial afirmó que:

"En nuestra opinión, puede decirse que *'existe'* un nuevo régimen de medidas de aplicación cuando en él se establecen todas las prescripciones y criterios conforme a los cuales el producto de que se trate puede entrar en el mercado del Miembro que procede al cumplimiento. Para que los productos puedan entrar en el mercado, es necesario, además, que estén en vigor las nuevas medidas que establecen esas prescripciones y criterios. *No estimamos que el hecho de que una reglamentación general establezca algunos de esos criterios y prescripciones básicos -pero no todos- sea suficiente para que 'exista' un nuevo régimen ...*"²

7. Esa es la razón por la que las CE entienden que las subvenciones EVE no se han retirado.

8. No obstante, el mandato del Grupo Especial también engloba la compatibilidad de las nuevas medidas con la OMC, por lo que también se plantea al Grupo Especial una cuestión menos inmediata, pero a juicio de las CE, no mucho más difícil: si el nuevo Programa de sustitución de las EVE, cuando realmente esté en vigor, será compatible con la OMC.

¹ Se adjunta como Prueba documental CE-14.

² Informe del Grupo Especial establecido en virtud del párrafo 5 del artículo 21, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón ("Australia - Salmón")*, WT/DS18/RW, adoptado el 20 de marzo de 2000, párrafo 7.28 (cursiva añadida).

23. Como han señalado las CE, el fundamento mismo de una subvención es que un gobierno da a

38.

47. Además de los casos en que la estructura de costos de los productos acabados es tal que obliga a utilizar artículos estadounidenses, hay otros en los que, **para reducir al mínimo el riesgo** de no satisfacer la limitación del contenido extranjero, por ejemplo porque el precio del producto final puede disminuir, o porque el precio de los "artículos" que son componentes extranjeros puede aumentar, la limitación del contenido extranjero hará que los productores estadounidenses prefieran "artículos" estadounidenses.

48. Esta "preferencia" se contempla también en la prohibición del apartado b) del párrafo 1 del artículo 3 cuando éste se refiere al "empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".

49. Las CE han dado un sentido a todos los aspectos del apartado b) del párrafo 1 del artículo 3, como requieren la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* y el principio de interpretación efectiva de los tratados, mientras que los Estados Unidos no han dado ningún sentido a la frase "empleo de productos nacionales con preferencia a los importados". Se han limitado a responder que (en algunos casos) la Ley de sustitución de las EVE no obliga a utilizar productos nacionales²¹, y que esto, en su opinión, es suficiente para rechazar toda alegación en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 3.

50. Si se constatará que la imposición de un límite máximo a la utilización de "artículos" extranjeros no está regulada por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3, se estaría dando a los Miembros de la OMC una clara indicación de los medios para eludir la prohibición que ellos mismos quisieron se incluyera en el *Acuerdo SMC*. No sería nada difícil transformar una prescripción "positiva" de utilizar productos nacionales en una prescripción de no utilizar más de una determinada cuantía o valor de productos extranjeros.

8. La defensa basada en la doble imposición - práctica internacional

51. Pasamos ahora a la defensa de los Estados Unidos basada en la doble imposición. En su primera comunicación escrita, las CE expusieron toda una serie de razones que demuestran que el Programa de sustitución de las EVE es una medida para evitar una sola imposición, y no la doble

Como han explicado las CE en sus comunicaciones escritas, la Ley de sustitución de las EVE excluye del pago de impuestos ingresos que otros países no pretenden gravar.²³

55. Es cierto que los ingresos excluidos del pago de impuestos como consecuencia de la subvención *ampliada* de sustitución de las EVE pueden en algunos casos estar sujetos a tributación en el extranjero. El aspecto de la subvención de sustitución ampliada de las EVE que no tiene precedentes es no sólo que se aplica igualmente cuando la actividad económica tiene lugar en los Estados Unidos, sino que también puede dar lugar a una *compensación excesiva* de los impuestos pagados en el extranjero, por lo cual, además de constituir una subvención, tampoco puede considerarse como una medida para evitar la doble imposición.²⁴

56. Además, aunque los países a veces consideran más adecuado utilizar uno u otro método para distintos tipos de ingresos o en distintas circunstancias, no parece que haya precedentes de que se haya autorizado a los contribuyentes a decidir, *transacción por transacción*, si desean utilizar uno u otro método.

9. La finalidad de la última frase de la nota 59 de pie de página

57. La última frase de la nota 59 de pie de página del párrafo e) del Anexo I del *Acuerdo SMC* se refiere a las "medidas *destinadas a* evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero", y no a "medidas *que* evitan la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero".

tanto están facultados para eximir del pago de impuestos una amplia categoría de ingresos, tal vez por el mero hecho de que puedan estar sujetos a tributación en alguna parte.²⁶

61. Las CE observan que los Estados Unidos no han citado un solo ejemplo de país que gravaría los "ingresos extraterritoriales" obtenidos por empresas estadounidenses. Las referencias que hacen a los regímenes fiscales del Reino Unido y del Canadá no son convincentes, ya que esos dos países tienen tratados fiscales bilaterales con los Estados Unidos.

62. En cualquier caso, las disposiciones legales del único Estado miembro de la UE mencionado, el Reino Unido, no le llevarían a gravar los "ingresos extraterritoriales" aunque no hubiera concluido un tratado fiscal con los Estados Unidos.

63. Una lectura más cuidadosa del extracto de la publicación que los Estados Unidos han adjuntado a su segunda comunicación escrita²⁷ nos llevará a concluir que, fuera cual fuera la situación que prevalecía en el siglo XIX:

"El criterio que por lo general adoptan actualmente los tribunales es preguntar si 'las actividades de las que fundamentalmente derivan los beneficios' tienen lugar en el Reino Unido."

64. Por consiguiente, el principio aplicado en el Reino Unido es que una entidad no residente puede estar sujeta al pago de impuestos sobre los beneficios de las empresas si sus beneficios "derivan fundamentalmente de actividades" en el Reino Unido. La conclusión de contratos de venta en el Reino Unido puede seguir siendo *un indicador* del comercio, y con ello de la obligación de pagar impuestos sobre los beneficios empresariales en el Reino Unido, pero la misma publicación del tratado añade que:

si una empresa extranjera establece una oficina en el Reino Unido que simplemente realiza actividades administrativas (por ejemplo, la preparación de las cuentas internas de la empresa extranjera por lo que respecta a las ventas y las compras) o actividades de representación (por ejemplo, el proporcionar información a posibles clientes, pero no la formulación de ofertas de venta o la negociación o ejecución de contratos), no se considerará que la empresa extranjera realiza actividades comerciales en el Reino Unido.

65. No parece, por tanto, que los "ingresos extraterritoriales" estadounidenses serían gravables en el Reino Unido aunque desapareciera el tratado de doble imposición.

66.

11. La última frase de la nota 59 de pie de página se refiere únicamente a los ingresos

que lo han hecho, no han abordado el contenido de la alegación de las CE, sino más bien 1) alegado que las CE incurren en error al describir la limitación del contenido extranjero -lo que a su vez falsea los argumentos de las CE, y 2) alegado que faltan pruebas- estableciendo así un criterio en materia de pruebas tan vago como injustificado. Nos limitaremos, por ello, a mencionar lo siguiente:

el párrafo 4 del artículo III **se aplica a los incentivos** para la utilización de productos nacionales;

en las alegaciones relativas a una medida de aplicación general, según el párrafo 4 del artículo III, las **condiciones probatorias no tienen por qué ser más estrictas**;

la **limitación del contenido local es una prescripción relativa a los productos**, no a las empresas. Como esta última cuestión es objeto de una de las preguntas del Grupo Especial, nos referiremos a ella con más detalle en nuestra respuesta.

75. Los Estados Unidos opinan que la Ley de sustitución de las EVE no "requiere" el empleo de productos manufacturados en los Estados Unidos. Canufactemé

80. En cualquier caso, las CE han hecho saber claramente que a su juicio la Ley no contiene una obligación expresa de que los productores estadounidenses utilicen "artículos" estadounidenses.³⁷ Por tanto, no puede sostenerse que los argumentos de las CE citados por los Estados Unidos signifiquen lo contrario.

81. La limitación del contenido extranjero es una prescripción que **afecta** a la "venta ... compra ... o uso" de productos y otorga a los productos importados un trato menos favorable que a los estadounidenses. Las CE han demostrado, en relación con sus alegaciones en virtud de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, que la limitación del uso de artículos extranjeros obligará en la práctica a utilizar productos estadounidenses para las mercancías en las que el valor de las materias primas y los componentes represente más del 50 por ciento del precio total. Sin embargo, recuerdan que el párrafo 4 del artículo III también abarca las hipótesis en las que, sin que sea estrictamente necesario utilizar productos nacionales, **se inducirá a los productores** a hacerlo. Toda prescripción que "afecte" a la venta ... compra ... o utilización de productos está englobada en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo III. Como indicó el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Bananos*, la palabra "afectar" "denota una medida que tiene 'un efecto sobre', y ello indica un amplio campo de aplicación".³⁸

82. La limitación del contenido extranjero otorga un "trato menos favorable" a los "artículos" extranjeros que pueden componer "bienes de comercio exterior que reúnen las condiciones establecidas", porque concede a los "artículos" de origen estadounidense una ventaja competitiva frente a los productos extranjeros.³⁹

85. La única otra respuesta de los Estados Unidos a la alegación de las CE en virtud del párrafo 4 del artículo III consiste en inventar un nuevo criterio en materia de pruebas para los casos centrados en medidas de aplicación general (en contraste con las medidas específicas por productos). Sin embargo, contrariamente a lo que sostienen los Estados Unidos, el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 **no impone "condiciones probatorias más estrictas"** cuando se impugnan medidas de carácter general.

86. Las CE se limitarán a remitir al Grupo Especial a anteriores informes de grupos especiales en los que se han apoyado en su primera comunicación escrita⁴¹ y en los que también se analizaban medidas de aplicación general. Son los siguientes:

Canadá - FIRA

Estados Unidos - Artículo 337

CEE - Piezas y componentes

87. En ninguno de los casos arriba citados estableció un grupo especial un criterio en materia de pruebas distinto, y mucho menos "más estricto", del tipo propugnado por los Estados Unidos en su primera comunicación escrita. En cualquier caso, los grupos especiales que han analizado alegaciones en virtud del párrafo 4 del artículo III se han remitido de manera indiferenciada a asuntos anteriores en los que se examinaban medidas de carácter general o específicas por productos. Además, han señalado que

la prescripción del párrafo 4 del artículo III se refiere a "las oportunidades de competencia relativas que crea el Gobierno en el mercado ...";

y que

"para determinar si se ha producido o no una infracción del párrafo 4 del artículo III no es necesario examinar por separado si una medida confiere protección a la producción nacional".⁴²

No es casual que los Estados Unidos no hayan podido remitirse a ningún antecedente que justifique el criterio en materia de pruebas que acaban de crear.

88. Aun suponiendo, a efectos de la argumentación, que tuviera que hacerse alguna referencia al

Lista de Pruebas documentales

- EC-14 Extracto del informe fiscal de BNA *Daily*, 8 de marzo de 2001 (donde se cita a Dirk Suringa, de la Oficina del Asesor Fiscal Internacional del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos).
- EC-15 Extracto de la Explicación General de la Ley de Reforma Fiscal de 1986 elaborada por el Personal del Comité Mixto de Tributación del Congreso.

ANEXO D-2

- si la Ley de sustitución de las EVE se aplica a los productos agropecuarios producidos en el extranjero, en particular los cultivos y los productos básicos, y en qué forma se aplica.⁶

5. Sin embargo, los antecedentes legislativos ponen de manifiesto que la Administración estadounidense participó estrechamente en el proceso de aprobación del proyecto de ley y debía haber

Funcionarios del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos se reunieron con legisladores fiscales del Congreso a última hora del día 21 de julio para examinar el

necesidad de mantener en alguna forma la subvención y empezaron a reunirse en secreto para determinar con detalle la manera de eludir la resolución de la OMC y mantener estos incentivos fiscales valorados en muchos miles de millones de dólares."

2. La existencia de una subvención

10. Los Estados Unidos piden al Grupo Especial que acepte que los Miembros de la OMC tienen aparentemente un derecho ilimitado a eximir de tributación cualquier tipo de ingresos y después alegar que no están otorgando una subvención porque han modificado el punto de referencia vigente con arreglo a 1.141

4. La limitación del contenido extranjero

16. Ya hemos indicado más arriba que se puede encontrar una explicación a la limitación del contenido extranjero en los antecedentes legislativos, como la declaración del Sr. Levin de que:

"...el proyecto no ofrece incentivos para que los productores estadounidenses trasladen sus operaciones al extranjero. Define cuidadosamente los bienes que pueden ser objeto de transacciones reguladas por el nuevo régimen fiscal. No más del 50 por ciento del valor equitativo de mercado de esos bienes puede consistir en a) componentes que no sean estadounidenses, más b) mano de obra directa que no sea estadounidense. La disposición ha sido cuidadosamente analizada por quienes formamos parte del Comité de Medios y Arbitrios y por el Departamento del Tesoro, y además, si me permiten añadirlo, por el jefe de la minoría."

5. La Ley obliga a otorgar subvenciones prohibidas

17. Esto nos lleva a una cuestión de carácter más jurídico, concretamente que la Ley es incompatible con el Acuerdo SMC porque obliga a otorgar las subvenciones prohibidas si los contribuyentes satisfacen las condiciones. El texto no impide otorgar esas subvenciones. Las

No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, cuando una persona, distinta de un agente independiente al que será aplicable el apartado 6, actúe por cuenta de una empresa del otro Estado contratante y tenga y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto a las actividades que dicha persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 4 y que, de haber sido realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado (párrafo 5 del artículo 5, subrayado añadido).

24. Además, el Comentario del párrafo 5 del artículo 5¹⁰ indica claramente que

El uso de la expresión "establecimiento permanente" en este contexto presupone, naturalmente, que la persona (el agente dependiente) hace uso de sus facultades reiteradamente y no sólo en casos aislados.¹¹

25. En el Comentario se indica asimismo que

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el apartado 5 simplemente ofrece un criterio alternativo para determinar si una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado.¹²

26. Por tanto, el párrafo 5 del artículo 5 sólo establece un criterio alternativo al que ofrecen los párrafos 1 y 2, y en ningún caso sugiere que pueda existir un establecimiento permanente sin un considerable grado de permanencia.

27. Contrariamente a la alegación de los Estados Unidos de que las CE, en su Segunda Comunicación escrita, han omitido parte del artículo 5 y sugerido que el concepto de establecimiento permanente en esa disposición está limitado a la existencia de un lugar fijo de negocios, las CE, al hacer su Segunda Comunicación escrita, tuvieron cuidadosamente en cuenta todo el alcance de los artículos 5 y 7 del Convenio y concluyeron que la Ley de sustitución de las EVE en ningún caso requiere, para que un contribuyente estadounidense tenga acceso a la subvención, que se realicen actividades en el extranjero que por su naturaleza constituirían un establecimiento permanente.

28. En efecto, es de capital importancia tener en cuenta que la prescripción relativa a los procesos económicos en el extranjero de la Ley de sustitución de las EVE se basa en un criterio de costo porcentual, y puede satisfacerse sin realizar ninguna actividad fuera de los Estados Unidos. En este

7. La nota 59

29. Las CE han explicado que en el presente caso no es necesario establecer la condición y el sentido exactos de la nota 59. Basta con tener en cuenta que la Ley de sustitución de las EVE no es una medida para evitar la doble imposición y no está limitada a los ingresos procedentes del extranjero.

30. Tanto si se considera que esto es una referencia a un criterio de la OMC como si se opina que debe evaluarse, al igual que los ingresos condonados, por referencia al sistema fiscal del país de que se trate, la Ley de sustitución de las EVE no satisface esa condición.

8. El apartado b) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC y el apartado 4 del artículo III del GATT de 1994

31. La mejor manera de sintetizar lo relativo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 3 es recordar lo que el Grupo Especial ha preguntado a los Estados Unidos en la pregunta 9.

32. El apartado b) del párrafo 1 del artículo 3, como hemos indicado, prohíbe las condiciones que den preferencia a los productos nacionales en *cualquier* caso.

33. Los propios Estados Unidos han reconocido que puede haber casos en los que sea necesaria la utilización de artículos estadounidenses.

34. Esto significa *a fortiori* que la limitación del contenido extranjero ofrecerá un incentivo a los productos nacionales en el sentido del párrafo 4 del artículo III.

Lista de Pruebas documentales

35. EC-16 Declaración del Presidente Clinton con ocasión de la firma de la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE - Oficina del Secretario de Prensa de la Casa Blanca, Hanoi (Vietnam), 17 de noviembre de 2000.

36. EC-17 Comunicado de prensa del Gobierno "el Comité aprueba la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales de 2000", 27 de julio de 2000.

- EC-18 *Worldwide Tax Daily*, 24 de julio de 2000, "*US Congressional taxwriters discuss FSC legislation*", Goulder, Robert, Donmoyer, Ryan J; analistas fiscales.

- EC-19 Actas del Congreso, Cámara de Representantes, 14 de noviembre de 2000.

- EC-20 Reglamento de los Estados Unidos sobre el funcionamiento del Programa EVE, 6 de marzo de 2001.

ANEXO D-3

DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

(13 de marzo de 2001)

I. INTRODUCCIÓN

1. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial: en nombre de la delegación de los Estados Unidos quiero darles las gracias por la oportunidad de comparecer hoy ante ustedes. Somos conscientes del gran número de cuestiones sometidas a la consideración del Grupo Especial, del volumen de la documentación que se le ha presentado y de la gravedad de las cuestiones que debe ponderar. Les expresamos nuestro reconocimiento por la buena disposición que les ha llevado a aceptar este importante desafío y les agradecemos sus servicios para tratar de resolver esta diferencia y contribuir a la consecución de los objetivos del sistema multilateral.

2. A estas alturas, el Grupo Especial sabe perfectamente que los Estados Unidos no creen que las CE hayan conseguido demostrar que la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales de 2000 -que en adelante denominaré "la Ley"- es incompatible con las obligaciones asumidas por los Estados Unidos en la OMC. A nuestro entender, las CE consideran que lcu.3(nA12.5a(e 1)7.s3(a)gcu.3(nnu)12.1A)JTJ0(enns)9.7(ide)10.1(r)-2.9(5 A nu)xE.3(ig)1tu

atuvieron al texto y a la decisión de este Grupo Especial y del Órgano de Apelación al elaborar la Ley. Sin embargo, después de haberlo hecho, los Estados Unidos tienen que hacer frente a argumentos que no se basan en el texto o que por su propia naturaleza no son textuales. Esos argumentos tratan de ensanchar el alcance de las normas de la OMC más allá de su sentido corriente, y si se aceptaran añadirían a las disposiciones de la OMC nuevas prescripciones y condiciones que sencillamente no existen.

II. CUESTIONES FUNDAMENTALES PLANTEADAS POR EL PRESENTE CASO

7. Los Estados Unidos sostienen respetuosamente que para llegar a una decisión en el presente asunto que sea acorde con los métodos de interpretación adecuados y contribuya a la consecución de los objetivos del sistema de solución de diferencias, el Grupo Especial deberá dar respuesta a ciertas cuestiones esenciales relacionadas con el sentido de las disposiciones pertinentes de la OMC que el presente asunto ha planteado. Los Estados Unidos expondrán brevemente esas cuestiones cruciales, para responder después a algunos de los argumentos específicos formulados por las CE en sus comunicaciones.

8. A juicio de los Estados Unidos, las principales cuestiones son las siguientes:

En primer lugar, si la Ley otorga una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC porque, aunque en general excluye de tributación a los ingresos extraterritoriales, grava algunos ingresos extraterritoriales.

En segundo lugar, si la Ley está supeditada a la exportación con arreglo al apartado a) del

norma nacional vigente" del Miembro en cuestión para determinar si se han condonado ingresos "que en otro caso se percibirían".⁶ Por tanto, si la "norma nacional vigente" del sistema fiscal de un Miembro no gravaría una categoría de ingresos que está excluida por una medida impugnada, no puede decirse que "en otro caso se percibirían" ingresos.

12. La Ley no condona ingresos si se compara con cualquier norma vigente en los Estados Unidos. No hay ningún "punto de referencia normativo" en virtud del cual se gravarían los ingresos extraterritoriales, a no ser que se presuponga, en contravención del razonamiento del Órgano de Apelación, que los Estados Unidos gravan *todos* los ingresos. La Ley define los ingresos extraterritoriales excluidos, y esa definición, como todas las definiciones, engloba una categoría de elementos que satisfacen sus condiciones y una categoría de elementos que no la satisfacen. Sin embargo, el mero hecho de que la definición legal de los ingresos extraterritoriales excluidos no incluya todos los ingresos que los Estados Unidos teóricamente podrían gravar no convierte la Ley en una subvención. Si el Grupo Especial llegara a otra conclusión, cualquier categoría de ingresos definida que no estuviera sujeta a tributación constituiría una subvención. Una exención de participación del 95 por ciento aplicable a los dividendos en el extranjero repatriados sería una subvención, ya que conlleva la tributación del restante 5 por ciento. Y evidentemente una exención del 75 por ciento aplicable a los ingresos de sucursales en el extranjero parecería una subvención, porque el restante 25 por ciento está sujeto al pago de impuestos.

13. Si el Grupo Especial adoptara el criterio circular consistente en contraponer la "norma general" a la "excepción" propugnado por las CE, las consecuencias serían de largo alcance. Por consiguiente, si aceptara el razonamiento de las CE, el Grupo Especial tendría que articular algún

23. Los Estados Unidos no sostienen que la Ley ofrece una compensación de los ingresos pagados en el extranjero perfectamente ajustada dólar por dólar. Sin embargo, esa estricta compensación no es lo único que permite la nota 59 de pie de página, y tampoco las medidas para evitar la doble imposición adoptadas en todo el mundo son tan estrictas. Los Estados Unidos han explicado que el método de exención es de carácter prospectivo y ofrece la exención con

D. LOS ESTADOS UNIDOS REFUTARON LAS ALEGACIONES DE LAS CE EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA

34. La afirmación final de las CE con respecto a las cuestiones a las que supuestamente los Estados Unidos no respondieron se centra en las alegaciones de las CE en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura. Las CE aducen que la defensa de los Estados Unidos es "limitada" porque los Estados Unidos no discuten la alegación de las CE de que el análisis en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura es, a los efectos del presente asunto, igual que el análisis en virtud del Acuerdo SMC.

35. Con independencia de la forma en que se interprete la respuesta de los Estados Unidos, éstos dejaron en claro en los párrafos 220 y 221 de su primera comunicación que la Ley no es una subvención a la exportación en el sentido del artículo 8 y el párrafo 1 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura. Sin embargo, los Estados Unidos están de acuerdo con las CE en que el análisis en virtud del Acuerdo SMC es aplicable al Acuerdo sobre la Agricultura.

IV. LAS ALEGACIONES DE LAS CE SOBRE LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS

a pesar de que anteriormente han reconocido que sus propios Estados miembros tienen sistemas mixtos. Al parecer, si un Miembro adoptara aspectos de ambos sistemas, las CE considerarían que uno constituye una "excepción" al otro, y por ello una posible subvención. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha rechazado este criterio, reconociendo que los Miembros pueden adoptar cualquier sistema tributario que deseen, incluido un sistema tributario híbrido.

C. LA LEY EXCLUYE EQUITATIVAMENTE LOS INGRESOS EXTRATERRITORIALES

47. Las CE también rechazan la afirmación de los Estados Unidos de que todas las ventas en el extranjero reciben el mismo trato, y consideran que los Estados Unidos confunden expresiones como "transacciones extranjeras", "ventas en el extranjero", "productos extranjeros", "exportaciones" e "ingresos procedentes del extranjero". Son las CE, por el contrario, quienes tratan de introducir un elemento de confusión.

48. Los Estados Unidos han aclarado que la exclusión de los ingresos extraterritoriales se aplica a los obtenidos de una amplia gama de transacciones extranjeras, con independencia del lugar donde los productos se hayan fabricado. La Ley trata por igual a todos los contribuyentes estadounidenses que obtienen esos ingresos. La Ley se aplica igualmente a los particulares, las asociaciones y las empresas que obtienen ingresos extraterritoriales excluidos. La Ley se aplica a esos contribuyentes con independencia de que se encuentren en los Estados Unidos o en el extranjero, con la única condición de que estén sujetos a tributación en los Estados Unidos y obtengan ingresos extraterritoriales.

52. Sin embargo, lo que las CE no reconocen es que con arreglo a sus propios argumentos un fabricante europeo en un país con un sistema territorial sólo puede obtener ingresos procedentes del extranjero exentos si exporta. Esto no es algo que los Estados Unidos hayan inventado. El Grupo Especial encargado del asunto *Ejemplos de legislación fiscal* estableció, como cuestión de hecho, que Bélgica, Francia y los Países Bajos otorgaban a las exportaciones un trato fiscal más favorable que el concedido a las transacciones nacionales comparables, patrón preferido por las CE en la presente diferencia. Esta *constatación fáctica* del Grupo Especial nunca fue realmente impugnada por ninguno de los países europeos participantes en las deliberaciones del Consejo General que finalmente desembocaron en el Entendimiento de 1981. Que nosotros sepamos, hasta la fecha la *constatación fáctica* del Grupo Especial sigue siendo válida.

53. Los Estados Unidos han explicado por qué razón los argumentos de las CE están desencaminados, ya que la decisión de exportar queda al arbitrio de los agentes privados, y la exportación no es sino una de las formas de obtener ingresos excluidos. Pese a ello, las CE no han explicado en qué se diferencian sus sistemas de la Ley por lo que se refiere a la comparación entre el trato otorgado a las transacciones de exportación y el concedido a las transacciones internas. Los Estados Unidos reiteran su opinión de que los redactores del Acuerdo SMC nunca pudieron tener la intención de desaprobado medidas fiscales que, como la Ley, se parecen al sistema de exención utilizado por muchos Estados miembros de las CE.

V. LA CARGA DE LA PRUEBA

54. Al analizar los argumentos jurídicos en su segunda comunicación, las CE tratan en primer lugar de aminorar la carga de la prueba que les incumbe e incluso de desplazarla a los Estados Unidos. Hoy en día, en el marco de la OMC está claramente establecido que son las CE, como parte demandante, quienes están obligadas a presentar argumentos adecuados y pruebas justificativas para acreditar una presunción con respecto a cada uno de los elementos de cada una de las infracciones que presuntamente se han producido. Si no lo hacen, los Estados Unidos, como parte demandada en el presente procedimiento, no están obligados a refutar las alegaciones. El Órgano de Apelación ha

cuantificación de las pruebas requeridas para cada alegación puede variar. Citaron el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas* para fundamentar su afirmación de que "la cuantificación precisa y la determinación del tipo de pruebas que se necesitará para establecer esa presunción variará necesariamente para cada medida, para cada disposición y para cada caso".¹⁴ Por tanto, la cuantificación de las pruebas necesarias para acreditar una presunción en virtud de los artículos 1 ó 3 del Acuerdo SMC puede ser distinta de la cuantificación de las pruebas necesarias en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En consecuencia, la argumentación de las CE sobre la carga de prueba carece de fundamento y debe ser rechazada por el Grupo Especial.

57. En segundo lugar, las CE aducen que, de conformidad con el informe sobre el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir*, para satisfacer la carga de la prueba sólo están obligadas a demostrar que la "estructura y el diseño" de la Ley infringen una disposición de la OMC.¹⁵ Sin embargo, las CE citan mal la decisión del Órgano de Apelación en aquel asunto. Concretamente, el Órgano de Apelación afirmó que "estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que hay razones suficientes para llegar a la conclusión de que la estructura y el diseño de los DIEM darán como resultado, *en relación con una gama determinada de precios de importación respecto de una categoría arancelaria pertinente*, una violación de las obligaciones contraídas por la Argentina en virtud del párrafo 1 del artículo II ...".¹⁶ El Órgano de Apelación hizo esa declaración basándose en una cantidad sustancial de pruebas presentadas por los Estados Unidos que demostraban que la Argentina había infringido sus consolidaciones arancelarias porque se habían asignado a los productos anteriormente importados, y necesariamente se asignarían a futuras importaciones, derechos superiores a las cantidades máximas permitidas. Por consiguiente, aunque la estructura y el diseño de las medidas adoptadas por la Argentina eran factores que podían tenerse en cuenta en aquel asunto, las alegaciones de los Estados Unidos se apoyaban en pruebas específicas y pertinentes que el Grupo Especial consideró creíbles.

58. En tercer lugar, las CE vienen a sostener implícitamente que con independencia de que hayan logrado establecer una presunción, el Grupo Especial puede hacer inferencias adversas para los Estados Unidos en la medida en que éstos no han presentado información solicitada por el Grupo

su ámbito de aplicación los tipos de situaciones abarcadas por el [apartado a) del párrafo 1 del artículo 3] de ese Acuerdo".¹⁸ Aunque la nota 59 de pie de página se caracterizase como una "excepción", esa caracterización no desplazaría la carga de la prueba ni requeriría un criterio más restringido o estricto para la interpretación de los tratados.¹⁹ Además, la nota 59 de pie de página simplemente "reconoce el derecho autónomo del Miembro"²⁰ a tomar medidas para evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero. Por tanto, en contraste con el artículo XX del GATT, que sólo es aplicable cuando se ha establecido una infracción de otro artículo del GATT, la nota 59 de pie de página restringe el ámbito de aplicación del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC, en lugar de ofrecer la posibilidad de justificar una infracción. En consecuencia, las CE siguen estando obligadas a probar todos los aspectos de sus alegaciones sobre subvenciones a la exportación.

60. Los Estados Unidos sugieren respetuosamente al Grupo Especial que siga las pautas marcadas por el Órgano de Apelación en lo tocante a la carga de la prueba y requiera a las CE que acrediten una presunción para cada uno de los elementos de cada una de las presuntas infracciones objeto de examen.

VI. LOS ESTADOS UNIDOS NO OTORGAN UNA SUBVENCIÓN POR MEDIO DE LA LEY

61. A continuación nos referiremos a los 6.2(DOI2(1)9eT5r)JTJ0T6 (ta 5)1alta 5elDuJ0T64(m)18.3(e)-0.(ento

65. La Ley satisface ese criterio porque la exclusión en ella establecida es el "punto de referencia normativo" de los Estados Unidos por lo que respecta al trato fiscal otorgado a los ingresos extraterritoriales. Las CE no han logrado demostrar que si no fuera por la exclusión los Estados Unidos gravarían los ingresos extraterritoriales, y se han limitado a afirmar, con carácter general, que si los Estados Unidos no hubieran tomado medidas para limitar su jurisdicción tributaria, esa jurisdicción podría ser más amplia de lo que realmente es.

66. Los Estados Unidos no ven con claridad por qué motivo es inaceptable un intento de buena fe de adherirse al texto de la decisión del Grupo Especial. Aunque el Órgano de Apelación haya expresado reservas sobre el texto, no lo ha rechazado en todos los casos. En efecto, si los Estados Unidos no hubieran tratado de satisfacer el criterio "si no fuera por", lo probable es que las CE estuvieran alegando que ello representaba una infracción de las disposiciones de la OMC.

67. La verdadera cuestión que las CE dejan de lado es la razón por la que el criterio de "si no fuera por" no es cuando menos una consideración pertinente por lo que respecta a la Ley. Con un argumento del tipo "cara yo gano, cruz tu pierdes", las CE han dado la impresión de que cualquier

las CE aparentemente aducen que la norma nacional vigente para los Estados Unidos es la tributación de los ingresos en todo el mundo, con independencia de lo que dispongan las leyes de los Estados Unidos. Visto desde esta perspectiva, los Estados miembros de las CE tienen ciertamente la gran fortuna de haberse beneficiado del accidente histórico de haber optado desde el principio por gravar los ingresos utilizando el método de exención.

71. Lo que las CE pasan por alto es que el Órgano de Apelación escogió "las normas fiscales aplicadas por el Miembro en cuestión" como base para determinar la existencia de una subvención. En la práctica, lo que solicitan al Grupo Especial no es sólo que convierta la excepción recaudatoria en la regla general, sino también que aplique el concepto estadounidense de "ingresos brutos" sin tener en cuenta una parte integral de su definición.

C. LAS uta en po10.9(19 Tc.5(t 0 TD9Tc.5(t /.2Tcupo Esp0.9(po10.9(10017 Tc01504 TIDENAS)110.Tes)10.I(s)-F)-4-2.I(s)-C(s))-3.A) 118(N

bien una subvención no específica. En términos más generales, las CE sostienen que la Ley es una subvención porque supuestamente no se aplica con limpieza y claridad, es decir, sin condiciones, a una categoría de ingresos.

76. Sin embargo, la posición de las CE por lo que respecta al alcance de la exclusión establecida en la Ley es incompatible con el texto del Acuerdo SMC. La definición de subvención en el artículo 1 en nada afecta a la amplitud o limitación de una medida gubernamental. La especificidad sólo es pertinente en virtud del artículo 2 del Acuerdo SMC cuando se ha determinado, en virtud del artículo 1, que existe una subvención.

E. LA ALEGACIÓN DE LAS CE DE QUE LOS INGRESOS EXTRATERRITORIALES DEBEN DEFINIRSE GENERAL Y OBJETIVAMENTE Y CON NEUTRALIDAD NO ENCUENTRA FUNDAMENTO EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 1

77. Las CE tratan de respaldar su argumento relativo a la especificidad alegando que los ingresos extraterritoriales son una categoría de ingresos arbitrariamente definida. Afirman que sólo las categorías de ingresos excluidos que se definan "general y objetivamente y con neutralidad" pueden evitar ser consideradas como subvenciones. Esa posición, además de no encontrar fundamento alguno en el Acuerdo SMC, choca frontalmente con la declaración del Órgano de Apelación de que "en principio, un Miembro tiene la potestad soberana de gravar cualquier categoría de ingresos que desee". El Órgano de Apelación, al declarar que ésta no es una cuestión que pueda resolverse "en abstracto, porque los gobiernos pueden en teoría gravar todos los ingresos", aclaró que la tributación de "categorías en particular" no es una cuestión de derecho internacional, y compete exclusivamente a los Estados Miembros. Una medida que no grava una categoría de ingresos -con independencia de la forma en que éstos se definan- sólo es una subvención si esos ingresos serían gravados en virtud de

apartado a) del párrafo 1 del artículo 3. Resulta significativo que los argumentos de las CE no contengan referencias al texto de esa disposición o a la interpretación reiterada de la palabra "supeditadas" por el Órgano de Apelación. Aun después de que los Estados Unidos, en su primera comunicación, hubieran puesto de relieve esas deficiencias, las CE han seguido haciendo caso omiso

B. LA EXPORTACIÓN NO ES "UNA ENTRE OTRAS VARIAS CONDICIONES"

86. Haciendo una vez más caso omiso del sentido corriente del texto del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, las CE comunicaron al Grupo Especial que "no opinan sobre el significado de la palabra 'otras'" en la frase "una entre otras varias condiciones".²⁵ Los Estados Unidos sostienen que esto no es una respuesta adecuada al argumento de los Estados Unidos sobre el sentido de la prescripción del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 de que una subvención esté supeditada "a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones" para que constituya una subvención a la exportación prohibida. En su primera comunicación, los Estados Unidos explicaron que la frase "una entre varias otras condiciones" significa que los resultados de exportación pueden ser una condición *adicional* a otras también aplicables, pero que para obtener la subvención es preciso que haya resultados de exportación. El requisito de supeditación a la exportación establecido en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 no puede satisfacerse simplemente demostrando que la exportación es una entre varias posibles formas de obtener una subvención.

87. La falta de respuesta de las CE a esta cuestión es una deficiencia crucial en sus alegaciones.

C. LOS FABRICANTES ESTADOUNIDENSES NO ESTÁN OBLIGADOS A EXPORTAR

88. En vez de intentar ceñirse al texto del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, las CE se limitan a alegar que los fabricantes estadounidenses están obligados a exportar sus productos para obtener ingresos extraterritoriales excluidos, y que eso es suficiente para demostrar que la exclusión está supeditada a la exportación. Sin embargo, las CE pasan por alto que los fabricantes estadounidenses pueden fabricar y a menudo fabrican en el extranjero mediante sucursales extraterritoriales que prestan servicios en mercados extranjeros, obteniendo así ingresos extraterritoriales sin necesidad de exportar. Los fabricantes estadounidenses pueden producir y vender fuera de los Estados Unidos. En la medida en que la Ley ofrece incentivos que podrían influir en el lugar donde una empresa decide producir sus mercancías, la Ley ofrece los mismos incentivos a la producción de mercancías fuera de los Estados Unidos que a la producción dentro de los Estados Unidos. Esta es otra manifestación de la neutralidad de la Ley por lo que respecta a las exportaciones y del trato igualitario que otorga a los contribuyentes.

89. Las CE tratan de desviar este argumento diciendo que, si bien los fabricantes estadounidenses

91. Es importante observar que la interpretación de las CE significaría que las exenciones territoriales establecidas en la mayor parte de los países europeos facilitan subvenciones supeditadas a la exportación, circunstancia ésta a la que las CE se han negado obstinadamente a responder. Ello se debe a que, con arreglo al análisis de las CE, los fabricantes de los países europeos que utilizan el método de exención sólo pueden beneficiarse de esa exención si exportan. Los ingresos derivados de las ventas de esos fabricantes en el mercado interior no reúnen las condiciones exigidas para una exención comparable. Con arreglo al método escogido por las CE para analizar la supeditación a las exportaciones, es irrelevante que las exenciones territoriales de las CE se apliquen a los ingresos obtenidos mediante transacciones totalmente extranjeras y mediante importaciones porque, según las CE, las transacciones de exportación se gravan más favorablemente que las transacciones en el mercado interior comparables.

D. LAS CE NO PUEDEN FUNDAMENTAR UNA ALEGACIÓN DE SUPEDITACIÓN *DE FACTO* A LA EXPORTACIÓN

92. En el contexto de lo que las CE ahora denominan "argumentos subsidiarios"²⁷, las CE alegaron, en su primera comunicación, que la Ley estaba supeditada *de facto* a la exportación porque las empresas extranjeras rara vez optarían por convertirse en contribuyentes en los Estados Unidos, por lo que sólo los exportadores se beneficiarían de la exclusión de los ingresos extraterritoriales. Los Estados Unidos respondieron que esa opción no es necesaria cuando la empresa que fabrica y vende los productos en el extranjero es una sucursal extraterritorial de una empresa estadounidense.

93. Conscientes probablemente de la grave deficiencia de su argumentación, las CE sostienen ahora que los casos en los que una empresa estadounidense optará por establecer una sucursal "tienen que ser, en términos relativos, mucho menos frecuentes que los casos en que la empresa estadounidense decidirá establecer una filial en la jurisdicción extranjera".²⁸ Por consiguiente, el argumento "*de facto*" de las CE se ha ampliado tanto que ahora las CE alegan que sólo los exportadores pueden beneficiarse y se beneficiarán de la exclusión porque, por distintas razones, ni las sucursales ni las filiales en el extranjero aprovecharán en la práctica la exclusión. Sin embargo, tanto los argumentos de las CE relativos a las sucursales como los relativos a las filiales son falsos y carecen de fundamento.

1. Sucursales

94. Las CE no sostienen que las empresas estadounidenses no pueden establecer sucursales que fabriquen y vendan en el extranjero y obtengan ingresos extraterritoriales, y tampoco sostienen que la Ley limita la posibilidad de que las empresas estadounidenses establezcan sucursales en el extranjero. En lugar de ello, simplemente afirman, sin fundamento, que "generalmente hay diversas razones, tanto fiscales como comerciales, para preferir la forma jurídica for756s4(v)12.4(e3(ndan en e)10.píd)13.2

96.

100. Las CE alegan que la fijación de los precios de transferencia plantea más problemas a las sucursales que a las empresas. Esto es falso. La fijación de los precios de transferencia es igualmente significativa entre entidades constituidas por separado que entre una empresa y sus sucursales. Por lo que respecta a los incentivos, la forma de sucursal también ofrece algunas ventajas fiscales. Por ejemplo, las sucursales en Francia de empresas estadounidenses generalmente pueden deducir de sus ingresos en Francia la parte que les corresponde de los gastos en la oficina central, mientras que las filiales francesas de empresas estadounidenses no pueden hacer esa deducción.

101. En suma, la lista de razones por las que las empresas estadounidenses preferirían operar por intermedio de filiales que por intermedio de sucursales presentada por las CE es demasiado simplista y en algunos casos totalmente errónea.

2. Filiales en el extranjero

102. Las CE se muestran ahora de acuerdo con los Estados Unidos en que las empresas extranjeras pueden optar y optarán por convertirse en contribuyentes en los Estados Unidos. Aunque las CE mantienen que esos casos serán "raros"

106. Aparentemente, en su segunda comunicación las CE renuncian a su posición inicial, reconociendo que el párrafo e) simplemente identifica un tipo especial de subvención a la exportación que es pertinente por lo que respecta a los impuestos directos. Las CE han reconocido que la Lista ilustrativa está vinculada al apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 al utilizar la frase "con inclusión de las [subvenciones a la exportación] citadas a título de ejemplo en el Anexo I", y el sentido corriente de las palabras "con inclusión" es el de estar contenidas, el de tener en cuenta en forma que incluye o el

111. Las CE se equivocan en todo. En primer lugar, aunque tal vez sea cierto que las expresiones "doble imposición" e "ingresos procedentes del extranjero" se utilizan frecuentemente en la esfera tributaria, no está claro que sean objeto de aceptación universal en tanto que "significados

121. Aunque se necesitaran esos medios complementarios, el Convenio OCDE no sería la fuente en la que habría que apoyarse. Los medios complementarios podrían incluir "los trabajos preparatorios del tratado o las circunstancias de su celebración", o tal vez otras fuentes pertinentes de la intención de los redactores.⁴³ Sin embargo, no hay en los antecedentes de negociación indicación alguna de que los redactores estuvieran pensando en el Convenio OCDE, que no es uno de los acuerdos de la OMC abarcados y que como tal no puede considerarse parte del contexto para interpretar la nota 59 de pie de página.⁴⁴

122. Además, el Convenio OCDE sólo sirve como modelo para tratados bilaterales entre naciones que tratan de establecer normas comunes para evitar la imposición de los ingresos obtenidos por sus nacionales. El Convenio no es un acuerdo multilateral que cumplan directamente todos sus signatarios, sino un modelo que se sigue parcialmente en los tratados fiscales bilaterales en él basados. Es significativo que el Convenio no tenga necesariamente por objetivo ser un modelo para la legislación nacional. A menudo, las medidas nacionales para evitar la doble imposición no siguen el modelo de la OCDE. Los tratados fiscales bilaterales se conciertan frecuentemente, al menos en parte, para limitar el alcance de las prácticas fiscales nacionales.

2. Las CE citan erróneamente la definición de establecimiento permanente en el Convenio OCDE

123. El Convenio OCDE, aunque fuera un modelo para las leyes fiscales nacionales, y aunque ofreciera pautas para interpretar las disposiciones de la OMC, no respaldaría la interpretación estricta de la nota 59 de pie de página propugnada por las CE.

124. Las CE observan que el Convenio OCDE requiere la existencia de un "establecimiento permanente" en un país para que ese país pueda ejercer su jurisdicción tributaria sobre los ingresos de las transacciones mercantiles de un contribuyente. Las CE mantienen que un "establecimiento permanente" es en realidad una sede comercial fija y que opera con continuidad.⁴⁵

125. Sin embargo, las CE sólo citan una parte de la definición de "establecimiento permanente" de la OCDE, concretamente los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Convenio, donde se identifican los tipos más complejos de "establecimiento permanente". Esas disposiciones se refieren a un "establecimiento" comercial que es en cierto sentido "permanente" -es decir, un "lugar fijo de negocios". También enumeran los tipos de establecimientos comerciales más "permanentes" que podrían generar ingresos gravables: las oficinas, las fábricas, los talleres o las minas.

126. Lo que las CE omiten en su examen es que el Convenio establece también otro límite, más bajo, para determinar la existencia de un "establecimiento permanente". Ese criterio alternativo refleja las diferencias de opinión entre los países sobre lo que puede constituir un "establecimiento permanente". El párrafo 5 del artículo 5 del Convenio estipula que puede existir un "establecimiento permanente" cuando una persona actúa por cuenta de una empresa no residente y esa persona está autorizada a "concluir contratos en nombre de la empresa". El Comentario del Convenio explica, con respecto al párrafo 5 del artículo 5, que "es un principio generalmente aceptado que una empresa debe ser tratada como si tuviera un establecimiento permanente en un Estado si en determinadas condiciones hay una persona que actúa por cuenta de ella, aunque esa empresa pueda no tener un

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Véase *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, WT/DS69/AB/R, informe del Órgano de Apelación, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafos 79 a 81 (el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas no era un "acuerdo abarcado", y como tal no contenía las obligaciones pertinentes de las Comunidades Europeas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC).

⁴⁵ *Segunda comunicación de las CE en virtud del párrafo 5 del artículo 21*, párrafos 193 a 197.

lugar fijo de negocios en ese Estado ...".⁴⁶

130. Las CE afirman sin más que los procesos económicos en el extranjero y otros atributos extranjeros a que se hace referencia en la Ley no pueden dar lugar a doble imposición.⁴⁹ Sin embargo, incurren en error cuando afirman que la Ley "excluye del pago de impuestos ingresos que *no* pueden gravarse en ningún otro país".⁵⁰ Las transacciones y actividades de las que pueden derivar ingresos extraterritoriales pueden, por el contrario, someter a los contribuyentes estadounidenses al pago de impuestos en el extranjero. De hecho, algunas transacciones en el marco de la Ley pueden tener lugar totalmente fuera de los Estados Unidos. Para probar lo contrario, las CE tienen que hacer algo más que expresar su opinión.

131. Las CE, en efecto, se apoyan en suposiciones que son inexactas. En el párrafo 197 de su segunda comunicación, afirman que "en principio es posible que las actividades arriba enumeradas se realicen por medio de un establecimiento permanente situado en un país distinto de los Estados Unidos, pero ... es mucho más probable que esas operaciones se realicen dentro de los límites territoriales de los Estados Unidos". Sin embargo, como los Estados Unidos han destacado reiteradamente, la Ley requiere que un nivel mínimo de procesos económicos extranjeros tenga lugar fuera de los Estados Unidos para todas y cada una de las transacciones.⁵¹

C. EL CONVENIO OCDE NO DEFINE LOS "INGRESOS PROCEDENTES DEL EXTRANJERO"

132. Las CE no sólo tratan de atribuir a los detalles del Convenio OCDE más importancia de la que tienen, sino también de extrapolar del Convenio normas que éste ni siquiera contiene. Dando un giro de 180 grados a su anterior posición en la presente diferencia en el sentido de que los "ingresos procedentes del extranjero" y las "actividades económicas en el extranjero" no son una y la misma

formas de ingresos pasivos, los ingresos por dividendos pueden eximirse para evitar la doble imposición con arreglo al párrafo 5 del artículo 10 (y al párrafo 2 del artículo 23) del Convenio aunque la parte que obtenga esos ingresos no realice ninguna actividad económica relacionada con ellos, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero. Lo que puede hacer que los dividendos y otros tipos de ingresos pasivos sean "extranjeros" es que se reciban de una empresa o un banco extranjeros. En otras palabras, lo extranjero es el origen de los pagos. El Convenio OCDE no especifica dónde han de tener lugar las actividades comerciales de una empresa que pague dividendos.

135. Lo mismo cabe decir por lo que respecta al trato dado por la OCDE a los "beneficios empresariales" con arreglo al artículo 7 del Convenio. Esa disposición se aplica en lo fundamental a todos los beneficios de una empresa, y no sólo a los directamente imputables a los procesos económicos de la propia empresa que tengan lugar fuera del país donde reside.

136. Por consiguiente, la alegación de las CE de que sólo los ingresos imputables a procesos económicos en el extranjero pueden ser "ingresos procedentes del extranjero" a los efectos de la nota 59 de pie de página no encuentra fundamento en las disposiciones de la OCDE citadas por las CE.

D. EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS QUISO QUE LA LEY SIRVIERA COMO MEDIDA PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

137. Llevadas de su celo por conseguir que la Ley se suprima, las CE no se limitan a reelaborar disposiciones de la Ley, normas de la OMC y artículos del Convenio OCDE, sino que incluso se permiten, por lo que respecta a la intención legislativa subyacente en la Ley, sustituir la opinión del Congreso de los Estados Unidos por su propia opinión. Las CE afirman no una sino dos veces que el Congreso de los Estados Unidos no tenía intención de que la Ley sirviera como medida para evitar la doble imposición.⁵⁴

138. Los Estados Unidos reconocen que discernir las intenciones concretas de un órgano legislativo no siempre es fácil, pero en el presente caso hay pruebas sólidas e indiscutibles sobre esta cuestión. Los dos comités del Congreso encargados de examinar la política fiscal de los Estados Unidos y elaborar las leyes fiscales de los Estados Unidos afirmaron inequívocamente que la Ley tenía por objeto servir como medida para evitar la doble imposición, y que se había diseñado a esos efectos. El informe del Comité de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, que se ha facilitado al Grupo Especial como EE.UU. - Prueba documental 3, indica, en las páginas 10, 19 y 21, que "la exclusión de ... ingresos extraterritoriales es un medio para evitar la doble imposición". El informe contiene también, en la página 11, un análisis en el que se observa que la exclusión establecida en la Ley tiene hasta cierto punto el objetivo de apartar a los Estados Unidos de su dependencia predominante de los descuentos fiscales como medio de evitar la doble imposición para acercarlos al modelo de exención europeo. De manera análoga, el informe del Comité de Finanzas del Senado de los Estados Unidos, que se ha facilitado como EE.UU. - Prueba documental 2, indica, en las páginas 2, 6 y 8, que la exclusión establecida por la Ley sirve para evitar la doble imposición.

139. Además, la estructura de la Ley demuestra en qué modo ésta sirve como medida para evitar la doble imposición. En el artículo 114 (d), la Ley descarta la aplicación de bonificaciones fiscales a los ingresos excluidos con objeto de evitar lo que las CE denominan "doble mitigación" de la "doble imposición".⁵⁵ Como consecuencia de ello, la exclusión es el único método para evitar la doble imposición aplicable a los ingresos extraterritoriales excluidos en virtud de la legislación de los Estados Unidos. Si la Ley no descartara las bonificaciones fiscales, los contribuyentes

⁵⁴ *Ibid*, párrafos 41 y 209.

⁵⁵ *Ibid*, párrafo 218.

adoptar *medidas* destinadas a evitar la doble imposición" (cursiva añadida). Este texto es particularmente flexible, ya que no impone a los Miembros de la OMC ningún *límite* por lo que respecta a la adopción de *medidas* para evitar la doble imposición.

144. Contrariamente a lo alegado por las CE, la nota 59 de pie de página no permite a los Miembros establecer medidas para evitar la doble imposición únicamente cuando esas medidas son "necesarias".⁶⁰ La nota 59 de pie de página no condiciona en absoluto a la necesidad el derecho a evitar la doble imposición. No es una disposición, como el artículo XX del GATT, que sólo permite determinadas prácticas si se demuestra que una medida es "necesaria". La nota 59 de pie de página deja en claro que este derecho no está sujeto a limitaciones, y que cada Miembro puede optar por el método que desee para alcanzar ese objetivo aceptable.

F. EL ARGUMENTO DE LAS CE BASADO EN EL PRINCIPIO DE LA PLENA COMPETENCIA ESTA FUERA DE LUGAR

145.

149. Las CE incurren en error al definir los impuestos retenidos en la fuente. Esos impuestos son impuestos directos aplicables a determinados tipos de ingresos pasivos; por ejemplo, intereses, dividendos y regalías. El artículo 943 d) del IRC es coherente con esa definición porque: a) los impuestos retenidos en la fuente son impuestos directos, y los artículos 901 y 903 del IRC regulan las bonificaciones por el pago de impuestos directos; y b) los impuestos retenidos en la fuente son impuestos en origen, por lo que se aplican sobre "una base distinta de la residencia". La expresión "impuestos retenidos en la fuente" en el artículo 943 d) no se refiere a los impuestos aplicables a los beneficios empresariales, como se observa en los antecedentes legislativos de la Ley, que indican que los impuestos retenidos en la fuente regulados por el artículo 943 d) "serían de naturaleza análoga a los impuestos sobre ingresos brutos descritos en los artículos 871 y 881". Los artículos 871 y 881 del IRC regulan impuestos retenidos en la fuente sobre ingresos brutos aplicables en los Estados Unidos a

probar que exista supeditación al contenido local en todos los casos. En segundo lugar, sostienen que la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Automóviles* no es aplicable al presente asunto. En tercer lugar, sostienen que la información contenida en su Anexo fundamenta su alegación en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 3. En cuarto lugar, rechazan el argumento de los Estados Unidos de que el principio del origen atenúa los efectos de la norma del 50 por ciento.

A. LA ALEGACIÓN DE LAS CE EN VIRTUD DEL APARTADO B) DEL PÁRRAFO 1

una prescripción basada en el valor estaba supeditada *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados sin saber cómo se aplicaba en la práctica esa medida. A falta de "esta información decisiva" un grupo especial no puede tener "suficientes conocimientos acerca de la medida para determinar si las prescripciones [en materia de valor nacional] estaban supeditadas '*de jure*' al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".⁶⁵ En ese sentido, el Órgano de Apelación concluyó que una medida que requiere un valor nacional del 60 por ciento no lleva necesariamente a concluir que existe supeditación *de jure*.

160. Por tanto, la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Automóviles* pone de manifiesto que no basta con que las CE simplemente demuestren que la Ley "en abstracto o en algunos casos, dará lugar a la utilización de productos estadounidenses con preferencia a los importados".

C. EL ANEXO DE LAS CE NO SIRVE COMO FUNDAMENTO DE UNA ALEGACIÓN EN VIRTUD DEL APARTADO B) DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 3

161. La información facilitada en el Anexo de las CE para fundamentar su alegación de supedsd[(b62bD0..1(a)]TJ11.6 1 Tf24.5.2 0 TD0 Tc)9(a)0.3(de)11.2(term)19.1(ina)11.2(r)-1.8(si)8.2(la)11.2(s 2e4

X. LA LEY NO INFRINGE EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT

166. Por lo que respecta a la alegación de las CE de que los Estados Unidos han infringido el párrafo 4 del artículo III del GATT, los Estados Unidos se remiten a su argumentación en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC, en la que se aduce que las CE no entienden cómo se aplica la norma del 50 por ciento ni las razones por las que dicha norma no hace necesaria la sustitución de productos importados por productos estadounidenses. Los mismos argumentos pueden aplicarse al párrafo 4 del artículo III del GATT. Se otorga a los productos importados un trato no menos favorable porque la norma del 50 por ciento no modifica las condiciones de competencia. Los contribuyentes no están obligados a utilizar contenido nacional, y las CE no han demostrado que algún fabricante estadounidense vaya a hacerlo.

167. Además, los Estados Unidos explicaron en su primera comunicación que la Ley es una

el asunto *Canadá - Automóviles*) tenía efectos claros y directos sobre determinados productos importados. Alternativamente, cabe añadir que las leyes de aplicación general tienen como mucho una repercusión indirecta en los productos importados, por lo cual, como en el asunto *Japón - Películas*, es preciso aportar más pruebas para demostrar una infracción del párrafo 4 del artículo III.

B. LAS CE

Unidos han cumplido sus obligaciones, las CE citan casos planteados anteriormente en el marco de la OMC.

177. Sin embargo, ninguna de esas afirmaciones menoscaba los argumentos formulados por los Estados Unidos en el presente asunto. Los Estados Unidos han solicitado debidamente al Grupo Especial que constate que la Ley cumple las recomendaciones del OSD, y el Grupo Especial está facultado para hacer esa constatación.

178. En primer lugar, la Ley no ofrece a los exportadores estadounidenses un período transitorio

expresamente. Por tanto, aun suponiendo por el momento que la exclusión sea una subvención en el sentido del artículo 1, al analizar si está supeditada a la exportación es preciso tener en cuenta cómo se haría el análisis si la pregunta fuera la siguiente: ¿Es específica una subvención por el hecho de que algún subconjunto de sus usuarios sea, por ejemplo, un grupo específico de industrias, mientras que los restantes usuarios no son un grupo específico? A nuestro juicio, en ese contexto es probable que a todos nos resulte imposible considerar que una subvención es específica por el hecho de que un conjunto de sus beneficiarios sea un grupo específico de industrias. La respuesta tendrá que ser la misma si un subconjunto de los beneficiarios está compuesto por exportadores.

12. La tercera cuestión principal objeto de la presente diferencia es la relativa al principio, enunciado en la nota 59 a pie de página del *Acuerdo SMC*, de que el párrafo e) del Anexo del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 "no tiene por objeto coartar la posibilidad de un Miembro de adoptar medidas destinadas a evitar la doble imposición de los ingresos procedentes del extranjero". Esta cuestión, que no se abordó en el anterior procedimiento relativo a las EVE, está claramente

