

ANEXO C

**RESPUESTAS Y OBSERVACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES
Y LOS TERCEROS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR EL
GRUPO ESPECIAL Y LA OTRA PARTE Y LOS TERCEROS**

Índice		Página
Anexo C-1	Respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva	C-2
Anexo C-2	Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial y por México después de la primera reunión sustantiva	C-26
Anexo C-3	Respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva	C-52
Anexo C-4	Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva	C-76
Anexo C-5	Observaciones formuladas por México sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva	C-103
Anexo C-6	Observaciones formuladas por los Estados Unidos sobre las respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva	C-109
Anexo C-7	Respuestas de Guatemala a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva	C-124

ANEXO C-1*

**RESPUESTAS DE MÉXICO A LAS PREGUNTAS FORMULADAS
POR EL GRUPO ESPECIAL**

(20 de diciembre de 2004)

A AMBAS PARTES:

1. México ha aludido al ejercicio de la "economía procesal" como referencia para su argumento de que los grupos especiales tienen ciertas facultades implícitas en materia de competencia que les permitirían declinar el ejercicio de una competencia sustantiva. Se ruega a las partes que expliquen qué importancia tiene el ejercicio de la "economía procesal" en el contexto de la solicitud de México de que este Grupo Especial decline el ejercicio de su competencia.

Como se discutió en la comunicación oral de México en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, México no argumenta que el Grupo Especial pueda declinar su competencia por economía procesal. El fundamento legal de la petición de México es más amplio y se deriva de la naturaleza del Grupo Especial como un órgano jurisdiccional. Como tal, comparte con otros tribunales y órganos internacionales una facultad inherente para declinar su competencia. El ejercicio de la economía procesal es relevante a la solicitud de México por lo menos de tres maneras distintas.

Primero, ni el Entendimiento de Solución de Diferencias ni los Acuerdos de la OMC contemplan explícitamente el principio de la economía procesal. Sin embargo, no hay duda que los grupos especiales de la OMC tienen la facultad de aplicarlo, y ello confirma que tienen facultades implícitas, inherentes o incidentales.¹

En segundo lugar, el ejercicio de la economía procesal ilustra que los Grupos Especiales han declinado ejercer su competencia sustantiva válidamente establecida, respecto de ciertas reclamaciones que han tenido ante sí. Para asegurar la efectiva resolución de las controversias en beneficio de todos los Miembros, los Grupos Especiales pueden, como una cuestión de derecho, declinar su competencia con respecto a ciertas reclamaciones.

En tercer lugar, el ejercicio de la economía procesal ilustra que, no obstante el artículo 7.2 del ESD, que dispone que los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia, los grupos especiales de la OMC pueden decidir no pronunciarse sobre ciertas reclamaciones o argumentos que las partes en la controversia hayan hecho.

2. Se ruega a las partes que expliquen si, a su juicio, no hay ninguna disposición en los Acuerdos de la OMC que defina explícitamente la facultad implícita en materia de competencia que pueden tener los grupos especiales y que les permite declinar el ejercicio de una competencia sustantiva, como ha señalado México. ¿O consideran más bien que no hay ninguna disposición en los Acuerdos de la OMC que excluya explícitamente la existencia de esa facultad? Si no existen esas normas explícitas en los Acuerdos de la OMC, ¿qué conclusiones, en su caso,

* El Anexo C-1 contiene las respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva. Este texto fue originalmente presentado en español por México.

¹ Contrariamente a lo que sugiere Estados Unidos en el párrafo 4 de sus conclusiones orales en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial.

debería inferir este Grupo Especial para responder a la solicitud de México de que decline el ejercicio de su competencia?

Como lo discutió México en su comunicación oral durante la primera reunión sustantiva, los tribunales internacionales tienen ciertas facultades jurisdiccionales implícitas que derivan de su naturaleza como órganos jurisdiccionales, y ninguna disposición de los Acuerdos de la OMC explícitamente las descarta o excluye. Dado el consentimiento tácito, el Grupo Especial puede recurrir a los principios del derecho internacional público y aplicarlos. Como órganos jurisdiccionales internacionales, los Grupos Especiales de la OMC también tienen esta competencia incidental.

3. Se ruega a las partes que expliquen si, a su juicio, sería adecuado que el Grupo Especial examine las cuestiones relativas al comercio bilateral de edulcorantes entre México y los Estados Unidos planteadas por México en el presente asunto.

Sí. No solamente es apropiado, sino necesario que en este caso el Grupo Especial considere las cuestiones en relación con el acuerdo bilateral de edulcorantes entre México y Estados Unidos. Según ya se explicó, los Acuerdos de la OMC no pueden considerarse en aislamiento técnico del derecho internacional. Las circunstancias relativas a dicho acuerdo bilateral explican no solamente el contexto fáctico de las medidas de México -al cual Estados Unidos omitió por completo referirse- sino que demuestran que el Congreso mexicano estuvo motivado por el fracaso del Anexo 703.2 del TLCAN para proveer el acceso esperado al azúcar mexicano al mercado de Estados Unidos. Estados Unidos no sólo resistió el acceso comercial, sino que se negó a resolver la disputa en el foro establecido en el capítulo XX del TLCAN. Ello generó un desequilibrio en el mercado mexicano del azúcar, puesto que, mientras Estados Unidos bloqueó el acceso del azúcar mexicano a su mercado, las importaciones de fructosa estadounidense, así como la producción nacional de fructosa a partir de maíz importado de Estados Unidos en el mercado mexicano desplazaron azúcar, profundizando la crisis de del sector azucarero mexicano -la cual fue documentada por el Departamento de Agricultura de Estados Unidos.

Las cuestiones relativas al mercado bilateral de edulcorantes entre México y Estados Unidos son legalmente relevantes, tanto a la solicitud de México de que el Grupo Especial emita un fallo preliminar, como a su defensa al amparo del artículo XX(d) del GATT.

Por lo que se refiere a la solicitud de México de que el Grupo Especial emita un fallo preliminar, las cuestiones relativas al comercio bilateral de edulcorantes demuestran que las reclamaciones que Estados Unidos presenta en este caso están inseparablemente vinculadas con una controversia más amplia que está fuera del ámbito de la OMC. También demuestran que los elementos subyacentes o predominantes en la controversia entre ambos países derivan de reglas del derecho internacional que no están en el marco de la OMC. En suma, las cuestiones a las que el Grupo Especial se refiere conciernen reclamaciones en el marco de otras reglas de derecho internacional, pero que son la parte central de la controversia entre México y Estados Unidos. En la opinión de México, las reclamaciones de Estados Unidos en este procedimiento ante la OMC no pueden decidirse de manera independiente de las reclamaciones de México al amparo del TLCAN.

En cuanto a la defensa de México al amparo del artículo XX(d) del GATT, las cuestiones que conciernen al mercado bilateral de edulcorantes entre México y Estados Unidos explican por qué el Congreso mexicano actuó para reequilibrar la situación al adoptar las medidas en cuestión. En otras palabras, si Estados Unidos hubiera cumplido en primera instancia con sus obligaciones establecidas en el TLCAN, México no habría tenido que implementar medidas para asegurar el cumplimiento de Estados Unidos con el TLCAN.

4. Se ruega a las partes que señalen si, a su juicio, hay alguna disposición del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que impediría a los Estados Unidos someter el presente asunto al sistema de solución de diferencias de la OMC.

No. El artículo pertinente del TLCAN es el 2005, que dispone:

"1. Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante.

2. Antes de que una de las Partes inicie un procedimiento de solución de controversias contra otra Parte ante el GATT, esgrimiendo fundamentos sustancialmente equivalentes a los que pudiera invocar conforme a este Tratado, notificará a la tercera Parte su intención de hacerlo. Si respecto al asunto la tercera Parte desea recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado, lo comunicará a la Parte notificadora lo antes posible y esas Partes consultarán con el fin de convenir en un foro único. Si las Partes consultantes no llegan a un acuerdo, la controversia normalmente se solucionará según los lineamientos de este Tratado.

3. En las controversias a que hace referencia el párrafo 1, cuando la Parte demandada alegue que su acción está sujeta al artículo 104, "Relación con tratados en materia ambiental y de conservación", y solicite por escrito que el asunto se examine en los términos de este Tratado, la Parte reclamante podrá sólo recurrir en lo sucesivo y respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado.

4. En las controversias a que hace referencia el párrafo 1, que surjan respecto a la Sección B del Capítulo VII, "Sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias", o en relación con el Capítulo IX, "Medidas relativas a normalización":

- (a) sobre una medida que una Parte adopte o mantenga para la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o del medio ambiente; y
- (b) que den lugar a cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación, incluyendo las cuestiones científicas directamente relacionadas, cuando la Parte demandada solicite por escrito que el asunto se examine conforme a este Tratado, la Parte reclamante sólo podrá recurrir en lo sucesivo, respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado.

5. La Parte demandada entregará copia de la solicitud hecha conforme a los párrafos 3 ó 4 a las otras Partes y a su propia sección del Secretariado. Cuando la Parte reclamante haya iniciado el procedimiento de solución de controversias respecto de cualquier asunto comprendido en los párrafos 3 ó 4, la Parte demandada entregará la correspondiente solicitud dentro de los 15 días siguientes. Al recibir esa solicitud, la Parte reclamante se abstendrá sin demora de intervenir en esos procedimientos y podrá iniciar el procedimiento de solución de controversias según el artículo 2007.

6. Una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al artículo 2007 o bien uno conforme al GATT, el foro seleccionado será excluyente del otro, a menos que una Parte presente una solicitud de acuerdo con los párrafos 3 ó 4.

7. Para efectos de este artículo, se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias conforme al GATT cuando una Parte solicite la integración de un panel, por ejemplo de acuerdo con el artículo XXIII:2 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, o la investigación por parte de un Comité, por ejemplo como se dispone en el artículo 20.1 del Código de Valoración Aduanera."

5. Si, como solicitó México, el Grupo Especial declinara el ejercicio de su competencia a favor del TLCAN, se ruega a las partes que expliquen cómo se abordarían íntegramente en el sistema del TLCAN todas las cuestiones que, según considera México, afectan al comercio bilateral de edulcorantes entre México y los Estados Unidos. Se ruega también a las partes que expliquen si el sistema del TLCAN podría proporcionar los mismos remedios que los Estados Unidos están tratando de obtener en el presente asunto en el marco de la OMC.

Según explicó México en su Primera Comunicación Escrita y en sus argumentos orales durante la audiencia, y la representante de Estados Unidos lo confirmó, la solicitud de México para el establecimiento de un panel arbitral conforme al capítulo XX del TLCAN está vigente y la disputa sigue pendiente. El caso no ha procedido porque Estados Unidos se ha rehusado a designar panelistas.

El Grupo Especial recordará que Estados Unidos solamente invoca el artículo III del GATT de 1994 en este procedimiento y que el artículo 301 del TLCAN expresamente incorpora ese artículo por referencia. Por lo tanto, la presente controversia surge tanto en el marco del TLCAN como de la OMC.

Puesto que México ha solicitado que el Grupo Especial decline su competencia a favor del foro establecido en el TLCAN, no obstante la elección de foro que el artículo 2005 requiere, México consiente en someter la disputa integral, incluidas las reclamaciones de Estados Unidos conforme al artículo III del GATT de 1994 (y 301 del TLCAN), al panel arbitral que llegare a establecerse conforme al capítulo XX del TLCAN.

Respecto de la pregunta sobre si el sistema de solución de controversias del TLCAN dispone los mismos remedios que Estados Unidos está buscando al amparo de la OMC, México observa que: (i) la obligación de la OMC invocada en el presente caso, el artículo III, está expresa e íntegramente incorporada en el TLCAN, así que el derecho de acción es el mismo; y (ii) si se determina que una parte ha violado una obligación del TLCAN, los artículos 2018 y 2019 contienen disposiciones relativas al cumplimiento e incumplimiento del informe final del panel arbitral, incluso en materia de suspensión de beneficios, que son equivalentes las de la OMC, y que pudieran incluso ser más eficientes, toda vez que el TLCAN contempla menos instancias que el ESD.

Al respecto conviene señalar que el capítulo XX del TLCAN se modeló en el sistema de solución de controversias del GATT, así como en el llamado Texto Dunkel de la Ronda Uruguay.

6. En caso de que, como ha solicitado México, el Grupo Especial decline el ejercicio de su competencia a favor del TLCAN, se ruega a las partes que indiquen si el derecho de los Estados Unidos de solicitar la integración de un panel en el marco del TLCAN para que examine las alegaciones que se han sometido a este Grupo Especial puede resultar afectado por el hecho de que los Estados Unidos hayan sometido previamente este mismo asunto a la OMC.

Véase la respuesta de México a la pregunta número 5.

7. Se ruega a las partes que informen al Grupo Especial del estado en que se encuentra la controversia que México ha planteado contra los Estados Unidos en el marco del TLCAN con respecto al comercio bilateral de edulcorantes.

En su Primera Comunicación Escrita (véase los párrafos 66 al 77), México explicó con detalle el desarrollo del procedimiento iniciado por México conforme al capítulo XX del TLCAN y el estado que guarda. La representante de Estados Unidos confirmó durante la audiencia que la solicitud de México para el establecimiento de un panel arbitral está vigente y que el procedimiento aún está pendiente (la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos lo listaba en su página de Internet como un caso pendiente hasta marzo del presente año y, no obstante que lo eliminó de la lista poco antes de iniciar este procedimiento en el marco de la OMC, la representante de Estados Unidos confirmó que continúa pendiente).

El procedimiento del TLCAN zozobró en la etapa de integración del panel arbitral debido a la negativa de Estados Unidos de designar panelistas y de convenir la designación del presidente, aunado a las instrucciones que dio a su sección del Secretariado del TLCAN (una unidad administrativa adscrita al Departamento de Comercio) para no hacerlo, tras la insistencia de México. A la fecha, más de cuatro años después de la solicitud de México para el establecimiento del panel arbitral -y más de seis desde que inició el procedimiento mediante su solicitud de consultas- el panel no ha sido integrado.

Aunque ambas partes han sostenido negociaciones en distintos momentos desde que el TLCAN entró en vigor, éstas han sido infructuosas.

Durante ese periodo la industria azucarera de México experimentó una severa crisis. La preocupación por la salud financiera de los ingenios y el impacto económico y social que el continuo deterioro de ésta pudiese haber tenido en el sector, forzaron al gobierno federal a intervenir en septiembre de 2001 para expropiar 27 de los 61 ingenios azucareros del país. La expropiación trajo consigo cierta estabilidad financiera, pero los excedentes subsistían, sin que encontraran salida al mercado estadounidense, y continuaban amenazando al sector. En consecuencia, el Congreso resolvió tomar acciones para reequilibrar el mercado mexicano de edulcorantes.

México observa que, tras la adopción del impuesto, la industria estadounidense mostró entusiasmo porque ambos países lograran un arreglo. Desafortunada, pero predeciblemente, ese entusiasmo se disipó cuando Estados Unidos inició este procedimiento ante la OMC y cuando tres empresas productoras de fructosa para el mercado mexicano interpusieron reclamaciones arbitrales por daños en contra de México al amparo del capítulo XI del TLCAN.

8. El Grupo Especial ha observado que en el párrafo 2 g) de la versión escrita de la declaración oral de México de fecha 2 de diciembre, México ha afirmado que "activó el mecanismo de solución de controversias [del TLCAN]" con respecto a la reclamación que ha presentado contra los Estados Unidos en relación con el comercio bilateral de edulcorantes. Se ruega a las partes que aclaren cuándo se considera que han sido "activados" los procedimientos de solución de controversias del TLCAN.

El mecanismo de solución de controversias del TLCAN consta de tres etapas, donde la etapa anterior debe agotarse antes de que pueda procederse a la siguiente.

Primero, el artículo 2006 dispone cualquiera de las Partes podrá solicitar a las otras la realización de consultas respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento del tratado. México formalmente solicitó consultas a Estados Unidos el 13 de marzo de 1998. Las consultas se llevaron a cabo el 15 de abril de 1998, pero no se logró resolver el asunto.

Segundo, el artículo 2007 del TLCAN dispone que cualquiera de las Partes consultantes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión de Libre Comercio (la "CLC") si no logran resolver un asunto conforme al artículo 2006 en un plazo determinado (45 días como máximo). La CLC se compone por los Ministros responsables del comercio exterior de las tres Partes del TLCAN. México inicialmente solicitó una reunión de la CLC el 13 de noviembre de 1998 y confirmó su solicitud el 5 de enero de 1999. La Comisión eventualmente se reunió el 15 de noviembre de 1999, pero tampoco logró resolver la controversia.

Tercero, el artículo 2008 dispone que, Cuando la Comisión se haya reunido conforme a lo establecido en el artículo 2007(4) y el asunto no se hubiere resuelto también en un plazo determinado, cualquiera de éstas podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral. A la entrega de la solicitud, la CLC establecerá un panel arbitral, que se integrará con cinco miembros, dos designados por cada Parte y el Presidente designado de común acuerdo o electo por sorteo de entre los miembros de una lista de panelistas que las CLC debió haber establecido al a entrada en vigor del tratado, pero que a la fecha no lo ha hecho (debido, fundamentalmente, a la negativa de Estados Unidos). En ausencia de esta lista, no existe un mecanismo para designar panelistas ante la negativa de alguna Parte. México solicitó formalmente el establecimiento de un panel de conformidad con el artículo 2008 del TLCAN el 17 de agosto de 2000. A la fecha el panel no ha sido integrado.

El TLCAN no considera la etapa de consultas conforme al artículo 2006 como una etapa contenciosa y determina el "inicio de procedimientos" a partir de la solicitud a la CLC. Sin embargo, es indispensable haber agotado la etapa consultiva para poder solicitar una reunión de la CLC. De tal manera, al haber dicho México que "activó" los procedimientos de solución de controversias, se refería al inicio del procedimiento mediante la presentación de su solicitud de consultas el 13 de noviembre de 1998, hace más de seis años.

9. El Grupo Especial observa que en su Primera comunicación, de fecha 1º de noviembre, México no presentó ninguna respuesta con respecto al fondo de las supuestas infracciones del artículo III del GATT de 1994 alegadas por los Estados Unidos en su Primera comunicación (salvo cuando dice que cualquier infracción estaría justificada al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT). Se ruega a las partes que expliquen qué conclusiones, en su caso, debería inferir el Grupo Especial del hecho de que México no haya respondido a las alegaciones en relación con el artículo III. ¿Debería el Grupo Especial, antes de formular sus constataciones, examinar las pruebas que obran en el expediente e, infiriendo las conclusiones jurídicas adecuadas del hecho de que México no haya opuesto ninguna defensa sustantiva a las alegaciones de los Estados Unidos en relación con el artículo III, llevar a cabo un examen para constatar si se cumplen o no las condiciones que exigen las diferentes disposiciones del artículo III?

La única conclusión que el Grupo Especial debe desprender de la decisión de México de no responder a las reclamaciones de Estados Unidos al amparo del artículo III del GATT es que (suponiendo que el Grupo Especial asume jurisdicción) México no objeta que el Grupo Especial proceda a examinar su defensa sobre la presunción de que las medidas en cuestión son incompatibles con el artículo III del GATT de 1994. Esto no quiere decir que México consienta en que sus medidas en efecto lo son.

Ello no significa que el Grupo Especial pueda resolver sin antes examinar si las condiciones requeridas por las distintas disposiciones del artículo III han sido satisfechas. Al respecto, México observa que Estados Unidos, como la parte reclamante, tiene la carga de establecer un caso *prima facie* sobre si esas condiciones han sido satisfechas con base en los hechos de este caso. De acuerdo con los principios generales del derecho internacional la parte que afirma tiene la carga de probar:

"En cuanto a la carga de la prueba, ... observamos que corresponde a la parte que exponga un hecho, o formule una alegación u oposición la carga de aportar la prueba correspondiente. Una vez que la parte haya aportado pruebas suficientes para establecer la presunción de que lo alegado es cierto, la carga de presentar pruebas para refutar la presunción se desplaza a la otra parte. Así pues, en el asunto que examinamos, incumbe a los Estados Unidos la carga de probar sus alegaciones, incluidas las formuladas en relación con los artículos III y X. Una vez que los Estados Unidos hayan establecido la presunción de que lo alegado es cierto, corresponde al Japón la carga de presentar pruebas suficientes para refutar esa presunción."²

En *Turquía-Textiles*, el Grupo Especial resumió las normas relativas a la carga de la prueba como sigue:

- a) corresponde a la parte reclamante probar la infracción que alega;
- b) corresponde a la parte que invoca una excepción o una defensa afirmativa probar que se reúnen las condiciones en ella indicadas; y
- c) corresponde a la parte que asevera un hecho probarlo."³

La decisión de México de no responder a las reclamaciones de Estados Unidos no libera a Estados Unidos de tener que demostrar los hechos que afirma y de establecer las violaciones que alega.

10. En sus declaraciones orales, las Comunidades Europeas plantearon cuestiones relativas al trato que se da en México a los refrescos edulcorados con azúcar de remolacha. Se ruega a las partes que transmitan al Grupo Especial las opiniones que tengan con respecto al trato que se da en México a los refrescos y jarabes edulcorados con productos diferentes del azúcar de caña y del jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), por ejemplo, el azúcar de remolacha y la sacarina. ¿Estarían comprendidos estos refrescos y jarabes (edulcorados con productos diferentes del azúcar de caña y del JMAF) en el ámbito de las alegaciones de los Estados Unidos?

Los únicos refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, que se encuentran exentos del pago del IEPS son aquellos que utilicen como edulcorante azúcar de caña. Los refrescos endulzados con cualquier otro edulcorante están sujetos al pago del impuesto.

11. Se ruega a las partes que aclaren si, a su juicio, una medida, tal como se aplica a un producto, puede ser al mismo tiempo una medida consistente en un "impuesto interior" respecto de ese producto en el sentido del párrafo 2 del artículo III del GATT, así como una "ley o reglamento que afecte al uso" de ese producto en el sentido del párrafo 4 del artículo III.

México entiende que esta pregunta deriva de que Estados Unidos está impugna la compatibilidad de las mismas medidas tanto con el artículo III:2 como con el artículo III:4 del GATT de 1994. En la opinión de México, Estados Unidos como parte reclamante asume la carga de establecer que las medidas están cubiertas tanto por el artículo III:2 como por el artículo III:4. México ya ha indicado que no pretende responder a los argumentos de Estados Unidos en este

² *Japón - Películas*, Informe del Grupo Especial, para. 10.372.

³ *Turquía - Restricciones aplicadas a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir*, WT/DS34/R, Informe del Grupo Especial, adoptado el 19 de noviembre de 1999, para. 9.57.

respecto, pero desea apuntar que la jurisprudencia de la OMC sugiere que "impuestos interiores u otras cargas interiores" deben examinarse a la luz del artículo III:2.

En *Argentina - Piel de bovino e importación de cueros acabados*, el Grupo Especial examinó si las medidas en cuestión, estableciendo un mecanismo para la recolección de ciertos impuestos, estaban cubiertas por el artículo III:2. El Grupo Especial resolvió que las medidas imponían de cargas creaban una carga pecuniaria y, como tales, se encontraban dentro del ámbito del artículo III:2:

"Estimamos que la RG 3431 y la RG 3543 no deben considerarse impuestos en sentido estricto, sino mecanismos para la percepción del IVA y el IG. Lo peculiar, no obstante, de la RG 3431 y la RG 3543 como mecanismos para la percepción del IVA y el IG estriba en que prevén la imposición de cargas. Recordamos que el párrafo 2 del artículo III abarca las cargas "de cualquier clase que sean" (sin cursivas en el original). El término "carga" denota, entre otras cosas, una "carga pecuniaria" y la "obligación de pagar dinero impuesta a una persona". A nuestro juicio, no cabe ninguna duda de que tanto la RG 3431 como la RG 3543 imponen una carga pecuniaria y crean una obligación de pagar dinero. Además, las cargas establecidas en la RG 3431 y la RG 3543 constituyen pagos a cuenta del IVA y el IG. La RG 3431 y la RG 3543 imponen en efecto a los importadores el pago de parte de su débito definitivo por el IVA y el IG. En consecuencia, nos parece evidente que las cargas en cuestión reúnen las condiciones necesarias para ser consideradas medidas fiscales y, como tales, pueden ser evaluadas de conformidad con el párrafo 2 del artículo III."⁴

Esto sugiere que si la medida es un impuesto, debe ser examinada al amparo del artículo III:2.

12. Se ruega a las partes que expliquen si, a su juicio, el Grupo Especial podría aceptar las afirmaciones formuladas por los Estados Unidos respecto de las cuestiones relativas a sus alegaciones en relación con el artículo III del GATT y en qué medida. ¿Hay alguna diferencia en la forma en que el Grupo Especial debería tratar los hechos y los argumentos jurídicos en el presente asunto?

Véase la respuesta de México a la pregunta número 9.

13. ¿Está exento del impuesto algún refresco o jarabe edulcorado distinto de los edulcorados con azúcar de caña? ¿Están exentos del impuesto refrescos o jarabes edulcorados procedentes de algún lugar determinado?

Los únicos refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, que se encuentran exentos del pago del IEPS, son aquellos que utilicen como edulcorante azúcar de caña, sin importar el país de origen de los mismos.

14. ¿Es también aplicable la diferencia de trato entre las "enajenaciones" y las "importaciones", de existir esa diferencia, al impuesto aplicado por México a la "agencia, representación, correduría, consignación y distribución" de refrescos y jarabes edulcorados importados?

⁴ *Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, WT/DS155/R y Corr.1, Informe del Grupo Especial, adoptado el 16 de febrero de 2001, paras. 11.143-11.144.

No, el impuesto a la comisión, mediación, agencia, representación, correduría consignación y distribución, se determina de la misma forma tanto para los productos de origen nacional como los de importación.

15. A juicio de las partes, ¿están sujetos los edulcorantes, cuando se utilizan como insumos en la preparación de refrescos y jarabes, a las medidas fiscales en litigio en el presente asunto, o los impuestos se aplican sólo a los refrescos y jarabes?

El impuesto es aplicable a los refrescos, jarabes o concentrados, entendidos como producto final, ya sea para su consumo directo o para agregar solamente agua natural o mineralizada para su consumo. Es decir, si para la elaboración de los productos mencionados se utilizan materias primas diversas, éstas no se encuentran gravadas con el IEPS, ya que no forman parte del objeto de la ley.

16. En el párrafo 17 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 3 de diciembre las Comunidades Europeas afirmaron que "el Grupo Especial puede tener en cuenta que en el momento en que se impuso [la] medida mexicana, un determinado porcentaje de refrescos producidos en México también se edulcoraban con JMAF y, por consiguiente, resultaron afectados por el aumento de los impuestos". Se ruega a las partes que transmitan al Grupo Especial las observaciones que deseen formular con respecto a esta afirmación y qué consecuencias, en su caso, debería tener este hecho en el análisis del Grupo Especial.

La aseveración de las Comunidades Europeas en términos generales es correcta. Cuando la medida se impuso, tanto el azúcar como la fructosa eran utilizados como edulcorantes por la industria refresquera de México. El hecho de que la fructosa estuviera desplazando al azúcar mexicano del segmento del mercado de refrescos mientras México se veía imposibilitado, como resultado de los actos y omisiones de Estados Unidos, para exportar los excedentes de azúcar a Estados Unidos, motivó la decisión del Congreso mexicano de imponer el IEPS. Por tanto, el hecho mencionado por las Comunidades Europeas y mencionado en la pregunta del Grupo Especial es pertinente al análisis del Grupo Especial sobre la intención subyacente a las medidas de México.

17. China manifestó en su declaración oral de 3 de diciembre que "cuando en una ley fiscal se establece que esa ley es aplicable a un producto ... el ámbito de la imposición no abarca los componentes del producto objeto del impuesto". ¿Desean las partes formular alguna observación con respecto a esta afirmación?

Véase la respuesta a la pregunta número 15.

18. Se ruega a las partes que indiquen al Grupo Especial si están de acuerdo en que los refrescos y jarabes edulcorados importados son "similares" a los refrescos y jarabes edulcorados nacionales mexicanos. ¿Consideran las partes que los refrescos y jarabes edulcorados importados y los refrescos y jarabes edulcorados nacionales mexicanos son "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí"?

México reitera que no ha tomado una posición sobre las cuestiones relativas a si los refrescos y los jarabes endulzados importados son "similares" a los refrescos y jarabes endulzados nacionales, y si los refrescos y los jarabes endulzados importados son "competidores o sustitutos directos" con los refrescos y jarabes endulzados mexicanos. Según argumenta México en su respuesta a la pregunta 41, México no objeta que el Grupo Especial proceda sobre la base de la presunción de que las medidas en cuestión son incompatibles con el artículo III del GATT de 1994.

Sin embargo, México recuerda que siendo Estados Unidos la parte reclamante en esta diferencia, tiene que aportar las pruebas suficientes para establecer la presunción que fundamenta cada una de sus reclamaciones, incluidos sus argumentos relativos a que los refrescos y los jarabes endulzados importados son "similares" a los refrescos y jarabes endulzados nacionales o que los

refrescos y los jarabes endulzados importados son "competidores o sustitutos directos" con los refrescos y jarabes endulzados de México

19. Se ruega a las partes que indiquen al Grupo Especial si están de acuerdo en que el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) es "similar" al azúcar de caña, a los efectos del párrafo 4 del artículo III.

México reitera que no ha tomado una posición sobre la cuestión de si la fructosa es "similar" al azúcar de caña para los propósitos del artículo III:4. Según argumentó México en el párrafo 112 de su primera comunicación escrita, la fructosa y el azúcar de caña son productos sustitutos para ciertas aplicaciones.

México apunta, además, que para que pueda establecerse una violación al artículo III:4, tienen que satisfacerse tres elementos: que los productos importados y nacionales en cuestión sean "productos similares"; que la medida en cuestión sea una "ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso", y que los productos importados no reciban un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional.

Como la parte reclamante en esta diferencia, Estados Unidos asume la carga de aportar pruebas para satisfacer cada uno de esos elementos. Lo anterior quiere decir que Estados Unidos tiene que aportar pruebas suficientes para establecer una presunción, incluso de que la fructosa es "similar" al azúcar de caña para propósitos del artículo III:4.

20. China, en su declaración oral de 3 de diciembre, expresó la opinión de que "la conclusión de que el azúcar de caña y el JMAF son 'productos similares' a tenor del párrafo 4 del artículo III [no puede] establecerse exclusivamente sobre la base del análisis de su condición de 'productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí' en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III". ¿Desean las partes formular alguna observación con respecto a esta afirmación?

México no tiene comentarios específicos sobre la aseveración de China. México simplemente desea recordar que en *Japón - Bebidas Alcohólicas*, el Órgano de Apelación explicó las posibles diferencias en el ámbito de los "productos similares", dependiendo de las disposiciones en cuestión. Para ilustrar que el significado del término "productos similares" varía entre las distintas disposiciones de los Acuerdos de la OMC, el Órgano de Apelación invocó la imagen de un acordeón:

"Ningún modo de juzgar será apropiado en todos los casos. Deberían examinarse los criterios previstos en el informe sobre los ajustes fiscales en frontera, pero no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es "similar". El concepto de "similaridad" es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de "similaridad" se extiende y se contrae en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones del Acuerdo sobre la OMC. La anchura del acordeón en cualquiera de esos lugares debe determinarse mediante la disposición concreta en la que se encuentra el término "similar", así como por el contexto y las circunstancias existentes en cualquier caso dado al que sea aplicable la disposición. Creemos que en el párrafo 2 del artículo III, primera frase, del GATT de 1994, el acordeón de "similaridad" se ha de estrechar notablemente."⁵

⁵ WT/DS8, DS10 & DS11, Informe del Órgano de Apelación, adoptado el 1 de noviembre de 1996, p. 21.

El Órgano de Apelación también advirtió que "directamente competitivos o sustitutos" es una categoría más amplia, y manifestó: "[c]uánto más amplia puede llegar a ser en un caso determinado esa categoría de productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí es una cuestión que el grupo especial debe determinar sobre la base de todos los hechos pertinentes del caso".⁶

21. En caso de que las medidas fiscales impuestas por México tengan algún efecto sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), a juicio de las partes, ¿sería más adecuado examinarlas a este respecto -en relación con el efecto que tienen sobre el JMAF- en el marco del párrafo 2 del artículo III o en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994?

La posición de México es que el Grupo Especial debe declinar su competencia y deferir el examen del fondo de las reclamaciones de Estados Unidos conforme a los artículos III:2 y III:4 del GATT de 1994 a un panel arbitral establecido en el marco del TLCAN. México subraya que el artículo 301 del TLCAN expresamente incorpora el artículo III del GATT de 1994. De rechazar el Grupo Especial la solicitud de México sobre un fallo preliminar, en la opinión de México, Estados Unidos, como parte reclamante, tiene la carga de establecer que las medidas en cuestión son aplicables a la fructosa y tienen efectos sobre ésta. Más aún, ya que invocó tanto el artículo III:2 como el III:4 respecto de los efectos de las medidas en cuestión sobre la fructosa, Estados Unidos tiene que establecer *prima facie* que se satisfacen todos los elementos de ambas disposiciones, con base en los hechos de este caso.

22. Se ruega a las partes que expliquen si, a su juicio, los requisitos de contabilidad y de presentación de informes identificados por los Estados Unidos, entre otros, en el párrafo 4.(2) de su Primera comunicación deberían considerarse como medidas distintas del impuesto sobre los refrescos y del impuesto sobre la distribución. A juicio de las partes, ¿debería el Grupo Especial formular una determinación aparte sobre la compatibilidad de esos requisitos de contabilidad y de presentación de informes con las disposiciones del GATT de 1994, incluso si constatará que el impuesto sobre los refrescos y el impuesto sobre la distribución son incompatibles con el GATT de 1994?

Los requisitos de contabilidad están previstos en el Reglamento de la *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios* publicado el 15 de mayo de 1990; la *Resolución Miscelánea Fiscal Para 2003* (Título 6) publicada el 31 de marzo de 2003, y la *Miscelánea Fiscal Para 2004* (Título 6) publicada el 30 de abril de 2004. Estos instrumentos reglamentan la Ley del IEPS y son relevantes a la administración de varios aspectos del IEPS.

En tal medida, se trata de elementos de la misma medida, y están vinculados a ésta de manera inseparable.

23. Se ruega a las partes que expliquen si, a su juicio, los requisitos de contabilidad y de presentación de informes identificados por los Estados Unidos, entre otros, en el párrafo 4.(2) de su Primera comunicación, deberían considerarse como medidas internas que afectan al uso en el mercado interior del jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF).

Véase la respuesta a la pregunta número 22.

⁶ *Id.*, p. 25.

24. En el párrafo 6 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 3 de diciembre Guatemala afirmó que "el Grupo Especial debe atender el llamado de México en cuanto a que considere, en el curso de sus deliberaciones, la importancia de la actividad azucarera en México y las implicaciones que las reformas en este sector acarrearán para este país". Se ruega a las partes que transmitan cualquier opinión que tengan con respecto a la declaración de Guatemala y, en particular, de qué modo, en su caso, debería el Grupo Especial considerar en sus deliberaciones los factores destacados por Guatemala.

El Grupo Especial debe considerar los factores aludidos por Guatemala al examinar la defensa de México a la luz del artículo XX(d) del GATT de 1994. Estos factores son relevantes para la interpretación y aplicación del artículo XX en las circunstancias de esta diferencia. Por ejemplo, dada la importancia de la industria azucarera de México, al sopesar y evaluar si las medidas en cuestión son "necesarias" de acuerdo con el significado del artículo XX(d), el Grupo Especial tiene que considerar que la implementación de los compromisos de acceso al mercado de Estados Unidos para el azúcar en el marco del TLCAN es de interés vital para México. Parafraseando al Órgano de Apelación en *Corea - Carne*, cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como "necesaria" una medida concebida como instrumento para lograr la observancia.⁷ También son relevantes en función de la condición de México como país en desarrollo

25. Se ruega a las partes que confirmen si consideran que el apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 justificaría las medidas adoptadas por un Miembro que sean "necesarias para lograr la observancia" por otro Miembro de obligaciones internacionales derivadas de un tratado que no forma parte de los "acuerdos abarcados" de la OMC. ¿Hay algún precedente en el marco de la OMC o del GATT que sea pertinente a esta cuestión?

México considera que, en las circunstancias de este caso, las medidas de México pueden justificarse conforme al artículo XX(d) como "necesarias para asegurar el cumplimiento" por otro Miembro con sus obligaciones internacionales derivadas de un tratado que no es parte de los "acuerdos abarcados" de la OMC. Hasta donde México tiene conocimiento, no hay precedentes de la OMC ni del GATT al respecto. México también subraya que no existen precedentes de la OMC ni del GATT que excluyan esa interpretación. Sin embargo, como se discute en la respuesta a la pregunta 26, el artículo XX debe interpretarse de una manera orgánica, que responda a las cambiantes condiciones internacionales.

Respecto de la posición de Estados Unidos de que el TLCAN, aunque "ley", no es el tipo de "leyes" que el artículo XX(d) contempla, México advierte que ni el texto de artículo que se comenta, ni los acuerdos abarcados, la historia de la negociación ni la jurisprudencia la sustentan. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contempla entre las fuentes del derecho internacional "(a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes".⁸

Estados Unidos rutinariamente etiqueta sus escritos y argumentos en el marco del TLCAN como escritos o argumentos "legales" ("*legal submissions*"). Para dar un ejemplo, México refiere al Grupo Especial a las argumentaciones de Estados Unidos en el contexto del capítulo XI del TLCAN en el caso *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*. Algunos extractos de su Escrito de Contestación a la Demanda demuestran que Estados Unidos se

⁷ WT/DS169/AB/R, Informe del Órgano de Apelación, adoptado el 10 de enero de 2001, paras. 161-163.

⁸ Artículo 38 1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

refiere a su "argumento legal" (*legal argument*)⁹; alega que los demandantes en ese caso, "como una cuestión de derecho", no lograron satisfacer "prescripciones que el estándar de trato nacional requiere"¹⁰; coincidió que un artículo invocado por los demandantes establece un estándar de trato establecido por el derecho internacional consuetudinario, y que cierta fraseología relativa a este estándar ha sido incorporado por Estados Unidos "en varios de sus acuerdos bilaterales de inversión".¹¹ No hay la menor duda de que el TLCAN, como un tratado internacional que debe interpretarse de conformidad con las normas del derecho internacional consuetudinario, es una ley.¹²

Por lo que se refiere a precedentes en el marco de la OMC o el GATT, en la opinión de México el artículo XX tiene que interpretarse de conformidad con las normas del derecho internacional consuetudinario y teniendo en perspectiva los cambios en el medio jurídico internacional que han ocurrido desde que el artículo XX fue negociado en 1947. En particular, la comunidad de Estados actualmente está más preocupada con la protección de los intereses comerciales, que cuando el GATT fue negociado. Una revisión de las excepciones del artículo XX revela que solamente tres conciernen expresa o implícitamente una actividad que pudiera ocurrir *dentro* del territorio del Miembro que buscara justificar sus medidas.¹³ Las demás no contienen un texto que sugiera una delimitación territorial en su aplicación, y puede suponerse que los negociadores del GATT anticiparon que el artículo XX podría responder a los cambios en el medio internacional.

Un buen ejemplo de esta evolución es el asunto *Estados Unidos - Camarones*, en el que Estados Unidos pudo justificar medidas incompatibles con el artículo XI del GATT de 1994 sobre la base de que eran "necesarias para proteger la salud y la vida de los animales" y "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales". Ninguna de las excepciones pertinentes del artículo XX contiene un texto que establezca una delimitación territorial y, en efecto, Estados Unidos consideró que tenía el derecho de adoptar restricciones comerciales en relación con actividades realizadas en el mar territorial o la zona económica exclusiva de otros Miembros.¹⁴

Si los incisos (b) y (g) pueden involucrar medidas de otros Estados o actividades que se realizan en fuera del territorio del Miembro que invoca el artículo XX, es obvio que la misma lógica subyace al inciso (d) y puede interpretarse en forma similar.

El asunto *Estados Unidos - Camarones* ilustra otro punto al que México ya se refirió en su Primera Comunicación Escrita: el Órgano de Apelación estaba preparado para permitir a Estados Unidos justificar una medida conforme al artículo XX del GATT, sin exigir que lograra un acuerdo internacional en materia de recursos pesqueros. En específico, Órgano de Apelación señaló:

⁹ Anexo MEX - 32. Fragmentos del Counter-Memorial de Estados Unidos en *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, pie de página 1.

¹⁰ *Id.*, p. 118.

¹¹ *Id.*, p. 172.

¹² Véase el artículo 102:2 del TLCAN.

¹³ Son los párrafos (c), (g.), y (i).

¹⁴ No sólo en *Camarones*, sino también en los asuntos *Atún/Delfín* Estados Unidos consideró que el Artículo XX le permitía responder a los actos de otros Estados en relación con sus recursos naturales a través del Artículo XX.

"Con arreglo al preámbulo del artículo XX, un Miembro importador no puede tratar a sus interlocutores comerciales en una forma que constituya una "discriminación arbitraria o injustificable". Con respecto a esta medida, cabe la posibilidad de que los Estados Unidos respetaran esta obligación y no obstante no hubiera sido posible la conclusión de un acuerdo internacional a pesar de los esfuerzos serios y de buena fe de los Estados Unidos. El hecho de exigir que los Estados Unidos concluyeran un acuerdo multilateral para evitar una "discriminación arbitraria o injustificable" al aplicar su medida significaría que cualquier país parte en las negociaciones con los Estados Unidos, Miembro o no de la OMC, habría tenido en la práctica un derecho de veto sobre la posibilidad de que los Estados Unidos cumplieran sus obligaciones en el marco de la OMC. Una prescripción de esa naturaleza no sería razonable. Por diversas razones, puede resultar posible concluir un acuerdo con un grupo de países y no con otro. La conclusión de un acuerdo multilateral exige la cooperación y el compromiso de muchos países. A nuestro juicio, no puede sostenerse que los Estados Unidos hayan incurrido en una "discriminación arbitraria o injustificable" en el sentido del artículo XX por la única razón de que una negociación internacional haya tenido como resultado un acuerdo y otra no¹⁵. [Énfasis añadido].

El Órgano de Apelación no estaba preparado para impedir que un Miembro adoptara medidas que de otro modo serían incompatibles con el GATT, con base en que los esfuerzos de buena fe de ese Miembro para negociar un acuerdo internacional no fueron fructíferos.

Los mismos principios deben aplicar al caso del artículo XX(d). México ha ofrecido amplias pruebas de sus esfuerzos de buena fe durante todo el período relevante, por resolver la disputa antes de verse en la necesidad de adoptar las medidas que ahora están en disputa. (Al respecto, México advierte que Estados Unidos ha admitido formalmente que tiene "una diferencia con México respecto de los términos precisos de esas obligaciones del TLCAN"¹⁶, aunque se apresuró a añadir que considera que ha "actuado en total cumplimiento con nuestras obligaciones relativas al azúcar en el marco del TLCAN").

El que Estados Unidos continuamente haya bloqueado los esfuerzos de México por establecer un panel arbitral que determine si Estados Unidos ha cumplido con sus obligaciones internacionales en el marco del TLCAN contradicen la firmeza con la que hizo esa última aseveración. Un Estado que asegura actuar con absoluto apego a sus obligaciones establecidas en un tratado no tiene nada que temer al someterse a la jurisdicción de un panel arbitral.

26. ¿Consideran las partes que la forma en que se solucionó en la OMC el asunto *Estados Unidos - Camarones*, y en particular el modo en que se tuvieron en cuenta los esfuerzos a favor de la cooperación internacional en el análisis de la defensa al amparo del artículo XX del GATT, es pertinente al presente asunto?

México considera que la manera como el asunto *Estados Unidos – Camarones* fue resuelto en la OMC es altamente relevante al presente asunto. En su respuesta a la pregunta número 25, México ofreció su opinión sobre la relevancia de dos cuestiones del asunto de *Estados Unidos - Camarones* que este Grupo Especial debe considerar.

El asunto *Estados Unidos – Camarones* es también un ejemplo de la interpretación evolutiva que el Órgano de Apelación hace del derecho de la OMC, al considerar normas del derecho internacional que están fuera del ámbito de aplicación de la OMC. Por ejemplo, el Órgano

¹⁵ *Estados Unidos - Camarones (Artículo 21.5 - Malasia)*, para. 123.

¹⁶ Conclusiones de Estados Unidos en la primera reunión sustantiva, para. 9.

de Apelación interpretó el preámbulo del artículo XX "buscando una orientación interpretativa adicional, según proceda, en los *principios generales del derecho internacional*", particularmente el principio de buena fe y la doctrina relacionada con el abuso del derecho¹⁷. [Énfasis propio.] También determinó que el término "recursos naturales agotables" en el artículo XX (d) "al ser interpretado tiene que leerse a la luz de las preocupaciones contemporáneas de las comunidad de las naciones sobre la protección y conservación del medio ambiente [no como se entendía en 1947]".¹⁸ En opinión de México, el mismo razonamiento aplica en el caso del artículo XX(d). Dada la importancia del derecho internacional y del cumplimiento de los tratados en las relaciones internacionales contemporáneas, debe rechazarse una interpretación restrictiva.

Comentarios a las preguntas dirigidas a Estados Unidos

México se reserva el derecho de comentar, en su segunda comunicación escrita, sobre las respuestas de Estados Unidos. Sin embargo, México respetuosamente somete las siguientes observaciones preliminares.

México está interesado en conocer y examinar la respuesta de Estados Unidos a la pregunta 32. México desea resaltar que, no obstante que la reclamación de Estados Unidos parece simple, en la opinión de México, el propósito de Estados Unidos preservar una violación a sus obligaciones internacionales y romper nuevamente el equilibrio logrado en el mercado bilateral de edulcorantes mediante la aplicación del IEPS.

México está interesado en conocer la respuesta de Estados Unidos a la pregunta número 33. En el caso seguido al amparo del capítulo XX del TLCAN, a la fecha, México:

- ha sostenido consultas informales con Estados Unidos;
- ha sostenido consultas formales con Estados Unidos en el marco del artículo 2006;
- ha solicitado en dos ocasiones reuniones de la Comisión de Libre Comercio con miras a lograr un acuerdo en el marco del artículo 2007;
- ha solicitado el establecimiento de un panel arbitral y buscó designar panelistas para integrarlo;
- ante la negativa de Estados Unidos, buscó que la Sección Estadounidense del Secretariado del TLCAN nombrará a los panelistas que no habían sido designados;
- después de que Estados Unidos frustró el procedimiento, ha celebrado numerosas consultas y negociaciones con funcionarios de Estados Unidos con miras a resolver la problemática; y
- ha alentado a las industrias de ambos países a negociar un acuerdo que pudiera servir de base a un acuerdo entre ambos gobiernos.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58, adoptado el 6 de noviembre de 1998, para. 158.

¹⁸ *Id.*, para. 130.

Entre tanto, la fructosa continuaba desplazando azúcar en el mercado mexicano, mientras que Estados Unidos sólo permitía acceso a su mercado a pequeñas cantidades de azúcar mexicano. Las opciones que los ingenios azucareros de México enfrentaban, en un momento en el cual la presión de los excedentes de azúcar -originados en buena medida por la competencia con la fructosa- agravaban la seria crisis económica por la que atravesaba el sector, eran sufrir cuantiosas pérdidas al disponer de los excedentes en el mercado mundial, en el que rigen precios sumamente bajos en comparación con los precios en los mercados estadounidense y mexicano; o bien, almacenar el azúcar, absorbiendo los altos costos financieros y la presión que ello hubiese generado en los precios. Respecto de esta última opción, México observa que el gobierno subsidió el almacenaje de 600.000 toneladas de azúcar, entre otras acciones. Mientras tanto, Estados Unidos busca maximizar los beneficios económicos para sus industrias del azúcar -restringiendo el acceso de azúcar mexicano a su mercado- la fructosa y el maíz -pretendiendo eliminar el equilibrio logrado mediante el IEPS-, de modo que el impacto lo sufriera exclusivamente el mercado mexicano, pese a las consecuencias económicas y sociales que pudiese tener. La penetración de la fructosa en el mercado mexicano ocurrió sólo como resultado del TLCAN, así como los derechos de México para acceder al mercado estadounidense del azúcar son sólo resultado del TLCAN. La negativa de Estados Unidos de honrar sus compromisos internacionales permiten que México tome medidas que devuelvan el *statu quo ante*.

Respuestas a las preguntas dirigidas a México

34. México ha afirmado en el párrafo 94 de su Primera comunicación que "este Grupo Especial tiene ciertas facultades implícitas en materia de su competencia, que derivan de su naturaleza como órgano jurisdiccional". Esta competencia implícita o incidental incluiría la de decidir sobre la conveniencia de abstenerse de asumir una competencia sustantiva que le ha sido válidamente conferida. Simultáneamente, México parece reconocer que los Estados Unidos tienen el derecho de someter el presente asunto al sistema de solución de diferencias de la OMC. Se ruega a México que confirme si en realidad piensa que los Estados Unidos tienen este derecho.

México no cuestiona que Estados Unidos tenga derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias de la OMC y para solicitar el establecimiento del grupo especial. Sin embargo, el derecho de un Miembro de la OMC de recurrir al mecanismo de solución de controversias de la OMC no impide que otro Miembro solicite al Grupo Especial declinar su competencia. La petición de México es perfectamente legítima, dadas las circunstancias extraordinarias de este caso, especialmente porque existe un foro disponible que está mejor equipado para abordar la disputa entre ambos países de manera integral.

Más aun, el derecho de Estados Unidos para interponer este caso ante la OMC no es absoluto. Es claro que todo grupo especial está facultado para declinar su competencia sustantiva en ciertas circunstancias. México alude a tales facultades en los párrafos 30 al 36 de su Comunicación Oral durante la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial. También lo hace en su respuesta a la pregunta número 35, en relación con las respuestas a los números 1 y 2.

35. Se ruega a México que aclare cuál, a su juicio, sería el fundamento jurídico de esas facultades específicas en materia de competencia y de la discrecionalidad que puede tener el Grupo Especial de conformidad con esas facultades para abstenerse de ejercer su competencia. Se ruega a México que aclare qué relación, de existir alguna, tendrían los artículos 7 y 11 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC con su respuesta. ¿Afectaría la solicitud de México de algún modo al mandato de este Grupo Especial aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC el 6 de julio de 2004?

México ya explicó el fundamento legal de su solicitud de un fallo preliminar en los párrafos 30 al 36 de su Comunicación Oral en la primera reunión sustantiva y en las respuestas a las preguntas números 1 y 2. En opinión de México, la competencia implícita o incidental aludida también es inherente al mandato de los grupos especiales, que son tribunales internacionales en el sentido del derecho internacional.

Los artículos 7 y 11 del ESD, que establecen el mandato y las funciones de los grupos especiales de la OMC no lo privan de ejercer esa competencia implícita o incidental para declinar su competencia sustantiva en ciertas circunstancias, en particular en las circunstancias extraordinarias de este caso.

Respecto del artículo 7, México no discute que el Grupo Especial tiene competencia para resolver la reclamación que Estados Unidos ha interpuesto. La solicitud de México de un fallo preliminar está en otro nivel. Es una vez que se establezca válidamente la competencia sustantiva que un Grupo Especial, como cualquier otro tribunal internacional, tiene la facultad implícita para declinarla en ciertas circunstancias. El artículo 7 del ESD no aborda esta cuestión explícitamente.

En cuanto al artículo 11 del ESD, México advierte que éste requiere que los grupos especiales ayuden al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del ESD y los acuerdos abarcados. Dispone que un Grupo Especial debe "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos" y "formular otras conclusiones", según sea apropiado. El Órgano de Apelación se ha basado en la frase "formular otras conclusiones" para confirmar la facultad de los grupos especiales para ejercer la economía procesal, un principio jurídico aplicado por tribunales internacionales, que no está explícitamente previsto en los Acuerdos de la OMC.¹⁹ En la opinión de México, esta frase también confirma el derecho de los Grupos Especiales para abstenerse de ejercer su competencia válidamente establecida en ciertas circunstancias, por ejemplo las de este caso, tras "hacer una evaluación objetiva del asunto" y formarse la opinión de que sería posible y más constructivo lograr una solución más justa y positiva si el asunto es oído por otro tribunal internacional con competencia sobre todas las reclamaciones en cuestión.

En la opinión de México, su solicitud no afecta en modo alguno el mandato del Grupo Especial, ya que, al considerando la solicitud de México, el Grupo Especial evaluaría la cuestión planteada ante el OSD por Estados Unidos y, al emitir el fallo preliminar que México solicita estaría formulando "otras conclusiones" que ayudarían al OSD a cumplir sus funciones.

Por último, México advierte que Estados Unidos no ha identificado ninguna otra disposición, ni ha citado ninguna otra fuente legal para refutar el argumento de México relativo a que el Grupo Especial en efecto tiene la facultad implícita de declinar su competencia.

36. México se ha referido en su Primera comunicación y en su declaración oral a su preocupación ante la posibilidad de que las constataciones que formule este Grupo Especial lleguen a tener consecuencias en las reclamaciones que se sustancian en otros foros contra el Estado mexicano. Se ruega a México que aclare cuáles son esas reclamaciones que se sustancian en otros foros. ¿De qué forma cree México que las constataciones que formule este Grupo Especial podrían llegar a tener consecuencias en esas reclamaciones?

Según lo manifestó en su Primera Comunicación Escrita, México enfrenta tres reclamaciones interpuestas al amparo del capítulo XI del TLCAN por daños pecuniarios, que involucran a cuatro reclamantes distintos: *Corn Products International, Inc.* (CPI), *Archer Daniels Midland Co.* (ADM), *A.E. Staley Manufacturing Co.* (Staley) y *Cargill*, todos ellos productores de fructosa. Con excepción de *Cargill*, todos han sometido su reclamación a arbitraje; *Cargill*, ha notificado su intención de

¹⁹ Véase *EEUU - Camisas y Blusas de Lana*, págs. 17-19.

hacerlo pero no puede presentarla formalmente aún por cuestiones de procedimiento. Todos los reclamantes argumentan que el IEPS -la misma medida examinada por este Grupo Especial- viola las obligaciones de México frente a los inversionistas de Estados Unidos en el marco del capítulo de inversión del TLCAN.

La solicitud de arbitraje por parte de CPI es ilustrativa de estas reclamaciones. Alega que el IEPS viola los artículos 1102 (Trato Nacional), 1106 (Requisitos de Desempeño), y 1110 (Expropiación y Compensación).

México desea proveer al Grupo Especial con la información precisa sobre estas reclamaciones y la forma cómo este procedimiento ante la OMC pudiera afectarlas. El Grupo Especial podrá apreciar que México no puede afectar su posición litigiosa al especular sobre las distintas maneras en que el procedimiento ante la OMC pudiera interactuar con los procedimientos del capítulo XI e influenciar a esos tribunales. Es obvio que los demandantes en esos casos tomarían cualquier conclusión que el Grupo Especial pueda formular en relación con una violación del artículo III como prueba de que México no solamente negó trato nacional en contravención del artículo 301 del TLCAN (ya que éste incorpora el artículo III del GATT) y puede anticiparse argumentaran que México también negó trato nacional a los inversionistas de Estados Unidos que producen fructosa para la venta en el mercado mexicano. México tendrá mucho que decir sobre la interacción entre los artículos 301 y 1102. Sin embargo, es obvio que si este Grupo Especial determina que existe una violación al artículo III, que no está justificada por el artículo XX, los reclamantes exigirán a los tribunales del capítulo XI que se basen en las determinaciones del Grupo Especial al formular las suyas.

Por razones de prudencia, México no abundará en más especificidades de esos casos, pero desea dirigir la atención del Grupo Especial un ejemplo reciente en el que se ha insistido ante un tribunal del capítulo XI que una decisión de la OMC establece un caso *prima facie* de violación a una o más obligaciones de ese capítulo del TLCAN. En el caso *Canfor Corporation v. United States of America*, en el que el demandante alega, entre otras cosas, que la negativa de Estados Unidos de implementar la decisión del OSD en el conocido asunto de la Enmienda Byrd (formalmente conocido como *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000*) ha dado lugar a una violación del capítulo XI del TLCAN.²⁰

37. El Grupo Especial ha observado que en el párrafo 38 de la versión escrita de su declaración oral México ha afirmado que el asunto planteado en la OMC *Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos* difiere de este asunto en varios aspectos importantes y no puede utilizarse como un precedente. Se ruega a México que explique cuáles, a su juicio, son las diferencias entre los dos asuntos y por qué el asunto *Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos* no debería ser pertinente como precedente.

México en efecto opina que el caso *Argentina-Pollos* difiere del presente caso en varios aspectos importantes y, por esta razón, no es un precedente relevante. Primero, en *Argentina-Pollos* la medida ante el Grupo Especial de la OMC previamente fue materia de una controversia en el marco del MERCOSUR. En el presente caso, la situación no es respecto a dos reclamaciones sucesivas, en dos distintos foros, sobre la misma medida adoptada por un Miembro de la OMC en contra de otro Miembro de la OMC. La diferencia fundamental es que en el presente caso un Miembro de la OMC (México) está buscando hacer cumplir un tratado regional de libre comercio (el TLCAN), debido a que, por la intransigencia de otro Miembro de la OMC (Estados Unidos), el mecanismo de solución de controversias del tratado de comercio regional se ha vuelto ineficiente.

²⁰ Estados Unidos objetó la competencia de ese tribunal y una audiencia sobre la competencia se llevó a cabo el 7 y 9 de diciembre de 2004. Los documentos y las transcripciones están disponibles en la página web del Departamento de Estado de Estados Unidos <http://www.state.gov/s/l/c7424.htm>.

En segundo lugar, hasta donde México tiene conocimiento, las medidas en cuestión en *Argentina-Pollos* no fueron adoptadas en respuesta a los actos u omisiones de la parte reclamante en el contexto regional de comercio. Este es un factor crucial distinto: en *Argentina-Pollos*, las reclamaciones ante la OMC no fueron hechas en un contexto de una diferencia más amplia sobre cuestiones que están fuera del ámbito de la OMC. En otras palabras, el desacuerdo entre las partes no derivó de las normas de derecho internacional que no pueden ser ejecutadas judicialmente en el marco de la OMC.

Hasta donde México sabe, ningún grupo especial de la OMC ni el Órgano de Apelación han examinado jamás una situación en la que un Miembro de la OMC hubiese interpuesto una reclamación ante un grupo especial de la OMC relativa a una medida adoptada por otro Miembro, sin que el grupo especial tuviera competencia para examinar la contrademanda por la violación de otro acuerdo internacional. En *Argentina-Pollos*, no estuvieron presentes las circunstancias extraordinarias del presente caso.

38. El Grupo Especial ha observado que en el párrafo 35 de la versión escrita de su declaración oral, México ha afirmado que no solicita simplemente que el Grupo Especial decline su competencia, sino que la decline a favor del TLCAN. Se ruega a México que señale en qué forma podría el Grupo Especial declinar su competencia a favor del TLCAN. Esa medida, si fuera adoptada por el Grupo Especial, ¿qué importancia tendría en la práctica?

Mediante la declaración contenida en el párrafo 35, México desea precisar que, en contraste con las acciones de Estados Unidos, al solicitar un fallo preliminar México no está pretende evadir el sistema de solución de controversias. Por el contrario, busca que todas las reclamaciones, incluidas las que obran ante el Grupo Especial, se resuelvan en el foro apropiado. México sostiene que el mecanismo de solución de controversias establecido en el capítulo XX del TLCAN es el único foro disponible, capaz de oír las reclamaciones de ambas partes a la luz de todos los hechos y los derechos y obligaciones pertinentes.

En la opinión de México, el Grupo Especial podría declinar su competencia a favor del TLCAN simplemente al resolver favorablemente la solicitud de México relativa a un fallo preliminar. Ello inevitablemente dejaría al TLCAN como el único foro apropiado para oír las reclamaciones de ambas partes. Sin embargo, como parte de sus conclusiones, el Grupo Especial podría recomendar que las partes tomaran los pasos para resolver la controversia relativa al comercio de edulcorantes en el marco del TLCAN.

En términos prácticos, Estados Unidos no sufriría perjuicio alguno, ya que las reclamaciones de violación al artículo III del GATT de 1994 serían oídas como reclamaciones de violación al artículo 301 del TLCAN, a la vez que México podría plantear su propia reclamación de violación a las disposiciones del TLCAN.

39. El Grupo Especial observa que en el párrafo 105 de su Primera comunicación, México ha señalado que "en el curso de sus deliberaciones, el Grupo Especial [debería] considerar en forma preponderante la situación de México como país en desarrollo". El Grupo Especial también ha observado que en el párrafo 10 de la versión escrita de su declaración oral, México ha afirmado que "el Grupo Especial debe considerar su condición de país en desarrollo". Se ruega a México que aclare de qué forma debería el Grupo Especial considerar la condición de México de país en desarrollo en su examen del asunto. ¿Considera México además que hay disposiciones relativas al "trato especial y diferenciado" en los Acuerdos de la OMC que sean pertinentes al presente asunto y que el Grupo Especial debería tener en cuenta?

Las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC están pensadas para otorgar a los países en desarrollo un trato más favorable y los parámetros necesarios para avanzar económicamente. Están sintetizados en los párrafos 106 al 108 de la Primera Comunicación Escrita de México. En la

opinión de México, estas disposiciones otorgan a los países en desarrollo parámetros más amplios y flexibles para adoptar medidas para prevenir o responder a crisis sociales. México propone que las acciones para reequilibrar la situación en el comercio bilateral de edulcorantes con Estados Unidos son congruentes con los principios y objetivos establecidos en las disposiciones de los Acuerdos de la OMC relativos al trato especial y diferenciado para los países en desarrollo. Además, México advierte que la eliminación de las medidas en cuestión afectaría adversamente la vida de millones de sus ciudadanos, y en tal medida, serían incompatibles con los objetivos y principios de los Acuerdos de la OMC.

40. El Grupo Especial ha observado que en el párrafo 96 de su Primera comunicación, México afirmó que "si el Grupo Especial asume competencia para conocer del asunto, es la intención de México defender sus acciones conforme a las disposiciones de la OMC". Se ruega a México que desarrolle esta afirmación y presente, para facilitar la labor del Grupo Especial, información sobre cómo defendería sus acciones conforme a las disposiciones de la OMC.

En la opinión de México es inapropiado discutir las medidas en cuestión únicamente en los términos del GATT, puesto que los elementos subyacentes o predominantes en esta diferencia derivan de normas del derecho internacional que no pueden ser ejecutadas judicialmente en el marco de la OMC. México ya explicó que las reclamaciones de Estados Unidos no pueden divorciarse del contexto más amplio de la controversia del TLCAN entre las partes. Ésta es la razón por la que México ha opuesto una excepción previa: el Grupo Especial solamente tiene competencia para pronunciarse sobre un fragmento de la diferencia, el fragmento que Estados Unidos considera puede resultarle ventajoso.

No obstante, de decidir el Grupo Especial ejercer su competencia, la defensa de México se sustenta en el artículo XX(d) del GATT de 1994. La declaración de México a la que el Grupo Especial alude en su pregunta simplemente pretende informar al Grupo Especial que, como una defensa alternativa, la medida impugnada se justifica en los términos de la OMC, es decir, del artículo XX(d) del GATT de 1994.

Los argumentos de México a este respecto están en los párrafos 115 al 138 de su Primera Comunicación Escrita de México. México se reserva el derecho de elaborar sobre estos argumentos en su segunda comunicación escrita.

41. ¿Puede México explicar si, a su juicio, las medidas fiscales impugnadas por los Estados Unidos son compatibles con el artículo III del GATT?

Según explicó México en respuesta a las preguntas del Grupo Especial durante la primera reunión sustantiva, México ha decidido no responder a las reclamaciones de Estados Unidos de que las medidas en cuestión son incompatibles con el artículo III del GATT. Por consiguiente, México no objeta que al examinar su defensa, el Grupo Especial proceda sobre la base de una presunción de que las medidas en cuestión son incompatibles con el artículo III del GATT de 1994, sin perjuicio de lo señalado en respuesta a la pregunta número 9.

42. Se ruega a México que proporcione cifras sobre el mercado mexicano de edulcorantes para la producción de refrescos y jarabes edulcorados correspondientes al decenio más reciente del que se disponga de información. En particular, se ruega a México que facilite información sobre lo siguiente: a) la producción mexicana anual de jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), de azúcar de caña y de otros edulcorantes, con indicación del valor y del peso en kilogramos; b) el consumo mexicano anual de JMAF, de azúcar de caña y de otros edulcorantes, con indicación del valor y del peso en kilogramos, por los productores mexicanos de refrescos y jarabes edulcorados; c) las exportaciones mexicanas anuales, si existieran, de JMAF, de azúcar de caña y de otros edulcorantes. Se ruega a México que proporcione cifras del mercado mexicano de refrescos y del mercado mexicano de jarabes edulcorados; y, d) las

importaciones mexicanas anuales (en función del origen), si existieran, de JMAF, de azúcar de caña y de otros edulcorantes destinadas a la producción de refrescos y jarabes edulcorados.

Véase el Anexo MEX - 3 para la respuesta 42 (a) y (b).

Véase el Anexo MEX - 34 para la respuesta 42 (c).

En relación con la respuesta 42 (d), estamos tratando de obtener esa información.

43. Se ruega a México que identifique los principales productores de refrescos y jarabes edulcorados del mercado mexicano. ¿Podría también aclarar si, respecto de cada productor, los productos son edulcorados con jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), azúcar de caña u otros edulcorantes?

México está tratando de obtener esa información. Al momento no nos ha sido posible recabarla debido, en gran parte, al periodo vacacional que se atraviesa.

44. Se ruega a México que proporcione cifras de las importaciones en México de refrescos y jarabes edulcorados y señale cuáles de esos refrescos y jarabes edulcorados son endulzados con jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), cuáles con azúcar de caña y cuáles con otros edulcorantes.

Dado que todos los refrescos se importan bajo la misma fracción arancelaria, no existen cifras de importación que permitan distinguir entre los refrescos importados endulzados con azúcar de caña y los refrescos importados endulzados con fructosa.

45. Se ruega a México que aclare si el término "enajenaciones" utilizado en el párrafo I del artículo 8 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios incluye la importación de mercancías. ¿Abarca el impuesto todos los refrescos y jarabes edulcorados importados?

El término "enajenación" no incluye la importación, ya que la Ley se encuentra dividida en Capítulos, siendo uno de ellos la enajenación y otro la importación.

De conformidad con la Ley vigente, todas las importaciones de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos se encuentran gravadas, independientemente que utilicen o no como edulcorante únicamente azúcar de caña.

Sin embargo, a partir del 1º de enero de 2005, estarán exentas del pago del IEPS, las importaciones de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, siempre que éstos utilicen como edulcorante únicamente azúcar de caña.

46. ¿Está de acuerdo México en que, de conformidad con la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, todos los refrescos y jarabes edulcorados están sujetos al pago de impuestos, pero las enajenaciones en el mercado interno de refrescos y jarabes edulcorados con azúcar de caña están exentas?

México no está de acuerdo con esa aseveración, ya que las enajenaciones de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, de origen nacional tienen el mismo trato que las enajenaciones realizadas en territorio nacional de esos productos importados.

La Ley del IEPS no distingue el origen del producto (importado o nacional) para determinar si la enajenación en territorio nacional se encuentra gravada o exenta del impuesto, siendo el elemento para determinar si el refresco, el jarabe o concentrado para preparar refresco, causan o no el impuesto al momento de la enajenación, el que se encuentre o no edulcorado únicamente con azúcar de caña.

47. Si la respuesta a la pregunta precedente es "sí", ¿tendría razón el Grupo Especial al interpretar que la exención con arreglo al párrafo I f) del artículo 8 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios sólo es aplicable a la enajenación de refrescos y jarabes nacionales edulcorados con "azúcar de caña" y que no es aplicable a los refrescos y jarabes importados, independientemente del edulcorante utilizado (incluido el azúcar de caña)? Por el contrario, si la respuesta a la pregunta que figura en el párrafo anterior es "no", se ruega a México que señale el fundamento jurídico para incluir a las importaciones en el ámbito del término "enajenaciones" y que proporcione información sobre casos documentados en los que se haya otorgado a las importaciones la exención prevista en el párrafo I del artículo 8.

La disposición contenida en el inciso g) de la Ley del IEPS únicamente regula la exención tratándose de la enajenación de refrescos, jarabes o concentrados y dicho artículo no contempla a la importación de dichos bienes, por no formar parte del Capítulo correspondiente.

La Ley del IEPS no contempla tratamiento de excepción en la importación de XXX edulcorados únicamente con azúcar de caña.

La disposición de excepción en materia de importación de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, edulcorados únicamente con azúcar de caña, entrará en vigor el 1º de enero de 1995.

48. Se ruega a México que explique cómo se impone en la práctica el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios a las enajenaciones (incluida la importación) de refrescos y jarabes edulcorados. ¿Están sujetas al impuesto todas las enajenaciones? ¿Qué enajenaciones, en su caso, están exentas? ¿Quién paga el impuesto en cada enajenación? ¿Se otorgan devoluciones, descuentos o bonificaciones a las personas que pagan el impuesto?

El IEPS se causa por todas y cada una de las enajenaciones o importaciones de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos y la única excepción contemplada por la Ley vigente es la enajenación de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, que utilizan como edulcorante únicamente azúcar de caña.

El impuesto se calcula sobre el precio de venta del refresco, del jarabe o concentrado para preparar refrescos, aplicando la tasa (ad valorem) y es pagado por el adquirente al enajenante, teniendo este último la obligación de enterar el impuesto mensualmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), mediante la forma oficial correspondiente.

El contribuyente podrá acreditar el impuesto que le hayan trasladado por la adquisición de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, así como el impuesto pagado en la importación de los mismos. Para poder realizar el acreditamiento, es necesario que el impuesto haya sido trasladado expresamente al contribuyente y conste por separado en los comprobantes que cumplan los requisitos establecidos en los artículos 29 y 29A del Código Fiscal de la Federación.

Tomando en consideración que el impuesto se calcula de manera mensual, sólo en el caso de que el contribuyente tuviera un saldo a favor en el mes de que se trate, dicho saldo únicamente podrá ser compensado contra el impuesto a su cargo que le corresponda en los pagos mensuales siguientes, hasta agotarlo.

No existe ningún tipo de "crédito fiscal" para los contribuyentes del IEPS aplicable a los refrescos.

49. En el párrafo 19 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 3 de diciembre las Comunidades Europeas afirmaron que "el JMAF es un 'jarabe o concentrado para preparar refrescos' comprendido en el ámbito del párrafo I H) del artículo 2 [de la Ley] que, por lo tanto, está sujeto al impuesto del 20 por ciento". Se ruega a México que aclare al Grupo Especial si la afirmación formulada por las Comunidades Europeas es correcta.

De acuerdo con el inciso H de la fracción I del artículo 2 de la Ley del IEPS, son sujetos del impuesto los jarabes o concentrados para preparar refrescos que se expendan en envases abiertos utilizando aparatos automáticos, eléctricos o mecánicos.

El caso que nos ocupa, la fructosa en sí no puede ser considerada como un jarabe o concentrado que permita obtener un refresco, al no tener incluido saborizante alguno, siendo dicho producto utilizado como una materia prima del producto final (refresco).

El ejemplo más claro de lo anterior, son los refrescos que se expenden en los cines, en el que el concentrado o jarabe se combina, generalmente con agua mineralizada, y se obtiene un refresco.

50. Se ruega a México que explique cómo se imponen en la práctica los requisitos de contabilidad y de presentación de informes identificados por los Estados Unidos. ¿Están sujetos a estos requisitos todos los agentes económicos que participan en la importación, producción, distribución y venta de refrescos y jarabes edulcorados? ¿Qué personas o transacciones, en su caso, están exentas?

Es obligación de todos los contribuyentes del IEPS, la de llevar contabilidad de conformidad con lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento y en el Reglamento de la Ley del IEPS, como el efectuar la separación de las operaciones, desglosadas por tasas. Así mismo, deberán conservar en su domicilio fiscal la contabilidad, por los plazos establecido en el Código Fiscal de la Federación.

El Reglamento de la Ley del IEPS establece que los contribuyentes deberán registrar:

- I. El valor de los actos o actividades por los que deban pagar el impuesto, conforme a las tasas que le corresponden;
- II. El importe de las devoluciones, descuentos o bonificaciones, conforme a las tasa que les corresponden;
- III. En el caso de que sean productores especificarán el volumen y el valor de las materias primas adquiridas los volúmenes producidos y las mermas.

Actualmente sólo las enajenaciones de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos que utilicen como edulcorante únicamente azúcar de caña se encuentran exentas del pago del IEPS. A Partir del 1 de enero de 2005, también las importaciones de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos que utilicen el edulcorante antes referido se encontrarán exentas por la importación.

51. El Grupo Especial ha observado que en el párrafo 48 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 2 de diciembre México ha afirmado que "México considera que en cualquier caso sus medidas son legítimas conforme al derecho internacional." Se ruega a México que desarrolle esa afirmación. ¿Se refiere México en particular a la defensa que ha formulado al amparo del artículo XX del GATT?

La declaración de no se refiere solamente a la defensa de México en el marco del artículo XX del GATT de 194. Las medidas de México también están legitimadas conforme al derecho internacional consuetudinario, que incluyen el derecho de tomar acciones cuando un Estado impide la operación del mecanismo de solución de controversias de un tratado regional.

En la opinión de México, el derecho de la OMC -es decir, los acuerdos abarcados- es parte del cuerpo mucho más amplio de normas del derecho internacional público. En tal medida, las normas del derecho internacional consuetudinario continúan operando y también en el marco de las obligaciones de cada Miembro en la OMC; no están excluidas de su ámbito por los acuerdos de la OMC. En otras palabras, las obligaciones de la OMC no son las únicas normas del derecho internacional que gobiernan las relaciones entre sus Miembros. Las obligaciones de la OMC siempre pueden ser complementadas o variadas entre algunos Miembros de la OMC por otras normas de derecho internacional.

Sin embargo, el Grupo Especial requiere abordar estas cuestiones puesto que las medidas de México se justifican conforme al artículo XX(d) del GATT de 1994. El artículo XX(d) es una excepción general a las disciplinas del GATT de 1994, incluido el artículo III, explícitamente prevista en los Acuerdos de la OMC. En razón de la aplicabilidad del artículo XX(d) y por las razones señaladas en el párrafo 48 de su comunicación oral.

En resumen, la posición de México es que sus medidas están justificadas en el marco tanto del GATT 1994 como de sus derechos internacionales existentes fuera del ámbito de los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, en estos procedimientos, México no está pidiendo al Grupo Especial que examine sus medidas fuera del ámbito de la OMC.

ANEXO C-2

RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL Y MÉXICO DESPUÉS DE LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

(20 de diciembre de 2004)

PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL

A AMBAS PARTES:

1. México ha aludido al ejercicio de la "economía procesal" como referencia para su argumento de que los grupos especiales tienen ciertas facultades implícitas en materia de competencia que les permitirían declinar el ejercicio de una competencia sustantiva. Se ruega a las partes que expliquen qué importancia tiene el ejercicio de la "economía procesal" en el contexto de la solicitud de México de que este Grupo Especial decline el ejercicio de su competencia.

México confunde dos conceptos diferentes. La "economía procesal" es distinta de la "competencia sustantiva".¹ La economía procesal no es un concepto en virtud del cual los grupos especiales se abstienen de ejercer su competencia sustantiva, ya sea respecto de una diferencia o de determinadas alegaciones que constituyen su fundamento. La economía procesal es un concepto en virtud del cual los grupos especiales *-reconociendo que tienen competencia sustantiva, y en ejercicio de esa competencia-* declinan formular constataciones sobre determinadas alegaciones cuando la resolución de éstas no es necesaria para que el grupo especial cumpla su mandato. El mandato de los grupos especiales es "ayudar al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados".² Este mandato se encuentra en el artículo 11 del ESD, así como en el mandato uniforme que establece el párrafo 1 del artículo 7 del ESD y en el de este Grupo Especial en particular. En el sistema del ESD la economía procesal es un concepto ampliamente reconocido y propio del sentido común. Pero en el ESD no existe fundamento alguno para que un grupo especial decline el desempeño de las funciones para las cuales el OSD lo ha establecido o deje a un lado las tareas que el OSD le ha asignado. En consecuencia, el concepto de "economía procesal" no apoya la posición de México de que los grupos especiales tienen determinadas facultades jurisdiccionales implícitas que le permiten declinar el ejercicio de su competencia sustantiva.

Es ilustrativo el examen hecho por el Órgano de Apelación acerca de la economía procesal en *Australia - Salmón*. En esa diferencia, el Órgano de Apelación aceptó que los grupos especiales pueden aplicar el criterio de economía procesal, pero consideró ese concepto conforme al propósito del sistema de solución de diferencias de la OMC y al mandato del grupo especial. Esto contrasta con el pedido de México de que el Grupo Especial decline su competencia, lo cual, según hasta México admite, no encuentra fundamento alguno en el ESD ni en parte alguna del Acuerdo sobre la OMC. El Órgano de Apelación, en *Australia - Salmón*, dijo lo siguiente:

"El principio de economía procesal ha de aplicarse teniendo presente el objetivo del sistema de solución de diferencias, que consiste en resolver el asunto debatido y 'hallar una solución positiva a las diferencias'. Llegar a una solución solamente parcial del asunto debatido sería una falsa economía procesal. Los grupos especiales

¹ Los Estados Unidos observan que "competencia sustantiva" no es una expresión empleada en el ESD ni en los Acuerdos de la OMC. Por consiguiente, los Estados Unidos parten del supuesto de que México entiende por "competencia sustantiva" el desempeño del mandato del Grupo Especial.

² ESD, artículo 11.

tienen que abordar las alegaciones respecto de las que es necesaria una constatación para que el OSD pueda formular recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas como para permitir el pronto cumplimiento por el Miembro de que se trate de esas recomendaciones y resoluciones con miras a 'asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros'".³

También es ilustrativa la constatación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camisas y blusas*: "Un grupo especial sólo necesita tratar las alegaciones que se deben abordar para resolver el asunto debatido en la diferencia".⁴ "El 'asunto debatido' es el 'asunto sometido al OSD' de conformidad con el artículo 7 del ESD".⁵ El Grupo Especial no puede resolver el asunto debatido -es decir, las alegaciones de los Estados Unidos de que las medidas fiscales de México son incompatibles con el artículo III del GATT- a menos que ejerza su competencia sobre ese asunto y formule constataciones a su respecto.

2. Se ruega a las partes que expliquen si, a su juicio, no hay ninguna disposición en los Acuerdos de la OMC que defina explícitamente la facultad implícita en materia de competencia que pueden tener los grupos especiales y que les permite declinar el ejercicio de una competencia sustantiva, como ha señalado México. ¿O consideran más bien que no hay ninguna disposición en los Acuerdos de la OMC que excluya explícitamente la existencia de esa facultad? Si no existen esas normas explícitas en los Acuerdos de la OMC, ¿qué conclusiones, en su caso, debería inferir este Grupo Especial para responder a la solicitud de México de que decline el ejercicio de su competencia?

Con arreglo a las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC, los grupos especiales carecen de la facultad de declinar "el ejercicio de una competencia sustantiva" respecto de un asunto que se les ha sometido debidamente. Por las razones que siguen, la solicitud de México no sólo carece de todo fundamento en el Acuerdo sobre la OMC, sino que es, en realidad, incompatible con él. Concretamente, la petición de México de que el Grupo Especial decline el ejercicio de su competencia sobre esta diferencia es incompatible con los artículos 11 y 7 del ESD y el mandato del Grupo Especial. México simplemente invita al Grupo Especial a infringir sus obligaciones con arreglo al ESD en la misma forma en que ha infringido sus propias obligaciones del régimen de la OMC (o tal vez precisamente por eso).

El artículo 11 del ESD dispone que los grupos especiales deben formular "conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados". El mandato del Grupo Especial dispone que éste debe "formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en [el GATT de 1994]".⁶ Que el Grupo Especial declinara el ejercicio de su competencia en esta diferencia

³ Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 223. En *Australia - Salmón* el Órgano de Apelación, aunque reconoció el criterio de economía procesal, no aceptó la forma en que ese Grupo Especial lo aplicó.

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India (Estados Unidos - Camisas y blusas)*, WT/DS33/AB/R y Corr.1, adoptado el 23 de mayo de 1997, página 23; véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido (Estados Unidos - Plomo y bismuto II)*, WT/DS138/AB/R, adoptado el 7 de junio de 2000, párrafo 70 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camisas y blusas*).

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas*, página 23, nota 30.

⁶ WT/DS308/5.Rev.1.

significaría que el Grupo Especial no formularía conclusiones sobre las alegaciones de los Estados Unidos de que las medidas fiscales de México son incompatibles con el artículo III del GATT de 1994. Esto, a su vez, dejaría al OSD imposibilitado de formular cualquier recomendación o resolución conforme a los derechos y obligaciones establecidos por el ESD y el GATT de 1994. Tal resultado es incompatible con el texto del ESD. Como ya se ha observado, obligaría a un grupo especial a desconocer las razones de su propia existencia y el mandato que le ha sido otorgado por el OSD.

La petición de México también es incompatible con el artículo 7 del ESD y el mandato del Grupo Especial. El párrafo 1 del artículo 7 del ESD establece que los grupos especiales (con el mandato uniforme, como en el caso de este Grupo Especial) deben "examinar ... el asunto" sometido al OSD por la parte reclamante y "formular conclusiones que ayuden al OSD" a hacer recomendaciones y dictar resoluciones. El párrafo 2 del mismo artículo agrega que los grupos especiales "*considerarán* las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes" en la diferencia.⁷ El mandato propio del Grupo Especial en esta diferencia le ordena "examinar ... el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos" -la conformidad de las medidas fiscales de México con el artículo III del GATT- y "formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer" las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en ese Acuerdo.⁸

Estas conclusiones acerca de los artículos 11 y 7 del ESD tienen respaldo en el contexto de otras disposiciones del Entendimiento. El párrafo 3 de su artículo 3 dispone que "[l]as recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión, *de conformidad con los derechos y obligaciones dimanantes del [ESD] y de los acuerdos abarcados*".⁹ El párrafo 7 del artículo 3 dispone que "[e]l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva de las diferencias"¹⁰, y el párrafo 2 del mismo artículo establece que el sistema de solución de diferencias "sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados".¹¹ El párrafo 7 del artículo 12 dispone que cuando las partes no hayan podido llegar a una solución de la diferencia, "el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones". Un criterio que permitiese a un grupo especial declinar el ejercicio de su competencia sobre una diferencia sería contrario al sentido corriente de estas disposiciones y no preservaría los derechos y obligaciones de que se trata en la diferencia.

No es posible reducir a la inutilidad el texto del ESD, como ocurriría si un grupo especial, admitiendo la solicitud de una de las partes, declinara el ejercicio de su competencia sobre una diferencia. Como reconoció el Órgano de Apelación en el asunto anterior referente a las medidas antidumping de México sobre el JMAF, "para ejercer debidamente la función judicial, los grupos especiales tienen que abordar las cuestiones que le sometan las partes en una diferencia".¹²

⁷ Párrafo 2 del artículo 7 del ESD. (sin cursivas en el original)

⁸ WT/DS308/5/Rev.1.

⁹ Párrafo 3 del artículo 3 del ESD. (sin cursivas en el original)

¹⁰ Párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

¹¹ Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21))*, WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre, párrafo 36.

Los Estados Unidos también se remiten al informe del Órgano de Apelación en el asunto *India - Restricciones cuantitativas*, citado por los Estados Unidos en su declaración oral, y a las constataciones de los grupos especiales que se ocuparon de los asuntos *Estados Unidos - EVE* y *Turquía - Textiles*.¹³ En el asunto *Estados Unidos - EVE*, por ejemplo, los Estados Unidos argumentaron que el texto del Acuerdo SMC conforme al cual "los Miembros deben tratar de resolver esas diferencias por las vías previstas en los tratados bilaterales existentes en materia fiscal o recurriendo a otros mecanismos internacionales específicos" "dispone expresamente que los Miembros de la OMC resuelvan ciertas cuestiones suscitadas por exenciones de impuestos directos en un foro apropiado para materias fiscales antes de recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC".¹⁴ El Grupo Especial no estuvo de acuerdo, indicando que el texto citado por los Estados Unidos "no establece una base clara e inequívoca para coartar el derecho a recurrir en cualquier momento a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC".¹⁵ El Grupo Especial explicó lo siguiente:

"... conforme al artículo XXIII del GATT de 1994, al ESD y al artículo 4 del Acuerdo SMC, todo Miembro tiene derecho a recurrir en cualquier momento a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC solicitando la celebración de consultas de manera coherente con esas disposiciones. Este derecho fundamental a recurrir a los procedimientos de solución de diferencias constituye un elemento básico del sistema de la OMC. Por consiguiente, creemos que un grupo especial no debe frívolamente inferir que en el Acuerdo sobre la OMC existe una restricción de ese derecho; antes bien, en los instrumentos jurídicos pertinentes debe haber una base clara e inequívoca para llegar a la conclusión de que existe tal restricción."¹⁶

Por último, señalamos que México no controvierte que las alegaciones de los Estados Unidos han sido sometidas debidamente a este Grupo Especial, y hasta reconoce que el Grupo Especial tiene "competencia *prima facie*" sobre ellas.

Por todas estas razones, no existe absolutamente ningún fundamento para que el Grupo Especial admita la solicitud de México.

3. Se ruega a las partes que expliquen si, a su juicio, sería adecuado que el Grupo Especial examine las cuestiones relativas al comercio bilateral de edulcorantes entre México y los Estados Unidos planteadas por México en el presente asunto.

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales*, WT/DS90/AB/R, adoptado el 22 de septiembre de 1999, párrafo 84; informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/R, adoptado con modificaciones el 20 de marzo de 2000, párrafos 7.12-7.19; informe del Grupo Especial, *Turquía - Restricciones a la importación de productos textiles y de vestido (Turquía - Textiles)*, WT/DS34/R, adoptado con modificaciones el 19 de noviembre de 1999, párrafos 9.15-9.17 (en que se rechazó el argumento de Turquía de que el foro competente para resolver las alegaciones de la India basadas en el GATT de 1994 era en primera instancia el Órgano de Vigilancia de los Textiles de la OMC y, por consiguiente, el Grupo Especial carecía de competencia respecto de la diferencia hasta que la India hubiera agotado sus recursos en ese órgano).

¹⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 7.12.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 7.19.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 7.17.

En la medida en que la pregunta del Grupo Especial se refiera a si puede interpretar las disposiciones del TLCAN para establecer si se han cumplido o no determinadas obligaciones impuestas por él, la respuesta es negativa. Tal examen excedería sin duda del mandato del Grupo Especial. El OSD estableció este Grupo Especial para "examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por los Estados Unidos en el documento WT/DS/308/4, el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos".¹⁷ La disposición pertinente de los acuerdos abarcados invocada por los Estados Unidos es el artículo III del GATT de 1994, y el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos es la conformidad de las medidas fiscales de México con el artículo III del GATT de 1994.¹⁸ Este mandato define el limitado cometido para el cual se estableció este Grupo Especial. Su mandato sencillamente no se extiende al examen de las cuestiones planteadas por México según las cuales los Estados Unidos han violado sus obligaciones impuestas por el TLCAN respecto del acceso al mercado para el azúcar mexicano o "se rehusó a someterse" a la solución de controversias prevista en el TLCAN.

Por otra parte, no corresponde que el Grupo Especial se ocupe de las cuestiones de fondo de este "comercio bilateral de edulcorantes" porque, con respecto a la solicitud de México de que el Grupo Especial decline competencia, el Grupo Especial carece de la facultad de hacerlo en lo referente a la cuestión para la cual fue establecido (y más aún en favor de la solución de controversias prevista en el TLCAN) y, con respecto a la defensa de México basada en el apartado d) del artículo XX, las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales como el TLCAN no son "leyes o reglamentos" en el sentido de esa disposición.

4. Se ruega a las partes que señalen si, a su juicio, hay alguna disposición del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que impediría a los Estados Unidos someter el presente asunto al sistema de solución de diferencias de la OMC.

Ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC impide que un Miembro haga uso de sus derechos en virtud del Acuerdo sobre la OMC -incluido el derecho de promover una reclamación conforme al ESD- sobre la base de los términos de TLCAN. Del mismo modo, ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC autoriza a un grupo especial a no formular las constataciones, resoluciones y recomendaciones que exige el artículo 11 del ESD sobre la base de los términos del TLCAN. Aclarado esto, ninguna disposición del TLCAN establece que los Estados Unidos no pueden someter esta diferencia al sistema de solución de diferencias de la OMC, aunque los Estados Unidos señalan que la determinación de los derechos y obligaciones establecidos por el TLCAN no está comprendida en el mandato de este Grupo Especial.

5. Si, como solicitó México, el Grupo Especial declinara el ejercicio de su competencia a favor del TLCAN, se ruega a las partes que expliquen cómo se abordarían íntegramente en el sistema del TLCAN todas las cuestiones que, según considera México, afectan al comercio bilateral de edulcorantes entre México y los Estados Unidos. Se ruega también a las partes que expliquen si el sistema del TLCAN podría proporcionar los mismos remedios que los Estados Unidos están tratando de obtener en el presente asunto en el marco de la OMC.

Por las razones ya indicadas, carece de todo fundamento en el Acuerdo sobre la OMC la solicitud de México de que el Grupo Especial decline el ejercicio de su competencia en esta diferencia. Así ocurre con independencia de la forma en que el sistema del TLCAN tratara cuestiones no indicadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados

¹⁷ WT/DS308/5.Rev.1.

¹⁸ WT/DS308/4.

Unidos y que, por consiguiente, no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial en esta diferencia.

Además, ni siquiera la OMC trata las cuestiones "íntegramente". México ha planteado diversas cuestiones que son independientes, algunas de las cuales se refieren a medidas de México y otras a supuestas medidas de los Estados Unidos. El ESD, en el párrafo 10 de su artículo 3, exige expresamente que no se vinculen las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes. En consecuencia, México ni siquiera podría pedir que la OMC formulara constataciones "íntegras" sobre esas diversas cuestiones aunque todas ellas fueran asuntos de la OMC. México ciertamente no puede pretender, entonces, que un grupo especial de la OMC dé una solución íntegra por otros medios.

Aclarado lo anterior, el sistema del TLCAN no podría proporcionar los mismos recursos que los Estados Unidos procuran en la OMC. Para dar un solo ejemplo: los recursos del TLCAN están limitados a las concesiones de ese tratado. Los recursos de la OMC son más amplios.

6. En caso de que, como ha solicitado México, el Grupo Especial decline el ejercicio de su competencia a favor del TLCAN, se ruega a las partes que indiquen si el derecho de los Estados Unidos de solicitar la integración de un panel en el marco del TLCAN para que examine las alegaciones que se han sometido a este Grupo Especial puede resultar afectado por el hecho de que los Estados Unidos hayan sometido previamente este mismo asunto a la OMC.

Como ya se ha analizado, la petición de México de que el Grupo Especial decline el ejercicio de su jurisdicción en esta diferencia no tiene ningún fundamento en el Acuerdo sobre la OMC. Así ocurre con independencia de la forma en que los derechos de los Estados Unidos con arreglo al TLCAN resultaran afectados por esta diferencia.

Aclarado lo anterior, el artículo 2005(6) del TLCAN dispone lo siguiente: "Una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al artículo 2007 o bien uno conforme al GATT, el foro seleccionado será excluyente del otro, a menos que una Parte presente una solicitud de acuerdo con los párrafos 3 y 4". Los párrafos 3 y 4 del artículo 2005 se refieren a cuestiones relativas a problemas ambientales, sanitarios o de seguridad. El párrafo 7 del mismo artículo dice así: "Para efectos de este artículo, se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias conforme al GATT cuando una Parte solicite la integración de un panel, por ejemplo de acuerdo con el artículo XXIII.2 del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947*, o la investigación por parte de un Comité, por ejemplo como se dispone en el artículo 20.1 del Código de Valoración Aduanera".

7. Se ruega a las partes que informen al Grupo Especial del estado en que se encuentra la controversia que México ha planteado contra los Estados Unidos en el marco del TLCAN con respecto al comercio bilateral de edulcorantes.

Los Estados Unidos vuelven a recordar que las cuestiones relativas a la solución de controversias en el TLCAN no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Hecha esta aclaración, la controversia que México ha planteado contra los Estados Unidos en el marco del TLCAN (relativa al contingente arancelario de los Estados Unidos para el azúcar de México) se encuentra actualmente en la etapa de elección de los miembros del panel. Antes de esa etapa, los Estados Unidos y México celebraron consultas con arreglo a las disposiciones del TLCAN sobre la solución de controversias y, no habiendo logrado resolver la cuestión mediante consultas, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN estableció un panel. Además, los Estados Unidos y México, así como sus ramas de producción afectadas, han celebrado negociaciones durante todo ese lapso, hasta octubre de 2004 (las ramas de producción afectadas) y hasta marzo de 2003 (los Gobiernos de los Estados Unidos y México).

8. El Grupo Especial ha observado que en el párrafo 2 g) de la versión escrita de la declaración oral de México de fecha 2 de diciembre, México ha afirmado que "activó el mecanismo de solución de controversias [del TLCAN]" con respecto a la reclamación que ha presentado contra los Estados Unidos en relación con el comercio bilateral de edulcorantes. Se ruega a las partes que aclaren cuándo se considera que han sido "activados" los procedimientos de solución de controversias del TLCAN.

Los Estados Unidos recuerdan una vez más que las cuestiones relativas a la solución de controversias en el marco del TLCAN no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Hecha esta aclaración, no está claro lo que entiende México por "activó el mecanismo de solución de controversias [del TLCAN]", que comprende varias etapas.

9. El Grupo Especial observa que en su Primera comunicación, de fecha 1º de noviembre, México no presentó ninguna respuesta con respecto al fondo de las supuestas infracciones del artículo III del GATT de 1994 alegadas por los Estados Unidos en su Primera comunicación (salvo cuando dice que cualquier infracción estaría justificada al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT). Se ruega a las Partes que expliquen qué conclusiones, en su caso, debería inferir el Grupo Especial del hecho de que México no haya respondido a las alegaciones en relación con el artículo III. ¿Debería el Grupo Especial, antes de formular sus constataciones, examinar las pruebas que obran en el expediente e, infiriendo las conclusiones jurídicas adecuadas del hecho de que México no haya opuesto ninguna defensa sustantiva a las alegaciones de los Estados Unidos en relación con el artículo III, llevar a cabo un examen para constatar si se cumplen o no las condiciones que exigen las diferentes disposiciones del artículo III?

El Grupo Especial debería interpretar la falta de respuesta de México a las alegaciones de los Estados Unidos basadas en el artículo III del GATT de 1994 en el sentido de que México no controvierte que sus medidas fiscales infringen sus obligaciones con arreglo a ese artículo. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Camarones* interpretó la declaración de los Estados Unidos de que no discutía que la medida en litigio "equivale a una restricción de las importaciones de camarón que entra en el ámbito del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994" en el sentido de que los Estados Unidos "admiten básicamente que determinada medida equivale a una restricción prohibida por el GATT de 1994".¹⁹ Análogamente, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Turquía - Textiles* constató que "a falta de defensa por parte de Turquía (distinta de su defensa basada en el artículo XXIV del GATT) ante las alegaciones de la India de que se han impuesto restricciones cuantitativas, la India ha fundamentado *prima facie* un caso de infracción de los artículos XI y XIII del GATT".²⁰ Por consiguiente, en esta diferencia el Grupo Especial debería realizar un breve análisis para confirmar que los Estados Unidos han acreditado *prima facie* su alegación. A ese respecto, todos los hechos no controvertidos presentados por los Estados Unidos deben aceptarse a los efectos de las constataciones jurídicas y fácticas del Grupo Especial en esta diferencia.

A la luz de la decisión de México de no controvertir la infracción del artículo III y las abundantes pruebas y la argumentación de los Estados Unidos en su Primera comunicación, el Grupo Especial debe llegar análogamente a la conclusión de que los Estados Unidos han acreditado *prima facie* la infracción por México de las disposiciones del artículo III que se discuten en esta diferencia.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 7.15.

²⁰ Informe del Grupo Especial, *Turquía - Textiles*, párrafo 9.66.

10. En sus declaraciones orales, las Comunidades Europeas plantearon cuestiones relativas al trato que se da en México a los refrescos edulcorados con azúcar de remolacha. Se ruega a las partes que transmitan al Grupo Especial las opiniones que tengan con respecto al trato que se da en México a los refrescos y jarabes edulcorados con productos diferentes del azúcar de caña y del jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), por ejemplo, el azúcar de remolacha y la sacarina. ¿Estarían comprendidos estos refrescos y jarabes (edulcorados con productos diferentes del azúcar de caña y del JMAF) en el ámbito de las alegaciones de los Estados Unidos?

Las medidas fiscales de México también tratan el azúcar de remolacha y los edulcorantes no nutritivos, como la sacarina, en forma menos favorable que el azúcar de caña. En particular, como se explicó en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos (párrafos 38-39), las medidas fiscales de México (consistentes en el IEPS) se aplican a todos los edulcorantes distintos del azúcar de caña y a todos los refrescos y jarabes edulcorados con productos diferentes del azúcar de caña. Las medidas fiscales de México, por lo tanto, dan el mismo trato menos favorable y aplican la misma mayor imposición a todos los edulcorantes distintos del azúcar de caña -incluidos el azúcar de remolacha y la sacarina- y a los refrescos y jarabes hechos con esos edulcorantes, que al JMAF y a los refrescos y jarabes hechos con JMAF.

Los Estados Unidos señalan que el azúcar de remolacha es química y funcionalmente idéntico al azúcar de caña.²¹ Por lo tanto, es "similar" y "directamente competidor o puede sustituirlo directamente". De este modo, las medidas fiscales de México también infringen las disposiciones del artículo III con respecto al azúcar de remolacha y los refrescos edulcorados con él, y así debe constatarlo el Grupo Especial. Aclarado esto, las medidas de México, como México ha dejado aclarado, tienen por objeto discriminar contra el JMAF y los refrescos y jarabes edulcorados con él, y a ello apunta la reclamación de los Estados Unidos.

11. Se ruega a las Partes que aclaren si, a su juicio, una medida, tal como se aplica a un producto, puede ser al mismo tiempo una medida consistente en un "impuesto interior" respecto de ese producto en el sentido del párrafo 2 del artículo III del GATT, así como una "ley o reglamento que afecte al uso" de ese producto en el sentido del párrafo 4 del artículo III.

El IEPS es al mismo tiempo un "impuesto interior" que grava el JMAF destinado a refrescos y jarabes, en el sentido del párrafo 2 del artículo III, y una "ley ... que afecte ... [al] uso" de JMAF, en el sentido del párrafo 4 del mismo artículo. Los Estados Unidos se remiten a su respuesta a la pregunta 21.

12. Se ruega a las Partes que expliquen si, a su juicio, el Grupo Especial podría aceptar las afirmaciones formuladas por los Estados Unidos respecto de las cuestiones relativas a sus alegaciones en relación con el artículo III del GATT y en qué medida. ¿Hay alguna diferencia en la forma en que el Grupo Especial debería tratar los hechos y los argumentos jurídicos en el presente asunto?

Teniendo en cuenta las pruebas y los argumentos presentados en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos y la decisión de México de no responder, el Grupo Especial debería constatar que los Estados Unidos han acreditado *prima facie* la infracción de cada una de las disposiciones citadas del artículo III del GATT de 1994 que se indican en la solicitud de constataciones formulada por los Estados Unidos en el párrafo 163 de su Primera comunicación. Como los grupos especiales de los asuntos *Estados Unidos - Camarones y Turquía - Textiles*, este Grupo Especial debe realizar un breve análisis para confirmar que los Estados Unidos han demostrado

²¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 22.

prima facie sus alegaciones. A este respecto, todos los hechos no controvertidos deben tenerse por ciertos.

13. ¿Está exento del impuesto algún refresco o jarabe edulcorado distinto de los edulcorados con azúcar de caña? ¿Están exentos del impuesto refrescos o jarabes edulcorados procedentes de algún lugar determinado?

El texto de la Ley del IEPS que el Grupo Especial tiene ante sí dispone que, salvo la excepción relativa a las ventas al público en general²², todos los refrescos o jarabes no edulcorados exclusivamente con azúcar de caña están sujetos al impuesto.²³ La fracción I del artículo 1 de la Ley del IEPS grava con el impuesto "la enajenación en territorio nacional o, en su caso, la importación definitiva, de los bienes señalados en esta Ley". Los incisos G y H de la fracción I del artículo 2 aplican el tipo del 20 por ciento a "la enajenación o, en su caso, ... la importación" de refrescos y jarabes. Del mismo modo, la fracción II del artículo 1 grava "la prestación de los servicios señalados en esta Ley" y la fracción II del artículo 2 aplica el tipo impositivo de 20 por ciento a la prestación de servicios (es decir: comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución) "con motivo de la enajenación" de refrescos y jarabes. Los artículos 1 y 2 no establecen ninguna distinción entre los refrescos y los jarabes sobre la base del tipo de edulcorante utilizado. Esa distinción aparece en el artículo 8 de la Ley del IEPS, que exonera del pago del impuesto la "enajenación" de "los bienes a que se refieren los incisos G) y H) de la fracción I del artículo 2 de esta Ley siempre que utilicen como edulcorante únicamente azúcar de caña". Por lo tanto, los únicos refrescos y jarabes exentos del IEPS son los edulcorados exclusivamente con azúcar de caña.

La Ley no exonera del pago del impuesto los refrescos y jarabes importados de ningún país determinad. El IEPS grava la importación de todos los refrescos y jarabes, cualquiera que sea el tipo de edulcorante utilizado.²⁴ En cambio, los refrescos y jarabes de origen mexicano, si están edulcorados exclusivamente con azúcar de caña, están exentos de IEPS.

14. ¿Es también aplicable la diferencia de trato entre las "enajenaciones" y las "importaciones", de existir esa diferencia, al impuesto aplicado por México a la "agencia, representación, correduría, consignación y distribución" de refrescos y jarabes edulcorados importados?

El texto de la Ley del IEPS que el Grupo Especial tiene ante sí parece distinguir entre "enajenaciones" e "importaciones". Como ya se ha indicado, la fracción I del artículo 1 de la Ley del IEPS grava "la enajenación en territorio nacional o, en su caso, la importación definitiva, de los bienes señalados en esta Ley". Los incisos G) y H) de la fracción I del artículo 2 también especifican que el impuesto se aplica a "la enajenación o, en su caso, ... la importación" de refrescos y jarabes. En cambio, en el artículo 8 de la Ley se estipula que "no se pagará el impuesto establecido en esta Ley por las enajenaciones siguientes" y se mencionan los refrescos y jarabes edulcorados exclusivamente con azúcar de caña como exonerados del impuesto. El artículo 8 no contiene referencia a la

²² Véase la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 41 (donde se analiza la exención de las ventas al público en general).

²³ Véanse las Pruebas documentales 4A y 4B presentadas por los Estados Unidos (Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS), 31 de diciembre de 2003); y Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 37-47 (donde se citan las partes pertinentes de dicha Ley).

²⁴ Véanse las Pruebas documentales 4A y 4B presentadas por los Estados Unidos (Ley del IEPS, 31 de diciembre de 2003), artículos 1, 2 y 8.

"importación", como sí figura en los artículos 1 y 2 de la Ley. De este modo, sólo están alcanzadas por la exención dispuesta en el artículo 8 las enajenaciones internas de refrescos y jarabes.²⁵

Después de la importación, sin embargo, un refresco o jarabe puede ser enajenado dentro del país. Por consiguiente, si el refresco o jarabe estuviera edulcorado exclusivamente con azúcar de caña, quedaría abarcado por la exención dispuesta en el artículo 8.

En cuanto al impuesto sobre la comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución de refrescos y jarabes ("impuesto sobre la distribución"), la fracción II del artículo 2 de la Ley del IEPS establece que se aplica a la comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución "con motivo de la enajenación" de refrescos y jarabes. Los Estados Unidos entienden que la exención respecto de las enajenaciones internas de refrescos y jarabes establecida en el artículo 8 de la Ley del IEPS abarca tanto una exoneración del impuesto para las enajenaciones internas de refrescos y jarabes (el impuesto sobre los refrescos con JMAF mencionado en la Primera comunicación de los Estados Unidos) como el impuesto sobre la distribución.²⁶

15. A juicio de las Partes, ¿están sujetos los edulcorantes, cuando se utilizan como insumos en la preparación de refrescos y jarabes, a las medidas fiscales en litigio en el presente asunto, o los impuestos se aplican sólo a los refrescos y jarabes?

El IEPS grava con un impuesto del 20 por ciento la importación, la enajenación interna y la distribución de refrescos y jarabes edulcorados con cualquier edulcorante que no sea el azúcar de caña. El IEPS es al mismo tiempo un impuesto sobre los refrescos y jarabes y un impuesto sobre los edulcorantes distintos del azúcar de caña, como el JMAF.

Concretamente, el IEPS es, por un lado, un impuesto sobre los refrescos y jarabes, en particular sobre los importados de los Estados Unidos, donde el JMAF es el principal edulcorante de refrescos y jarabes. Por otro lado, el IEPS es un impuesto sobre el JMAF destinado a refrescos y jarabes. Se da el caso de que la Ley del IEPS aplica este impuesto cuando se vende o se distribuye el refresco o el jarabe que contiene JMAF. (Debe señalarse que, de este modo, México logra convertir el impuesto de 20 por ciento sobre los refrescos y jarabes en un impuesto del 400 por ciento sobre el JMAF que contienen.) Pero el momento de percepción del impuesto no altera el hecho de que es la utilización del JMAF como edulcorante de refrescos o jarabes lo que determina si corresponde el pago de algún impuesto. De este modo, aunque el IEPS se aplique más directamente a los refrescos y jarabes, también es un impuesto sobre el JMAF utilizado para fabricarlos. En realidad, México admite este punto en lo esencial cuando dice que el IEPS se impuso para detener el desplazamiento de la caña de azúcar por el JMAF.

16. En el párrafo 17 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 3 de diciembre las Comunidades Europeas afirmaron que "el Grupo Especial puede tener en cuenta que en el momento en que se impuso [la] medida mexicana, un determinado porcentaje de refrescos producidos en México también se edulcoraban con JMAF y, por consiguiente, resultaron afectados por el aumento de los impuestos". Se ruega a las Partes que transmitan al Grupo Especial las observaciones que deseen formular con respecto a esta afirmación y qué consecuencias, en su caso, debería tener este hecho en el análisis del Grupo Especial.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

Cuando se impuso el IEPS sobre los refrescos y jarabes, algunos embotelladores mexicanos de refrescos, como se relató en la comunicación de los Estados Unidos, comenzaban a emplear mezclas de JMAF y azúcar de caña para edulcorar sus refrescos.²⁷ En 2001, el año anterior a la aplicación del IEPS a los refrescos y jarabes, el consumo de edulcorantes nutritivos por la industria de los refrescos era un 30 por ciento de JMAF y un 70 por ciento de azúcar de caña.²⁸ La utilización de mezclas de JMAF y azúcar de caña por la industria mexicana de refrescos demuestra que uno y otro, como edulcorantes para refrescos y jarabes, son intercambiables, y antes del impuesto competían estrechamente en el mercado mexicano. Igualmente demuestra que los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF y los edulcorados con azúcar de caña también competían en el mercado mexicano antes de la imposición del IEPS sobre esos productos. A pesar de ello, cuando México aplicó su impuesto el azúcar de caña seguía siendo el principal edulcorante de los refrescos y jarabes mexicanos, a diferencia de los refrescos y jarabes estadounidenses edulcorados con JMAF.

Los Estados Unidos no advierten otra pertinencia de lo que indican las CE. A ese respecto observamos que el hecho de que algunos productores nacionales puedan haber sido afectados por una medida no justifica una infracción del artículo III. En el informe sobre *Chile - Bebidas alcohólicas* el Órgano de Apelación constató que, aunque los productos nacionales abarcaran la mayor parte del volumen de las ventas correspondientes al tramo fiscal de tipo más elevado, la aplicación de ese tipo a los productos importados no dejaba por ello de constituir una infracción de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. "La proporción relativa de los productos nacionales frente a los productos importados dentro de determinada categoría fiscal no es, en sí misma ni por sí sola, decisiva para la caracterización apropiada de la repercusión total del nuevo sistema chileno con arreglo a la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994."²⁹

17. China manifestó en su declaración oral de 3 de diciembre que "cuando en una ley fiscal se establece que esa ley es aplicable a un producto ... el ámbito de la imposición no abarca los componentes del producto objeto del impuesto". ¿Desean las Partes formular alguna observación con respecto a esta afirmación?

Los Estados Unidos no están de acuerdo con la afirmación de China. Como se indicó en la respuesta a la pregunta 15, el IEPS grava tanto los refrescos y jarabes como los edulcorantes distintos del azúcar de caña, como el JMAF.

De cualquier modo, el párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 comprende los impuestos aplicados "directa" o "indirectamente" a los productos importados. China se apoya equivocadamente en la Nota al párrafo 2 del artículo III del GATT. Esa Nota aclara los tipos de productos comprendidos en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT en comparación con los comprendidos en la primera frase (es decir, que la primera frase abarca los productos "similares", mientras que la segunda abarca los productos "directamente competidores o que pueden substituirlo directamente"). Esto no quita que el párrafo 2 del artículo III establezca disciplinas para los impuestos aplicados a un producto directa o indirectamente. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico los Estados Unidos no están de acuerdo con la interpretación de China sobre el párrafo 2 del artículo III expuesta en su declaración oral.

²⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 34.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 23, y Prueba documental 8 presentada por los Estados Unidos.

²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, párrafo 67.

18. Se ruega a las Partes que indiquen al Grupo Especial si están de acuerdo en que los refrescos y jarabes edulcorados importados son "similares" a los refrescos y jarabes edulcorados nacionales mexicanos. ¿Consideran las Partes que los refrescos y jarabes edulcorados importados y los refrescos y jarabes edulcorados nacionales mexicanos son "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí"?

En la Primera comunicación de los Estados Unidos, en los párrafos 63 a 83, se explica que los refrescos y jarabes importados edulcorados con JMAF son productos similares a los refrescos y jarabes mexicanos edulcorados con azúcar de caña. En los párrafos 141-145 de la misma comunicación se argumenta, subsidiariamente, que esos dos grupos de productos son directamente competidores o pueden substituirse directamente.

19. Se ruega a las Partes que indiquen al Grupo Especial si están de acuerdo en que el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) es "similar" al azúcar de caña, a los efectos del párrafo 4 del artículo III.

El JMAF es "similar" al azúcar de caña a los efectos del párrafo 4 del artículo III, como se analizó en los párrafos 156-158 de la Primera comunicación de los Estados Unidos. En los párrafos 103-105 de la Primera comunicación se señala que en una determinación antidumping de 1998 sobre las importaciones de JMAF procedentes de los Estados Unidos el Gobierno de México estableció que el azúcar de caña y el JMAF son productos "similares" a los efectos de la legislación antidumping mexicana y del párrafo 6 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping.

20. China, en su declaración oral de 3 de diciembre, expresó la opinión de que "la conclusión de que el azúcar de caña y el JMAF son 'productos similares' a tenor del párrafo 4 del artículo III [no puede] establecerse exclusivamente sobre la base del análisis de su condición de 'productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí' en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III". ¿Desean las Partes formular alguna observación con respecto a esta afirmación?

El análisis presentado en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos para mostrar que el JMAF es "similar" al azúcar de caña a los efectos del párrafo 4 del artículo III no se basa únicamente en una referencia a su análisis de las razones por las que el JMAF y el azúcar de caña son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí a los efectos de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Los Estados Unidos se remiten a los párrafos 156-158 de su Primera comunicación.

21. En caso de que las medidas fiscales impuestas por México tengan algún efecto sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), a juicio de las Partes, ¿sería más adecuado examinarlas a este respecto -en relación con el efecto que tienen sobre el JMAF- en el marco del párrafo 2 del artículo III o en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994?

El IEPS, como impuesto sobre el JMAF, puede examinarse adecuadamente tanto en el marco del párrafo 2 como del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

El párrafo 2 del artículo III prohíbe aplicar impuestos diferentes a los productos importados y los nacionales. El párrafo 4 del mismo artículo prohíbe dar un trato menos favorable a los productos importados que el concedido a los de origen nacional en lo concerniente a las leyes que afecten a su uso en el mercado interno, etc. Por lo tanto, en la medida en que el trato menos favorable de los productos importado tome la forma de impuestos diferentes que afectan a la venta, uso, etc., en el mercado interno, la medida de que se trata puede infringir tanto el párrafo 2 como el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

En el caso de esta diferencia, la medida de que se trata es el IEPS. El IEPS grava el JMAF destinado al uso en refrescos y jarabes; el azúcar de caña destinado a los refrescos y jarabes está exento del impuesto. Como consecuencia de ello, el IEPS aplica al JMAF un impuesto que no grava el azúcar de caña de modo similar en el sentido del párrafo 2 del artículo III. A través de esta imposición diferente (un gravamen del 400 por ciento sobre el JMAF y ningún impuesto sobre el azúcar de caña), el IEPS también afecta a la venta y el uso del JMAF en el mercado interno y le otorga un trato menos favorable que al azúcar de caña, en el sentido del párrafo 4 del artículo III. Con respecto a las prescripciones de contabilidad y presentación de informes que impone el IEPS, en sí mismas no constituyen un impuesto y, por lo tanto, es correcto verlas como requisitos que afectan al uso del JMAF en el mercado interno en el sentido del párrafo 4 del artículo III.

Los párrafos 2 y 4 del artículo III también se superponen en los productos importados y nacionales a los que se aplican. La primera frase del párrafo 2 se refiere a productos "similares", mientras que la segunda se refiere a productos "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí". El párrafo 4 del artículo III se refiere a productos "similares". Si bien el análisis acerca de si un producto importado y un producto nacional son "similares" o "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" con arreglo al párrafo 2 del artículo III no es idéntico al análisis acerca de si los productos son o no "similares" con arreglo al párrafo 4 de ese artículo, ninguna parte del texto de uno ni otro párrafo impide que los productos "similares" en el sentido del párrafo 4 también sean "similares" o "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" en el sentido del párrafo 2, o viceversa.

En el caso de esta diferencia, el JMAF y el azúcar de caña son al mismo tiempo productos "similares" en el sentido del párrafo 4 del artículo III³⁰ y también "similares" y "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" en el sentido del párrafo 2 del mismo artículo.³¹

En el asunto *Indonesia - Automóviles*, por ejemplo, las partes reclamantes alegaron que una prescripción sobre contenido nacional necesaria para obtener un tipo impositivo más bajo constituía una infracción de las obligaciones de Indonesia con arreglo al artículo 2 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (el "Acuerdo sobre las MIC") y los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT de 1994. El artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, leído junto con su Anexo, prohíbe las prescripciones en materia de contenido nacional incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT. El Grupo Especial examinó en primer lugar si la prescripción en materia de contenido nacional constituía una infracción del párrafo 2 del Acuerdo sobre las MIC y, específicamente, si era o no "incompatible con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994". Habiendo constatado que la prescripción en materia de contenido nacional era una infracción del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, el Grupo Especial aplicó el criterio de economía procesal respecto de la alegación separada basada en el párrafo 4 del artículo III. A continuación examinó si la imposición de los automóviles importados a un tipo más elevado porque carecieran de determinado porcentaje de contenido nacional constituía infracción de la primera frase del párrafo 2 del artículo III. El Grupo Especial se pronunció afirmativamente. Por lo tanto, en *Indonesia - Automóviles*, el Grupo Especial constató que era adecuado examinar una misma prescripción en materia de contenido nacional en el marco del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC (lo que incluye el examen de la conformidad de la medida con el párrafo 4 del artículo III del GATT) y en el marco del párrafo 2 del artículo III del GATT.³²

³⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 156-158.

³¹ *Ibid.*, párrafos 94-130.

³² Véase el informe del Grupo Especial, *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafos 14.83-14.117.

22. Se ruega a las Partes que expliquen si, a su juicio, los requisitos de contabilidad y de presentación de informes identificados por los Estados Unidos, entre otros, en el párrafo 4. 2) de su Primera comunicación deberían considerarse como medidas distintas del impuesto sobre los refrescos y del impuesto sobre la distribución. A juicio de las Partes, ¿debería el Grupo Especial formular una determinación aparte sobre la compatibilidad de esos requisitos de contabilidad y de presentación de informes con las disposiciones del GATT de 1994, incluso si constatará que el impuesto sobre los refrescos y el impuesto sobre la distribución son incompatibles con el GATT de 1994?

Los Estados Unidos consideran que los requisitos de contabilidad y presentación de informes, el impuesto sobre los refrescos con JMAF y el impuesto sobre la distribución constituyen medidas separadas, aunque compartan el contexto común del IEPS y su aplicación a los refrescos y jarabes. El Grupo Especial debería formular constataciones sobre la conformidad de cada una de esas medidas con las obligaciones que corresponden a México en virtud del GATT de 1994. Con respecto a las prescripciones de contabilidad y presentación de informes, los Estados Unidos señalan que la imposición de esas prescripciones a los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF (u otros edulcorantes distintos del azúcar de caña), pero no a los edulcorados exclusivamente con azúcar de caña, otorga al JMAF importado un trato menos favorable que el concedido al azúcar de caña mexicano.³³ Con independencia de que México hubiera seguido aplicando impuestos sobre los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF de manera diferente, o más gravosa, que la aplicada a los refrescos y jarabes edulcorados con caña de azúcar, la imposición de prescripciones de contabilidad y presentación de informes respecto de los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF (por ejemplo, la prescripción de informar sobre los 50 principales clientes del embotellador) que no se aplican también a los refrescos y jarabes edulcorados con caña de azúcar seguiría poniendo en desventaja la utilización de JMAF en relación con la caña de azúcar como edulcorante para refrescos en México. Por lo tanto, una solución completa de esta diferencia exige constataciones, resoluciones y recomendaciones separadas respecto de las prescripciones de contabilidad y presentación de informes.

Los Estados Unidos señalan el análisis realizado por el Órgano de Apelación sobre la economía procesal en el asunto *Australia - Salmón*. El Órgano de Apelación constató allí que el Grupo Especial había incurrido en error por no formular constataciones respecto de ciertos tipos de salmón. Explicó que la formulación de constataciones sólo respecto de un único tipo de salmón no permitiría al OSD formular recomendaciones y resoluciones suficientemente precisas para que la parte demandada cumpliera sus obligaciones correspondientes al régimen de la OMC.³⁴

23. Se ruega a las Partes que expliquen si, a su juicio, los requisitos de contabilidad y de presentación de informes identificados por los Estados Unidos, entre otros, en el párrafo 4. 2) de su Primera comunicación, deberían considerarse como medidas internas que afectan al uso en el mercado interior del jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF).

Las prescripciones de contabilidad y presentación de informes son medidas internas que afectan a la venta y el uso del JMAF en el mercado interno. Concretamente, esas prescripciones se imponen en virtud de una ley mexicana, la Ley del IEPS. El IEPS grava la enajenación en el mercado interno de refrescos y jarabes edulcorados con JMAF u otros edulcorantes distintos del azúcar de caña. La Ley del IEPS obliga a las personas y entidades sujetas a ese impuesto (es decir, las que enajenan refrescos y jarabes edulcorados con JMAF u otros edulcorantes distintos del azúcar de caña) a ajustarse a determinadas prescripciones de contabilidad y presentación de informes. Los refrescos y jarabes edulcorados con azúcar de caña están exentos del IEPS y, por consiguiente lo están también de las prescripciones de contabilidad y presentación de informes.

³³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 159-161.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafos 223-226.

Esas prescripciones incluyen, por ejemplo, el requisito de presentar una lista anual de las mercancías "producidas, enajenadas o importadas durante el año anterior, indicando el consumo por Estado y el impuesto correspondiente, así como los servicios prestados por el establecimiento en cada Estado" y presentar trimestralmente "información relativa a los 50 principales clientes y proveedores [del contribuyente]".³⁵ El cumplimiento de estas prescripciones exige el tiempo y los gastos necesarios para hacerlo, además del peligro de que no se preserve adecuadamente información comercial sensible, como los principales clientes y proveedores del productor. En consecuencia, las prescripciones de contabilidad y presentación de informes imponen una carga a la utilización de JMAF que no rige igualmente para el azúcar de caña.

Como han explicado grupos especiales anteriores, la expresión "que afecte", del párrafo 4 del artículo III del GATT, se ha interpretado en el sentido de que comprende no sólo las leyes y reglamentos que rigen directamente las condiciones de venta o de compra, sino también las leyes o reglamentos que puedan modificar de manera desfavorable las condiciones de competencia entre productos nacionales e importados.³⁶ Imponer a la utilización de JMAF una carga que no se impone también a la utilización de azúcar de caña (o, para decirlo de otro modo, otorgar una ventaja al uso de azúcar de caña que no se concede también para el JMAF) repercute en las condiciones de competencia entre el azúcar de caña y el JMAF importado y, por lo tanto, afecta al uso del JMAF en la producción mexicana de refrescos y jarabes.³⁷ El Órgano de Apelación ya ha declarado que una exención fiscal que se concede condicionada al uso de contenido nacional es una disposición legal que afecta al uso de un producto importado en el mercado interno.³⁸

24. En el párrafo 6 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 3 de diciembre Guatemala afirmó que "el Grupo Especial debe atender el llamado de México en cuanto a que considere, en el curso de sus deliberaciones, la importancia de la actividad azucarera en México y las implicaciones que las reformas en este sector acarrearán para este país". Se ruega a las Partes que transmitan cualquier opinión que tengan con respecto a la declaración de Guatemala y, en particular, de qué modo, en su caso, debería el Grupo Especial considerar en sus deliberaciones los factores destacados por Guatemala.

Los Estados Unidos no consideran que la importancia de la industria azucarera en México sea un factor pertinente respecto de si el impuesto discriminatorio de México aplicado a los refrescos con JMAF y a los jarabes edulcorados con JMAF está en conformidad con sus obligaciones correspondientes a los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT, ni de si el impuesto discriminatorio de México se justifica con arreglo al apartado d) del artículo XX. Los Estados Unidos también consideran importante su industria nacional de JMAF y las posibilidades que tiene de exportar a México. La importancia de una rama de producción nacional no justifica la discriminación contra productos similares al producto importado o que pueden sustituirlo directamente. En efecto: si el criterio que se propone consiste en justificar la discriminación sobre la base de la importancia de una rama de producción nacional, tal criterio tendría la consecuencia contraproducente de que cuanto

³⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 46.

³⁶ Véase, por ejemplo: informe del Grupo Especial del GATT, *Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola*, L/833, adoptado el 23 de octubre de 1958, IBDD 7S/23, párrafo 12; informe del Grupo Especial, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adoptado el 19 de junio de 2000, párrafo 10.80; véase también la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 159.

³⁷ Véase la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 160.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"* - *Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, párrafos 212-213.

mayores fueran los efectos comerciales perjudiciales de la discriminación, más fácil sería para los Miembros discriminar.

25. Se ruega a las Partes que confirmen si consideran que el apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 justificaría las medidas adoptadas por un Miembro que sean "necesarias para lograr la observancia" por otro Miembro de obligaciones internacionales derivadas de un tratado que no forma parte de los "acuerdos abarcados" de la OMC. ¿Hay algún precedente en el marco de la OMC o del GATT que sea pertinente a esta cuestión?

El apartado d) del artículo XX del GATT no justifica medidas adoptadas por un Miembro para lograr el cumplimiento por otro Miembro de obligaciones internacionales derivadas de un tratado que no está comprendido en los "acuerdos abarcados" de la OMC.

Los Estados Unidos no tienen conocimiento de ningún informe anterior de grupos especiales del GATT o de la OMC en que se hubiera tratado la cuestión de si el apartado d) del artículo XX justifica medidas adoptadas por un Miembro para lograr el cumplimiento por otro Miembro de obligaciones internacionales derivadas de un tratado que no formara parte de los "acuerdos abarcados" de la OMC. Los Estados Unidos señalan que en todos los informes anteriores en que una Parte Contratante o un Miembro de la OMC ha invocado la defensa del apartado d) del artículo XX, la "ley o reglamento" cuyo cumplimiento se procuraba era siempre una ley o reglamento interno de la parte demandada.

26. ¿Consideran las Partes que la forma en que se solucionó en la OMC el asunto *Estados Unidos - Camarones*, y en particular el modo en que se tuvieron en cuenta los esfuerzos a favor de la cooperación internacional en el análisis de la defensa al amparo del artículo XX del GATT, es pertinente al presente asunto?

La cuestión de la cooperación internacional que se planteó en el asunto *Estados Unidos - Camarones* no es pertinente respecto de la defensa invocada por México al amparo del apartado d) del artículo XX.

Contrariamente a lo que sostiene México, el análisis hecho por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones* sobre los esfuerzos de cooperación internacional no apoya la defensa de México al amparo del apartado d) del artículo XX. En *Estados Unidos - Camarones* el Órgano de Apelación consideró los esfuerzos de cooperación internacional en relación con el preámbulo del artículo XX, y específicamente si la prohibición por los Estados Unidos de la importación de camarones -que el Órgano de Apelación ya había constatado que era relativa a "la conservación de recursos naturales agotables" conforme al apartado g) respecto de las tortugas marinas- se aplicaba, sin embargo, "en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalecen las mismas condiciones". Al responder a la cuestión, el Órgano de Apelación, en su informe inicial, estableció la conclusión de que la prohibición de importaciones de los Estados Unidos se aplicaba en forma que daba lugar a una discriminación arbitraria e injustificable, en particular porque antes de imponer su prohibición los Estados Unidos habían entablado negociaciones con algunos países exportadores, pero no lo habían hecho sobre una solución para la protección de las tortugas marinas con cada país afectado por la prohibición de las importaciones y, en particular, con las partes reclamantes en la diferencia. El Órgano de Apelación consideró que era arbitrario e injustificable negociar sólo con algunos países pero aplicar la prohibición a todos ellos.³⁹

³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, párrafos 122-123 (donde se resumen sus contrataciones anteriores) y 128.

Esa situación no es la del presente caso. En primer lugar, el análisis del Órgano de Apelación sobre las negociaciones internacionales en el asunto *Estados Unidos - Camarones* se refería al preámbulo del artículo XX, específicamente a la aplicación de una medida y las palabras "discriminación arbitraria o injustificable". Pero antes de examinar el preámbulo el Órgano de Apelación ya había constatado que la prohibición de los Estados Unidos era "relativa a la conservación" de las tortugas marinas y, por lo tanto, cumplía los requisitos del apartado g). En la presente diferencia México no puede demostrar que sus medidas fiscales cumplen los requisitos de ninguno de los apartados del artículo XX. Por lo tanto, la cuestión de si las medidas fiscales de México se aplican o no de manera "arbitraria o injustificable" conforme al preámbulo es una cuestión que simplemente no viene al caso. México no ha demostrado que sus medidas fiscales sean "necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos", en el sentido del apartado d). Además, aquí no se plantea en absoluto que México haya tratado de negociar con algunos países pero no con otros antes de aplicar sus medidas fiscales. También por esa razón el asunto *Estados Unidos - Camarones* no es pertinente.

A LOS ESTADOS UNIDOS:

27. Se ruega a los Estados Unidos que aclaren si, a su juicio, las medidas en cuestión son incompatibles con el artículo III "por los términos en que están formuladas" (*de jure*) o "en su aplicación" (*de facto*).

La Ley del IEPS es incompatible con el artículo III del GATT porque discrimina contra el JMAF importado y los refrescos y jarabes hechos con JMAF. Lo hace tanto por los términos en que está formulada (*de jure*) como en los hechos (*de facto*).⁴⁰

En primer lugar, como impuesto sobre los refrescos y los jarabes, el IEPS discrimina *de jure* y *de facto* contra los refrescos y jarabes importados de los Estados Unidos. Discrimina *de jure* contra los refrescos y jarabes importados al otorgar una exención fiscal para determinados refrescos y jarabes producidos en México -los edulcorados exclusivamente con azúcar de caña- pero negando la misma exención a los refrescos y jarabes importados, edulcorados con JMAF o cualquier otro edulcorante, incluido el azúcar de caña.

El IEPS discrimina *de facto* contra los refrescos y jarabes importados al gravar la venta y distribución en el mercado interno de los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF, pero no la venta y distribución en el mercado interno de refrescos y jarabes edulcorados exclusivamente con azúcar de caña. Como se detalló en la Primera comunicación de los Estados Unidos, los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF y los edulcorados con azúcar de caña son "productos similares".⁴¹ Como también se detalló en la Primera comunicación de los Estados Unidos, la mayor parte de los refrescos y jarabes producidos en los Estados Unidos están edulcorados con JMAF, mientras que el azúcar de caña es el edulcorante que predomina en los refrescos y jarabes producidos en México.⁴² Por consiguiente, al gravar la venta y distribución en el mercado interno de refrescos y jarabes edulcorados con JMAF, el IEPS grava los refrescos y jarabes importados de los Estados Unidos. Al mismo tiempo, el IEPS no se aplica el tipo de refrescos y jarabes que más se produce en México:

⁴⁰ Los Estados Unidos sugieren respetuosamente que "en los hechos" corresponde mejor a "*de facto*" que "en su aplicación", ya que esto último, para el lector poco informado, puede confundirse con la cuestión de la impugnación de una medida "en sí misma" y "en su aplicación". Por ejemplo, una medida puede violar una obligación *de facto* sin que nunca se haya aplicado siquiera, porque su diseño, estructura o arquitectura son tales que demuestran la discriminación según el origen aunque la medida, por los términos en que está formulada, no especifique el origen como criterio aplicable.

⁴¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 64-83.

⁴² *Ibid.*, párrafos 30-34 y 86.

los edulcorados con azúcar de caña. De este modo, el IEPS constituye una discriminación *de facto* contra los refrescos y jarabes importados de los Estados Unidos y edulcorados con JMAF.

En segundo lugar, como impuesto sobre el JMAF destinado a refrescos y jarabes, el IEPS discrimina *de facto* contra el JMAF importado. Como se explicó en la Primera comunicación de los Estados Unidos, el azúcar de caña es, con gran ventaja, el principal edulcorante empleado en México, que comprendía entre el 90 y el 95 por ciento de la producción de edulcorantes mexicanos antes de la imposición del IEPS.⁴³ El JMAF, en cambio, predomina entre los edulcorantes importados, representando más del 99 por ciento de ellos antes de la imposición del IEPS.⁴⁴ Por consiguiente, al gravar la enajenación y distribución en el mercado interno de refrescos y jarabes edulcorados con JMAF, pero no los edulcorados exclusivamente con azúcar de caña, el IEPS se aplica *de facto* al edulcorante importado, el JMAF, mientras que el edulcorante nacional, el azúcar de caña mexicano, está exento del impuesto. Las prescripciones de la Ley del IEPS sobre contabilidad y presentación de informes discriminan *de facto* análogamente contra el JMAF importado.

28. Se ruega a los Estados Unidos que aclaren en qué unidades se proporcionan las diferentes cifras contenidas en la Prueba documental 8 presentada por los Estados Unidos, que forma parte de su Primera comunicación.

En la Prueba documental 8 presentada por los Estados Unidos todas las cifras referentes al consumo están expresadas en toneladas métricas a menos que se indique otra cosa; el primer conjunto de cifras sobre el PIB corresponde a pesos; el segundo, a dólares de los Estados Unidos; las cifras sobre el PIB por habitante están expresadas en dólares de los Estados Unidos. Las cantidades de JMAF se indican en "peso seco".

Para facilitar su consulta, los Estados Unidos han presentado su Prueba documental 57; es igual a la Prueba documental 8, salvo que se han agregado las unidades que corresponden a cada uno de los conjuntos de cifras que se indican.

29. Se ruega a los Estados Unidos que confirmen si, a su juicio, México aplica las medidas fiscales impugnadas "de manera que se proteja" su producción nacional de refrescos y jarabes. De ser así, ¿cómo se aplican esas medidas fiscales de manera que se proteja la producción nacional de refrescos y jarabes? ¿O México las aplica en cambio, o además, de manera que se proteja su producción nacional de azúcar de caña?

México aplica el IEPS "de manera que se proteja" la producción nacional de refrescos y jarabes, y también "de manera que se proteja" la producción nacional de azúcar de caña.

Como ha indicado el Órgano de Apelación en más de una oportunidad:

"para examinar en cualquier caso si se ha aplicado una tributación desigual de manera que se otorgue protección, es necesario un *análisis* completo y objetivo de *la estructura y la aplicación* de la medida de que se trate a los productos nacionales en comparación con los importados. Consideramos que es posible examinar objetivamente los criterios subyacentes utilizados en una medida determinada, su estructura y su aplicación global para evaluar si se aplica de manera que otorgue protección a los productos nacionales".⁴⁵

⁴³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 24 y 137.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafos 25 y 137.

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón - Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996,

Con respecto a los refrescos y jarabes, el IEPS está estructurado y se aplica de tal modo que los refrescos y jarabes importados quedan sujetos a un impuesto del 20 por ciento⁴⁶, mientras que los refrescos y jarabes edulcorados con azúcar de caña y producidos en México están exentos de ese impuesto.⁴⁷ Un impuesto del 20 por ciento que se aplica a los refrescos y jarabes importados pero no a los nacionales pone claramente en desventaja los productos importados en beneficio de la producción nacional y, de ese modo, otorga protección a la producción nacional.

Con respecto al JMAF, el IEPS está estructurado y se aplica de tal modo que el edulcorante importado JMAF queda sujeto a un impuesto del 400 por ciento en su uso en refrescos y jarabes, mientras que el azúcar de caña nacional usado como edulcorante está exento de ese impuesto.⁴⁸ Un impuesto del 400 por ciento que rige para el edulcorante importado JMAF pero no para el azúcar de caña nacional usado como edulcorante pone claramente en desventaja el JMAF -en realidad, prohíbe efectivamente su utilización- en beneficio de la producción nacional de azúcar de caña y, de ese modo, otorga protección a la producción nacional de azúcar de caña.⁴⁹

En lo que respecta al JMAF, la estructura proteccionista del IEPS queda confirmada por una serie de declaraciones legislativas e interpretaciones judiciales de que su propósito es proteger la rama de producción mexicana de azúcar de caña.⁵⁰ Pero el propósito declarado del IEPS de proteger la rama de producción mexicana de azúcar de caña no puede alterar el hecho de que el IEPS también está estructurado y se aplica en forma que discrimina contra los refrescos y jarabes importados y otorga protección a la producción nacional de estos productos.

Como se analizó en la Primera comunicación de los Estados Unidos, el impuesto sobre los refrescos y jarabes no edulcorados exclusivamente con azúcar de caña tiene por objeto otorgar protección a la producción nacional de azúcar de caña. Sin embargo, como México exige en lo esencial que sus productores nacionales de refrescos y jarabes usen el azúcar mexicano de alto precio, el impuesto necesariamente tiene que proteger a esos fabricantes de productos derivados contra la importación de refrescos y jarabes competidores edulcorados con productos de menor costo, como el JMAF.

30. El Grupo Especial ha observado que en el párrafo 8 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 2 de diciembre los Estados Unidos han afirmado que "el TLCAN no es una 'ley o un reglamento' y el impuesto de México no es 'necesario para lograr la observancia'". Se ruega a los Estados Unidos que desarrollen estas dos afirmaciones. En particular, ¿por qué piensan los Estados Unidos que los impuestos de México no pueden considerarse "necesarios" para lograr la observancia?

página 34; véase también el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas (Chile - Bebidas alcohólicas)*, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, párrafo 61.

⁴⁶ Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 27, *supra* (donde se analiza la forma en que el IEPS discrimina *de jure* y *de facto* contra los refrescos y jarabes importados).

⁴⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 149-152.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafos 45 y 131.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafos 134-138.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 139.

La afirmación de los Estados Unidos de que "el TLCAN no es una 'ley o un reglamento'" se efectuó al refutar la afirmación de México de que era necesaria una violación de sus obligaciones correspondientes al artículo III para lograr el cumplimiento de obligaciones del TLCAN que los Estados Unidos habían infringido según había determinado México en forma unilateral y errónea, sin ninguna constatación de un panel del TLCAN en tal sentido. Pero como explicaron los Estados Unidos en su declaración oral, las obligaciones internacionales que otros países tienen con México en virtud del TLCAN u otros acuerdos internacionales no son "leyes" ni "reglamentos" en el sentido del apartado d) del artículo XX.⁵¹ La expresión "leyes o reglamentos", según figura en esa disposición, significa las leyes y reglamentos de un Estado, y no los acuerdos internacionales ni las obligaciones contraídas en virtud de ellos.

La interpretación de "*laws or regulations*" ("leyes o reglamentos") se basa en el sentido corriente de esos términos. El *Black's Law Dictionary* da la siguiente definición de "*laws*" ("leyes"):

"Rules promulgated by government as a means to an ordered society. Strictly speaking, session laws or statutes and not decisions of court; though in common usage refers to both legislative and court made law, as well as to administrative rules, regulations and ordinances." ("Normas dictadas por la autoridad pública para organizar una sociedad ordenada. En sentido estricto, actos legislativos y no sentencias judiciales; aunque en el habla corriente se refiere al derecho *de fuente tanto legislativa como jurisprudencial*, así como a normas, reglamentos y ordenanzas de carácter administrativo.")⁵²

El mismo diccionario define "*regulations*" ("reglamentos") del siguiente modo:

"Such are issued by various governmental departments to carry out the intent of the law. Agencies issue regulations to guide the activity of those regulated by the agency and of their own employees to ensure uniform application of the law." ("Los expedien diversos departamentos de la administración pública para cumplir el propósito de las leyes. Los organismos dictan reglamentos para orientar la actividad de quienes están regidos por ellos y de sus propios funcionarios para asegurar la aplicación uniforme de la ley.")⁵³

En cambio, el *Black's Law Dictionary* define del siguiente modo "*international agreement*" ("acuerdo internacional"):

"Treaties and other agreements of a contractual character between different countries or organizations of states (foreign) creating legal rights and obligations." ("Tratados y demás acuerdos de naturaleza contractual celebrados entre distintos países u organizaciones de Estados (extranjeros), por los que se crean derechos y obligaciones.")⁵⁴

Por lo tanto, el sentido corriente de "leyes" y "reglamentos" consiste en que se trata de normas dictadas por un gobierno y no de obligaciones resultantes de un acuerdo internacional.

⁵¹ Primera declaración oral de los Estados Unidos párrafo 9.

⁵² *Black's Law Dictionary* (1990), página 887. (sin subrayar en el original)

⁵³ *Ibid.*, página 1286. (sin subrayar en el original)

⁵⁴ *Ibid.*, página 816.

Apoya esta interpretación el contexto en que figura la expresión "leyes o reglamentos", es decir, el artículo XX del GATT y, en términos más generales, el GATT y el conjunto de los Acuerdos de la OMC. En particular el propio artículo XX distingue las "leyes" y "reglamentos" de las "obligaciones" contraídas en virtud de un acuerdo internacional. Así, mientras que el apartado d) del artículo XX establece una defensa para las medidas que son necesarias para lograr la observancia de "leyes o reglamentos", el apartado h) del mismo artículo establece una defensa para las medidas "adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo". No habría razón alguna para un texto diferente si los redactores hubieran tenido el propósito de que "leyes o reglamentos" tuviera igual significado que "obligaciones" contraídas en virtud de un acuerdo internacional.

Otras disposiciones del GATT apoyan la distinción de las "leyes" y "reglamentos" de los "acuerdos" y las "obligaciones". Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo X establece una distinción entre "las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas" y los "acuerdos relacionados con la política comercial internacional que estén en vigor entre [gobiernos]". El párrafo 1 del artículo X dice así:

*"Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general que cualquier parte contratante haya puesto en vigor y que se refieran a la clasificación o a la valoración en aduana de productos, a los tipos de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas, o a las prescripciones, restricciones o prohibiciones de importación o exportación, o a la transferencia de pagos relativa a ellas, o a la venta, la distribución, el transporte, el seguro, el almacenamiento, la inspección, la exposición, la transformación, la mezcla o cualquier otra utilización de dichos productos, serán publicados rápidamente a fin de que los gobiernos y los comerciantes tengan conocimiento de ellos. Se publicarán también los acuerdos relacionados con la política comercial internacional y que estén en vigor entre el gobierno o un organismo gubernamental de una parte contratante y el gobierno o un organismo gubernamental de otra parte contratante."*⁵⁵

El artículo III del GATT distingue un "impuesto interior" de un "acuerdo comercial" y las "obligaciones" contraídas en virtud de él. Su párrafo 3 dice así:

"En lo que concierne a todo impuesto interior vigente que sea incompatible con las disposiciones del párrafo 2, pero que esté expresamente autorizado por un acuerdo comercial en vigor el 10 de abril de 1947 y en el que se consolidaba contra aumento el derecho de importación sobre el producto gravado, la parte contratante que aplique el impuesto podrá diferir, en lo que se refiere a dicho impuesto, la aplicación de las disposiciones del párrafo 2, hasta que pueda obtener la exoneración de las obligaciones contraídas en virtud de dicho acuerdo comercial y recobrar así la facultad de aumentar ese derecho en la medida necesaria para compensar la supresión del elemento de protección de dicho impuesto."

Por otra parte, la expresión "obligaciones contraídas en virtud de este Acuerdo" figura por todas partes en el GATT, que también es, en sí mismo, un acuerdo internacional.⁵⁶ Ni siquiera una vez se hace referencia en el GATT a "las leyes correspondientes a este Acuerdo". Por otra parte, el apartado c) del artículo XXI menciona "las obligaciones ... contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas"; tampoco allí se hace referencia a las "leyes" correspondientes a la Carta. Esta

⁵⁵ Párrafo 1 del artículo X del GATT. (sin cursivas en el original)

⁵⁶ Véase, por ejemplo: párrafo 4 d) del artículo XII, párrafo 6 del artículo XV, párrafos 12, 16, 18, 21 y 22 del artículo XVIII, párrafo 1 del artículo XIX y artículo XXIII del GATT.

formulación, desde luego, corresponde al reconocimiento de que los compromisos contraídos en virtud de un acuerdo intencional son "obligaciones" y no "leyes".

Con respecto al hecho de que las medidas fiscales de México no son "necesarias para lograr la observancia", los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial ni siquiera necesita abordar tal cuestión. Puesto que las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del TLCAN no son "leyes o reglamentos", las medidas fiscales de México no pueden ser "necesarias para lograr la observancia de leyes o reglamentos".

De cualquier modo, las medidas fiscales de México no son "necesarias para lograr la observancia" de obligaciones de los Estados Unidos derivadas del TLCAN. En primer lugar, la afirmación de México está basada en su propia determinación de que los Estados Unidos se encuentran en incumplimiento de esas obligaciones. Pero México hasta reconoce que existe una genuina discrepancia entre México y los Estados Unidos acerca de los compromisos de acceso a los mercados contraídos por ambas partes en la negociación del TLCAN. La medida fiscal de México, por lo tanto, no puede ser necesaria para lograr la observancia de obligaciones de los Estados Unidos derivadas del TLCAN cuando hasta se reconoce que existen interpretaciones diferentes sobre la naturaleza de esas obligaciones.

Además, se han desarrollado negociaciones entre los Estados Unidos y México, así como entre entidades privadas, acerca del comercio bilateral de edulcorantes con arreglo al TLCAN. En realidad, durante la etapa de las consultas correspondiente a esta diferencia México reconoció la existencia de esas conversaciones y expresó su convicción de que sería prematuro solicitar un grupo especial de la OMC teniendo en cuenta el desarrollo de esas discusiones.⁵⁷ Resulta difícil comprender cómo pueden ser las medidas fiscales de México una reacción ante el fracaso de esas discusiones, que las hace "necesarias" a juicio de México, cuando las discusiones continuaron hasta bastante tiempo después de haberse dictado las medidas fiscales de México y hasta la etapa de consultas de esta diferencia.

Además, como estableció el Órgano de Apelación en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el carácter "necesario" de una medida depende del grado en que ésta contribuya a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la repercusión de la medida en el comercio y la importancia de la ley o reglamento que se trata de hacer cumplir.⁵⁸ Aunque México atribuye evidentemente una gran importancia a la viabilidad de la industria del azúcar de caña y su capacidad de exportar, a los Estados Unidos les resulta difícil comprender cómo puede contribuir a esos objetivos una violación de las obligaciones de México en el régimen de la OMC. Como se examinó en nuestra Primera comunicación escrita, esa infracción ha tenido consecuencias devastadoras en las exportaciones estadounidenses de JMAF a México. Pero no ha resuelto ninguna de las preocupaciones de México ni de los Estados Unidos en relación con el TLCAN y, en realidad, no ha hecho más que agravar las tensiones en ambas partes.

Por otra parte, las medidas fiscales de México se aplican no sólo a las importaciones procedentes de los Estados Unidos, sino a las procedentes de cualquier país. Reiteramos que a los Estados Unidos les resulta difícil comprender en qué sentido, para tratar de hacer valer las supuestas obligaciones de los Estados Unidos en virtud del TLCAN, se hace necesario violar las obligaciones de trato nacional contraídas por México respecto de todos los demás Miembros de la OMC.

⁵⁷ Véase *Órgano de Solución de Diferencias: Acta de la reunión celebrada el 22 de junio de 2004*, WT/DSB/M/171, párrafo 26.

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafos 163-164.

Además, cualesquiera que puedan ser los motivos de disconformidad de México, podría haber procurado la observancia del TLCAN por innumerables medios -diplomáticos o de otra índole- antes de violar sus obligaciones contraídas en la OMC.

31. Se ruega a los Estados Unidos que formulen observaciones sobre la afirmación de México de que la lista de leyes y reglamentos que figura en el apartado d) del artículo XX es ilustrativa, no exhaustiva. ¿Qué conclusión, si procede, debería inferirse de este hecho?

Los Estados Unidos están de acuerdo en que la enumeración de leyes y reglamentos del apartado d) del artículo XX es ilustrativa y no exhaustiva. Concretamente, las leyes y reglamentos allí enumerados están precedidos por la expresión "tales como", que indica que lo que sigue no es una lista exhaustiva, sino ejemplos de lo que comprende la expresión "leyes y reglamentos".

Sin embargo, esto no quita que cualquier cosa que se añada a los ejemplos de la lista tendría que ser "ley" o "reglamento". Como ya se ha explicado, esto excluiría las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales. El simple hecho de que la lista sea ilustrativa no puede interpretarse en el sentido de que la expresión "leyes y reglamentos" mencionada en el apartado d) del artículo XX abarca también obligaciones contraídas por otro Miembro de la OMC en virtud de un acuerdo internacional.

32. Se ruega a los Estados Unidos que formulen observaciones sobre la afirmación de México de que sus medidas fiscales son necesarias para lograr la observancia por los Estados Unidos de obligaciones internacionales derivadas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Los Estados Unidos se remiten a su respuesta a la pregunta 30.

33. Suponiendo que las medidas fiscales aplicadas por México tuvieran que examinarse en el marco del apartado d) del artículo XX del GATT, se ruega a los Estados Unidos que señalen si, a su juicio, hay medidas alternativas que estarían razonablemente al alcance de México y que lograrían el mismo objetivo.

México podría haber tratado de alcanzar sus objetivos de comercio bilateral con los Estados Unidos por cualquiera de los medios diplomáticos empleados habitualmente en las negociaciones comerciales; no le era preciso violar sus obligaciones del régimen de comercio multilateral con los Estados Unidos.

A MÉXICO:

37. El Grupo Especial ha observado que en el párrafo 38 de la versión escrita de su declaración oral México ha afirmado que el asunto planteado en la OMC *Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos* difiere de este asunto en varios aspectos importantes y no puede utilizarse como un precedente. Se ruega a México que explique cuáles, a su juicio, son las diferencias entre los dos asuntos y por qué el asunto *Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos* no debería ser pertinente como precedente.

Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos ofrece el ejemplo de una diferencia en que la parte demandada pidió al Grupo Especial que se abstuviera de formular constataciones sobre las cuestiones planteadas en la diferencia debido a que existía un procedimiento de solución de diferencias correspondiente a un acuerdo ajeno a la OMC. El Grupo Especial rechazó la petición de la Argentina. Explicó que los procedimientos correspondientes a un tribunal que no era de la OMC (el del MERCOSUR) no obligaban a un grupo especial de la OMC a pronunciarse en determinada

forma y que a la solicitud de la Argentina le faltaba "fundamento en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, o en alguna otra disposición".⁵⁹

El Grupo Especial podrá encontrar en *Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos* una orientación útil en esta diferencia porque presenta una situación análoga a lo que México alega en este caso. En ambas diferencias la parte demandada aduce que la existencia de un procedimiento de solución de diferencias ante un tribunal ajeno a la OMC (tanto si ya ha ocurrido como si puede ocurrir en el futuro) justifica que el grupo especial se abstenga de formular constataciones sobre reclamaciones que están comprendidas en su mandato. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos* rechazó la pretensión de la parte demandada, como debe hacerlo el Grupo Especial en esta diferencia.

42. Se ruega a México que proporcione cifras sobre el mercado mexicano de edulcorantes para la producción de refrescos y jarabes edulcorados correspondientes al decenio más reciente del que se disponga de información. En particular, se ruega a México que facilite información sobre lo siguiente: a) la producción mexicana anual de jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), de azúcar de caña y de otros edulcorantes, con indicación del valor y del peso en kilogramos; b) el consumo mexicano anual de JMAF, de azúcar de caña y de otros edulcorantes, con indicación del valor y del peso en kilogramos, por los productores mexicanos de refrescos y jarabes edulcorados; c) las exportaciones mexicanas anuales, si existieran, de JMAF, de azúcar de caña y de otros edulcorantes. Se ruega a México que proporcione cifras del mercado mexicano de refrescos y del mercado mexicano de jarabes edulcorados; y, d) las importaciones mexicanas anuales (en función del origen), si existieran, de JMAF, de azúcar de caña y de otros edulcorantes destinadas a la producción de refrescos y jarabes edulcorados.

Como observación preliminar, los Estados Unidos señalan que los datos presentados en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos cumplen con creces la carga de la prueba que incumbe a los Estados Unidos en cuanto a acreditar *prima facie* sus alegaciones basadas en el artículo III. Esos datos provienen de diversas fuentes oficiales, que incluyen al propio Gobierno de México. México no ha controvertido esos datos, que en consecuencias deben darse por ciertos a los efectos de esta diferencia.

Los Estados Unidos observan, sin embargo, que las informaciones que se solicitan a México acerca del mercado mexicano de edulcorantes figuran en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, según sigue:

- a) producción mexicana anual de JMAF, en toneladas métricas: Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 24 (datos de las empresas) y nota 38 (datos del Servicio Exterior de Agricultura); y Estados Unidos - Pruebas documentales 11A a 11E (datos del Servicio Exterior de Agricultura);
- b) producción mexicana anual de azúcar de caña, en toneladas métricas: Estados Unidos - Pruebas documentales 11A a 11E (datos del Servicio Exterior de Agricultura); y Estados Unidos - Prueba documental 15 (datos del Servicio Exterior de Agricultura);

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil (Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos)*, WT/DS241/R, adoptado el 19 de mayo de 2003, párrafo 7.41.

- c) consumo mexicano anual de JMAF por productores mexicanos de refrescos y jarabes: Estados Unidos - Pruebas documentales 8 y 57 (se adjuntan como versión revisada de la Prueba documental 8) (datos del Servicio de Investigaciones Económicas);
- d) consumo mexicano anual de azúcar de caña por productores mexicanos de refrescos y jarabes: Estados Unidos - Pruebas documentales 8 y 57 (se adjuntan como versión revisada de la Prueba documental 8) (datos del Servicio de Investigaciones Económicas);
- d) exportaciones anuales de JMAF por México: Estados Unidos - Pruebas documentales 11A a 11E (datos de la Secretaría de Economía de México);
- e) exportaciones anuales de azúcar de caña por México: Estados Unidos - Pruebas documentales 11A a 11E (datos de la Secretaría de Economía de México);
- f) importaciones anuales de JMAF realizadas por México: Estados Unidos - Prueba documental 10 (importaciones procedentes de los Estados Unidos) (datos de la Secretaría de Economía de México); y Estados Unidos - Pruebas documentales 11A a 11E (por países exportadores) (datos de la Secretaría de Economía de México); y
- f) importaciones anuales de azúcar de caña realizadas por México: Estados Unidos - Prueba documental 15 (importaciones procedentes de los Estados Unidos y el resto del mundo) (datos de la Secretaría de Economía de México); y Estados Unidos - Pruebas documentales 11A a 11E (por países exportadores) (datos de la Secretaría de Economía de México).

Además, figura información sobre las importaciones de refrescos y jarabes efectuadas por México en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, en la Prueba documental 13. Puede encontrarse información sobre la producción y el consumo de refrescos y jarabes en México en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, en particular en los párrafos 28 y 30, y las Pruebas documentales 16, 18, 19, 23 y 48.

43. Se ruega a México que identifique los principales productores de refrescos y jarabes edulcorados del mercado mexicano. ¿Podría también aclarar si, respecto de cada productor, los productos son edulcorados con jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), azúcar de caña u otros edulcorantes?

Los principales productores de refrescos y jarabes en el mercado mexicano figuran indicados en la Primera comunicación de los Estados Unidos en el párrafo 31. Los productores mexicanos de refrescos y jarabes que utilizaban JMAF y azúcar de caña, antes y después de la imposición del IEPS, se indican en la Primera comunicación de los Estados Unidos, en los párrafos 30 y 34. La comparación del uso de JMAF y de azúcar de caña por los productores mexicanos de refrescos y jarabes figura en las Pruebas documentales 8 y 57 presentadas por los Estados Unidos (que se adjuntan a esta respuesta como versión revisada de la Prueba documental 8).

PREGUNTA FORMULADA POR MÉXICO

¿Todavía mantienen los Estados Unidos la opinión expresada en la cita que figura en el párrafo 126 de la Primera comunicación escrita de México?

La cita que se transcribe contribuye a explicar por qué los Estados Unidos apoyaron activamente que se pasara del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947* (al que se refiere la cita) al ESD. A este respecto resulta interesante que México haya optado por omitir la frase que sigue inmediatamente a la que cita. Esa frase dice así: "El modo de minimizar o evitar el unilateralismo era crear un sistema multilateral creíble, fortaleciendo el sistema en vigor".⁶⁰ Esto, desde luego, es lo que hicieron los participantes en la Ronda Uruguay al concluir sus negociaciones sobre el ESD.

Los Estados Unidos recurren ahora a ese sistema de solución de diferencias, como es su derecho conforme al Acuerdo sobre la OMC. Los Estados Unidos suponen que México, al realizar esta cita, apoyan la posición de los Estados Unidos sobre un sistema de solución de diferencias multilateral creíble, y celebran el apoyo de México.

⁶⁰ Documento C/163 del GATT, de 16 de marzo de 1989, página 4.

ANEXO C-3*

**SEGUND LISTA DE PREGUNTAS FORMULADAS
POR EL GRUPO ESPECIAL**

(15 de marzo de 2005)

1. Preguntas para ambas partes

52. El Grupo Especial recuerda que, en su respuesta a las preguntas 45 y 50 del Grupo Especial, México afirmó que "a partir del 1° de enero de 2005, estarán exentas del pago del IEPS, las importaciones de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, siempre que éstos utilicen como edulcorante únicamente azúcar de caña". Se ruega a las partes que faciliten más información a este respecto. El Grupo Especial observa además que, en su comunicación de réplica, los Estados Unidos han afirmado que "[l]a enmienda del 1° de enero de 2005 al impuesto sobre los refrescos elaborados con JMAF no está comprendida en el mandato del Grupo Especial". ¿Desean las partes formular otras observaciones sobre esta cuestión? Se ruega a las partes que expliquen cómo funciona la nueva enmienda y de qué forma ha modificado las disposiciones anteriores pertinentes de la Ley.

La reforma crea una excepción adicional para el pago del IEPS. Establece que las importaciones de refrescos, jarabes y concentrados para preparar refrescos están exentas del pago del IEPS siempre y cuando se utilice como edulcorante únicamente azúcar de caña:

"Artículo 13. No se pagará el impuesto establecido en esta Ley, en las importaciones siguientes:

V. Las de los bienes a que se refieren los incisos G) y H) de la fracción I del artículo 2o. de esta Ley, siempre que utilicen como edulcorante únicamente azúcar de caña."¹

En la opinión de México, el Grupo Especial tiene facultades para considerar la reforma al IEPS en el contexto de esta disputa.

En el pasado, ciertos grupos especiales ha considerado si la cuestión de reformas hechas a las medidas objeto de la disputa, que han ocurrido en el curso del procedimiento. Algunos han declinado examinarlas, pero al menos dos han tomado en cuenta en su análisis la evolución de las medidas en cuestión.

En el contexto del GATT 1947, al formular sus conclusiones relativas a la compatibilidad de las medidas que le fueron sometidas, el Grupo Especial en *Tailandia-Cigarros* consideró la reforma de las medidas que fueron objeto de la disputa para concluir que las medidas que habían sido objeto

* El Anexo C-3 contiene las respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva. Este texto fue originalmente presentado en español por México.

¹ Véase Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de diciembre de 2004. Anexo MEX 46.

de la disputa ya no era incompatible con el artículo III:2 del GATT. El Grupo Especial determinó que las medidas "actuales" no estaban en violación.²

Más recientemente, en el asunto *India - Medidas que afectan al Sector del Automóvil*, el Grupo Especial advirtió que, si no se consideraba el desarrollo más reciente de las medidas en cuestión, "puede existir un riesgo importante de que la resolución resultante tenga un valor muy incierto incluso en la fecha de publicación del informe del Grupo Especial, así como que pueda haber una incompatibilidad interna al formularse una recomendación de poner en conformidad con las normas de la OMC medidas de las que se alega que han dejado de tener efecto".³ El Grupo Especial también manifestó:

A la luz de lo precedente, el Grupo Especial consideró que no estaría haciendo una "evaluación objetiva del asunto que se le había sometido" ni ayudando al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del ESD, de conformidad con el artículo 11 del ESD, si optase por no examinar la repercusión de los acontecimientos que han tenido lugar durante el procedimiento al evaluar la conveniencia de formular una recomendación con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del ESD.⁴

Es así que el artículo 11 del ESD requiere que los grupos especiales tomen en cuenta los acontecimientos que han ocurrido durante el curso de los procedimientos, incluso las reformas que se hayan hecho a las medidas en cuestión.

53. En su respuesta a la pregunta 46 del Grupo Especial, México afirmó que el "impuesto sobre los refrescos", tal como se había aplicado antes de diciembre de 2004, no discriminaba en función del origen del producto. ¿Quiere decir México que, en el marco de las medidas en cuestión, las enajenaciones en el mercado interno de refrescos importados están exentas del "impuesto sobre los refrescos" siempre que esos refrescos estén edulcorados con azúcar de caña, aunque no se establece ninguna exención para los mismos productos importados en el momento de la importación? Dicho de otro modo, ¿es correcto interpretar que el "impuesto sobre los refrescos" funciona de forma diferente según los dos momentos específicos en que se aplica el impuesto, es decir, en el momento de la importación y en el momento en que se efectúa cualquier enajenación en el mercado interno? Se ruega a los Estados Unidos que también formulen observaciones.

Previo a la reforma del 1 de enero de 2005 a la que se refiere la pregunta 52, el impuesto operaba de manera distinta dependiendo de si se causaba al momento de la importación o al momento de la enajenación ocurrida en territorio nacional. Como resultado de la reforma, las importaciones de refrescos, jarabes y concentrados para preparar refrescos que utilizan como edulcorante únicamente azúcar de caña reciben el mismo trato de exención que el que reciben las enajenaciones en territorio nacional.

54. ¿Consideran las partes que los denominados "requisitos de contabilidad" constituyen una medida distinta del "impuesto sobre los refrescos" y del "impuesto sobre la distribución", o constituyen más bien una medida accesoria a los dos últimos? En caso de que se trate de una

² El Grupo Especial concluyó que "[l]as reglamentaciones actuales relativas al impuesto especial, al impuesto sobre las transacciones comerciales y al impuesto municipal sobre los cigarrillos son compatibles con las obligaciones que impone a Tailandia el artículo III del Acuerdo General." Véase *Tailandia - Restricciones a las importaciones de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, BISD 37S/200, ¶ 88.

³ *India - Medidas que afectan al Sector del Automóvil*, Informe del Grupo Especial, WT/DS146/R y WT/DS175/R, adoptado el 5 de abril de 2002, ¶ 8.26.

⁴ *Id.*, ¶ 8.28.

medida accesoria, ¿tendría ese hecho alguna consecuencia en la forma en que el Grupo Especial debería analizar esos "requisitos de contabilidad"?

Como ya lo discutió México en su respuesta a la pregunta 22, los requisitos de contabilidad están previstos en el *Reglamento de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios* publicado el 15 de mayo de 1990, la *Resolución Miscelánea Fiscal Para 2003* (Título 6) publicada el 31 de marzo de 2003, y la *Resolución Miscelánea Fiscal Para 2004* (Título 6) publicada el 30 de abril de 2004. Estos instrumentos implementan varios aspectos del IEPS y son relevantes para su administración. Por tanto, son elementos de la misma medida y están vinculados a ella en forma inseparable. No se trata de una medida distinta.

En opinión de México, este hecho no debe influir en la manera como el Grupo Especial debe analizar tales requisitos de contabilidad. Estados Unidos, como la parte reclamante, debe establecer que esos requisitos caen en el ámbito de aplicación de los artículos III:2 y III:4 del GATT.

55. El Grupo Especial recuerda que, en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial, los Estados Unidos afirmaron que "[e]l IEPS en cuanto impuesto sobre el JMAF puede examinarse adecuadamente en el marco tanto del párrafo 2 como del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994". En la segunda reunión sustantiva (párrafo 53 de la versión escrita), México manifestó sus dudas con respecto a que, como una cuestión del derecho de la OMC, una misma medida pueda violar tanto el párrafo 2 como el párrafo 4 del artículo III. ¿Desean las partes formular otras observaciones sobre esta cuestión? Se ruega a las partes que aclaren si, en caso de que en un asunto determinado se plantearan alegaciones simultáneas contra la misma medida con arreglo tanto al párrafo 2 como al párrafo 4 del artículo III, el grupo especial debería abordar esas alegaciones siguiendo un orden determinado.

México reitera su opinión de que la jurisprudencia de la OMC sugiere que, si se trata de una medida de naturaleza fiscal, debe evaluarse al amparo del artículo III:2 del GATT de 1994; mientras que la normatividad de otro tipo cae en el ámbito del artículo III:4. Por tal motivo, México duda que pueda válidamente plantearse la incompatibilidad de una misma medida tanto con el artículo III:2 como con el III:4 (véase la Segunda Comunicación Oral de México, párrafos 53 y 54, y las Respuestas de México a las Preguntas formuladas por el Grupo Especial relativas a la Primera Reunión Sustantiva con las Partes, página 8). En opinión de México, si se trata de una medida de carácter fiscal, el análisis que procede es frente al artículo III:2.

56. ¿Funciona el denominado "impuesto sobre la distribución" de forma independiente o depende del funcionamiento del "impuesto sobre los refrescos"? ¿Depende su existencia del "impuesto sobre los refrescos"? ¿Está vinculado de algún otro modo al denominado "impuesto sobre los refrescos"?

El impuesto sobre ciertos servicios -comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución de refrescos y jarabes endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña- es independiente del que se causa por la enajenación de los bienes objeto del gravamen, y la ley regula tales actividades de manera distinta.

57. A juicio de las partes, ¿puede el párrafo 2 del artículo III del GATT abarcar una medida que impone un impuesto sobre servicios relacionados con productos específicos?

El artículo III:2 del GATT de 1994 expresamente se refiere a "impuestos interiores u otras cargas" aplicables a los "*productos* del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante." En consecuencia, en opinión de México el artículo III:2 del GATT de 1994 se aplica a medidas fiscales sobre productos.

58. En la segunda reunión sustantiva (párrafo 33 de la versión escrita), México ha dicho que sus medidas pueden justificarse al amparo del TLCAN. Además, en su declaración final, México sostuvo que un panel del TLCAN podría constatar que las medidas fiscales impuestas por México serían contramedidas aceptables. ¿Están los Estados Unidos de acuerdo con esta declaración? Se ruega a México que desarrolle sus declaraciones y proporcione referencias a las disposiciones del TLCAN con arreglo a las cuales sus medidas estarían justificadas.

El Grupo Especial apreciará que, por razones obvias, México no desea abordar los argumentos que pudiera presentar ante otro panel o tribunal arbitral en un futuro. En consecuencia, México esbozará el fundamento de la legalidad de sus acciones, el cual considera la posición de Estados Unidos sobre la adopción de contramedidas.

Para entender la legalidad de las contramedidas al amparo del TLCAN, en primer lugar es necesario referirse a los artículos 2003, 2004 y siguientes del TLCAN. Según México ya explicó en sus comunicaciones previas, en el capítulo XX del TLCAN, que establece el mecanismo general de solución de controversias del tratado, las Partes acordaron cooperar "en todo momento" y "mediante la cooperación y consultas... [esforzarse] siempre por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar [el] funcionamiento" del tratado (artículo 2003). También convinieron aplicar las disposiciones del capítulo XX a "la prevención o a la solución de todas las controversias" entre las Partes relativas a la aplicación o interpretación... [del] Tratado, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones... [del] Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo..." (énfasis propio).

Estados Unidos describió el capítulo XX del TLCAN como sigue en un escrito de defensa que presentó recientemente (el 4 de febrero de 2005) ante un tribunal arbitral:

"... The Chapter Twenty mechanism has an unusually broad reach: it applies to all disputes concerning "the interpretation or application of this Agreement or wherever a Party considers that an actual or proposed measure of another Party is would be inconsistent with the obligations of this Agreement".⁵ [Énfasis propio.]

La obligación fundamental subyacente es que las Partes del TLCAN deben cooperar de buena fe en la resolución de las controversias y, en caso de que no puedan convenir una solución satisfactoria, se someterán a la jurisdicción de un panel arbitral independiente.

En segundo lugar, el capítulo XX no permite que una Parte del tratado se rehúse a resolver una controversia, ya sea por la vía de las consultas o a través de procedimiento ante un panel arbitral. Ninguna disposición del TLCAN permite a una Parte declinar participar en los procedimientos de solución de controversias y de tal manera evitar el escrutinio de sus medidas. El capítulo XX no permite que una Parte juzgue por sí misma sobre la reclamación de otra Parte y la legalidad de sus medidas, lo cual tiene absoluto sentido: si se dejara la determinación de someterse o no a un panel arbitral a la voluntad de los potenciales demandados, éstos estarían tentados a rehusarse a someterse a los mecanismos de solución de controversias excepto en aquellos casos en los que consideraran que no corren un riesgo importante (aparentemente ésta fue la preocupación de Estados Unidos sobre el sistema del GATT, cuando en el Consejo del GATT hizo la declaración citada en el párrafo 126 de la Primera Comunicación Escrita de México).

Tercero, la pregunta que surge cuando una Parte indebidamente se rehúsa a someterse a los mecanismos de solución de controversias es ¿qué opciones tiene el Estado agraviado conforme al

⁵ Excepción de Incompetencia de Estados Unidos en el caso *Tembec Inc., Tembec Investments Inc. and Tembec Industries Inc. v. United States of America*, Anexo MEX-47.

derecho internacional para reequilibrar la situación y promover que el Estado reacio participe en los mecanismos de solución de controversias establecidos? Esto lleva a México a la siguiente disposición relevante del TLCAN: De acuerdo con el artículo 102(2), el TLCAN debe interpretarse "a la luz de los objetivos ... y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional." (énfasis propio). El artículo 1131(1) prevé el mismo requisito (los tribunales establecidos al amparo del TLCAN han dado un significado amplio a la frase "reglas aplicables del derecho internacional"⁶).

Es un principio firmemente establecido en el derecho internacional y en la jurisprudencia del TLCAN que las normas del derecho internacional consuetudinario continúan rigiendo entre los Estados, a menos de que éstos las hayan modificado o convenido en dejarlas sin efectos entre sí. Tanto México como Estados Unidos se han referido a esta cuestión de diversas ocasiones. En el caso *Loewen*, por ejemplo, Estados Unidos se pronunció sobre un escrito de México en el que advirtió sobre el cuidado que debe tenerse para asegurarse de la existencia de una norma del derecho internacional consuetudinario que se invoca como una norma aplicable del derecho internacional. Estados Unidos comentó:

"1. *The Governing Law*

The Government of Mexico submits that, as provided in NAFTA Article 1131(1), the Tribunal must decide this matter in accordance with the terms of the Agreement and applicable rules of international law. The United States agrees with Mexico and submits, respectfully, that this point is an important one.

Unlike common-law courts, an international tribunal is not authorized to make law or otherwise to rely on considerations that are not recognized rules of international law. Rather, as Mexico correctly observes, a tribunal constituted under NAFTA Chapter Eleven may apply as the rule of decision only the terms of the Agreement and applicable rules of international law. A rule may be considered to form part of customary international law only where the existence of the rule is established by general and consistent practice of States followed by them from a sense of legal obligation. If there is no widespread or substantial uniformity of State practice with regard to the rule in question, then that rule cannot be regarded as one of customary international law and, therefore, cannot govern the resolution of the dispute.

...

B. *Other Sources of Governing Law*

The Government of Mexico observes correctly that customary international law is determined by international custom as evidence of the general practice accepted as law, and offers comment on several sources of international law and their varying degrees of authoritativeness. The United States agrees with Mexico that customary international law is defined by State practice and that only those rules that have gained widespread acceptance as law may be considered as part of customary international law".⁷

⁶ Por ejemplo, en el caso *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, el tribunal determinó que, al aplicar el artículo 1105 del TLCAN, una determinación de incumplimiento del tratado "must [in addition to taking into account certain factors] also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case". Laudo, ¶ 263. Anexo MEX-48.

⁷ Respuesta de Estados Unidos a los escritos de los Gobiernos de Canadá y México del 9 de noviembre de 2001 de conformidad con el artículo 1128 del TLCAN en el asunto *The Loewen Group International, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, página 1. Anexo MEX-49.

[Énfasis propio; se omiten las notas al pie de página.]

Subsecuentemente, Estados Unidos y los reclamantes difirieron en el mismo procedimiento sobre si seguía vigente en el marco del TLCAN la norma del derecho internacional consuetudinario relativa a la continuidad de la nacionalidad en las reclamaciones. Estados Unidos así lo afirmó (el tribunal finalmente coincidió con él⁸):

"Loewen does not contest (nor could it) that the NAFTA, by its express terms, incorporates rules of international law to supply the rules of decision in Chapter Eleven disputes. See NAFTA art.1131 ("A Tribunal .. shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.") At the same time, Loewen argues that this particular rule of international law (i.e., that of continuous nationality) was selectively and conveniently excluded from NAFTA Chapter Eleven by the Agreement's other express terms. As the United States has already shown, however, and as we reconfirm below, Chapter Eleven contains no such express terms that can fairly be construed to derogate from the customary international law requirement of continuous nationality through the date of the award.

...

As the United States has demonstrated, customary international law requires that a claimant maintain a nationality other than that of the respondent State from the date of injury (the dies a quo) through the date of the award (the dies ad quem). NAFTA Chapter Eleven was drafted against this legal background and explicitly incorporates "applicable rules of international law" as part of the Agreement. (NAFTA art. 1131 (1); Decision on Jurisdiction ¶ 50). This Tribunal has already recognized that "an important principle of international law should not be held to have been tacitly dispensed with by an international agreement, in the absence of words making clear an intent to do so." (Decision on Jurisdiction ¶ 76.) Therefore, in the absence of an express derogation, the rule of continuous nationality, like other rules of international law, applies to NAFTA Chapter Eleven claims.

...

... A customary international law rule, which supplies the rule of decision by virtue of NAFTA Article 1131(1) unless overridden by an explicit, contrary provision of the Agreement, need not be further codified in the NAFTA in order to apply to a Chapter Eleven claim".⁹

[Énfasis propio; cursivas en el original, se omiten las notas al pie de página.]

De conformidad con los artículos 102(2) y 1131, no solamente el Capítulo Once, sino el TLCAN en su conjunto debe interpretarse de acuerdo con sus propios términos y con a las normas aplicables del derecho internacional, incluida la Convención de Viena sobre el Derecho de

⁸ Véase el laudo definitivo, ¶¶ 228 y ss: "Respondent correctly contends that Article 1131 requires the Tribunal to decide the issues in accordance with 'applicable rules of international law'." El tribunal entonces concluyó que la regla de la nacionalidad continua era aplicable al TLCAN, aunque no estuviese expresamente prevista en él. Anexo MEX-50.

⁹ *Contestación de Estados Unidos sobre cuestiones de jurisdicción y competencia*, pp. 9-11. Anexo MEX-51.

los Tratados. Las normas del derecho internacional consuetudinario relativas al uso de contramedidas son aplicables cuando, por razones del obstruccionismo de una Parte, el mecanismo de solución de controversias de un tratado deja de funcionar y el Estado reclamante se ve imposibilitado de someter su agravio a un tercero imparcial e independiente.

De lo contrario, un Estado que es demandado podría libremente rehusarse a someterse a los mecanismos de resolución de controversias acordados, y subsecuentemente argumentar que el reclamante no tenía derecho a adoptar contramedidas para proteger sus propios intereses (lo cual en sí mismo refuta la proposición) y promovería el desmantelamiento del conjunto de derechos y obligaciones convenidos. Cualquiera de los Estados podría violar el Tratado con impunidad.

Sin embargo, el derecho consuetudinario internacional establece normas pertinentes conforme a las cuales un Estado agraviado claramente tiene el derecho de tomar medidas que le permitan reequilibrar la situación, a la vez que fomentar el recurso a los mecanismos institucionales existentes. México tiene argumentos persuasivos que prodría presentar ante un panel o tribunal arbitral del TLCAN.

Por ejemplo, México sometería a consideración de dicho órgano el laudo en el arbitraje relativo al acuerdo internacional sobre servicios aéreos (cf. el Anexo MEX-37). En ese caso, Estados Unidos logró justificar exitosamente la adopción de medidas que tenían la intención de inducir a Francia a someterse al mecanismo de solución de controversias previsto en el tratado bilateral, después de que Francia adoptó ciertas restricciones que Estados Unidos consideró violatorias del tratado. En efecto, las acciones que Estados Unidos tomó contra las líneas aéreas francesas fueron más onerosas que las que Francia tomó contra de las líneas aéreas estadounidenses. Sin embargo, el tribunal internacional sostuvo la legalidad de las acciones de Estados Unidos.

En opinión de México, ese laudo es especialmente pertinente, puesto que los hechos del caso están lejos de ser lo gravosos que han sido los de éste, y el razonamiento de Estados Unidos sobre contramedidas fue similar al de México en este caso. Los paralelos y las conclusiones pertinentes incluyen los siguientes:

- Primeramente, fue Estados Unidos el que defendió exitosamente el uso de contramedidas. En consecuencia, el laudo es prueba de la posición de Estados Unidos cuando ha sido reclamante frente a un Estado obstruccionista demandado.
- En segundo lugar, como en el presente caso, las medidas en aquel fueron adoptadas para inducir a Francia a someterse a los mecanismos de solución de controversias de conformidad con el tratado aplicable. El tribunal ratificó la posición de Estados Unidos a la luz de la obligación de las partes de hacer esfuerzos de buena fe por encontrar una solución negociada a las controversias potenciales. El tribunal sancionó las medidas de Estados Unidos aun cuando Francia rápidamente acordó someter la cuestión al tribunal internacional. A diferencia de Estados Unidos en este caso, Francia no prolongó la controversia por más de 6 años.
- Tercero, pese a que el tribunal determinó que la proporcionalidad de las medidas debía satisfacer una "apreciación muy cercana", rechazó el argumento de que las medidas de Estados Unidos eran "claramente desproporcionadas" en comparación con las medidas de Francia que dieron lugar a la controversia.¹⁰
- Cuarto, el tribunal consideró que, además de las cuestiones comerciales en disputa, las cuestiones sistémicas surgidas en el marco del tratado también eran pertinentes a

¹⁰ Laudo en el arbitraje relativo al Acuerdo de Servicios Aéreos, ¶ 83.

su análisis de las contramedidas.¹¹ México tiene un interés sistémico en que Estados Unidos se someta al mecanismo de solución de controversias del TLCAN.

- Quinto, el tribunal consideró que el objetivo de las contramedidas es "reestablecer la igualdad entre las Partes y alentarlas a continuar las negociaciones con un deseo mutuo de alcanzar una solución aceptable...". Concluyó que "las contramedidas de Estados Unidos reequilibró de una manera negativa la simetría de sus posiciones iniciales".¹² Esto es precisamente lo que buscó, restablecer el *statu quo ante* en el comercio bilateral de edulcorantes, e inducir a Estados Unidos a someterse al mecanismo de solución de controversias del TLCAN en cumplimiento de sus obligaciones derivadas tratado.
- Finalmente, el tribunal hizo énfasis necesidad de que el uso de contramedidas esté acompañado de "un esfuerzo genuino por resolver la disputa" pero determinó imposible "establecer una norma que prohíba el uso de contramedidas durante las negociaciones, especialmente cuando esas contramedidas van acompañadas de un procedimiento que permita acelerar la solución de la controversia".¹³ Durante más de seis años, México repetidamente ha buscado de buena fe resolver la controversia de muchas maneras, lamentablemente sin éxito, dada la posición que Estados Unidos ha mantenido.

La conclusión fundamental del tribunal fue:

81. ... *If a situation arises which, in one State's view, results in a violation of an international obligation by another State, the first State is entitled, within the limits set by the general rules of international law pertaining to the use of armed force, to affirm its rights through "counter-measures"*.

Ésta continúa siendo una declaración jurídicamente válida.

México también ha revisado los argumentos de Estados Unidos en el caso del tratado de servicios aéreos. Es interesante que, en apoyo de su posición de que un Estado puede suspender temporalmente los derechos de un tratado mientras está pendiente un arbitraje, Estados Unidos invocó el artículo 27 del Proyecto de Harvard de 1935 de Convención sobre el Derecho de los Tratados, que establecía:

- (a) *If a State fails to carry out in good faith its obligations under a treaty, any other party to the treaty, acting within a reasonable time after the failure, may seek from a competent international tribunal or authority a declaration to the effect that the treaty has ceased to be binding upon it in the sense of calling for further performance with respect to such State.*
- (b) *Pending agreement by the parties upon and decision by a competent international tribunal or authority, the party which seeks such a declaration may provisionally suspend performance of its obligations under the treaty vis-à-vis the State charged with failure.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Id.*, ¶ 90.

¹³ *Id.*, ¶ 91.

- (c) *A provisional suspension of performance by the party seeking such a declaration will not be justified definitively until a decision to this effect has been rendered by the competent international tribunal or authority. [Énfasis propio.]*

Estados Unidos citó con aprobación el comentario de los redactores al artículo 27 de la Borrador de Harvard:

It is apparent, therefore, that it might frequently be within the power of the state alleged to have committed the breach to prevent or delay submission of the matter to an international tribunal or authority simply by neglecting or refusing to agree upon any such tribunal or authority, or by denying that tribunals or authorities which it already had agreed upon for certain purposes possess jurisdiction to make the sort of declaration referred to in this article. Furthermore, even after the states concerned have agreed upon a competent international tribunal or authority, a considerable time will necessarily elapse before it can render its decision. In consideration of these facts, and in view of the further fact that continued performance of its obligations under a treaty vis-à-vis a state charged with breach thereof might prove costly or even involve irreparable damage to the state seeking the declaration, if the decision is ultimately in its favor, it seems only reasonable to permit the latter state to suspend the performance of its own obligations under the treaty vis-à-vis the state charged with failure pending agreement upon a competent international tribunal or authority, and pending final decision by such authority.¹⁴

Esta perspectiva es lógica y es congruente con las normas del derecho internacional consuetudinario sobre el uso de contramedidas. El derecho internacional permite que, en ciertas circunstancias, un Estado adopte acciones para reestablecer el equilibrio de una situación particular.

En su Segunda Comunicación Oral, Estados Unidos alegó que México se basó en "citas hechas por Estados Unidos en relación con el Acuerdo de Servicios Aéreos de 1946 (así como con el GATT 1947, el TLCAN y el procedimiento arbitral de la *Sección 301* de la OMC) que están fuera de contexto".¹⁵ México rechaza la sugerencia de que cualquiera de los pasajes de las declaraciones de Estados Unidos que citó haya sido tomado fuera de contexto. Debe verse las respuestas evasivas de Estados Unidos sobre lo que en realidad dijo (e.g., "Cualesquier declaraciones que Estados Unidos pudo o no haber hecho en esos contextos..." (traducción propia)¹⁶) como lo que son: un intento por recuperarse en este procedimiento del efecto de sus declaraciones oficiales, mientras que preserva la posibilidad utilizarlas cuando lo demanden sus propios intereses.

En 1997, cuando proporcionó sus comentarios al entonces Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos que estaba siendo considerado por la Comisión de Derecho Internacional, el Departamento de Estado de Estados Unidos consideró que el laudo relativo al Acuerdo de Servicios Aéreos era una declaración excelente sobre el derecho vigente:

The United States agrees that under customary international law an injured State takes countermeasures "in order to induce [the wrongdoing State] to comply with its obligations". See Draft Article 47(1). See also Case Concerning the Air Services Agreement of March 27, 1946 Between the United States of America and France,

¹⁴ Departamento de Estado, Oficina del Consultor Jurídico, *Digest of United States Practice in International Law*, 1978, p. 775. Anexo MEX-52.

¹⁵ Segunda Comunicación Oral de Estados Unidos, ¶ 25.

¹⁶ *Ibíd.*

*18 R.I.A.A. 417, 443 (1978) [hereinafter Air Services Case] stating that an injured State "is entitled ... to affirm its rights through 'counter-measures'".*¹⁷

En una discusión de seis páginas sobre contramedidas, Estados Unidos citó favorablemente el laudo en el arbitraje del Acuerdo sobre Servicios Aéreos no menos de nueve veces, seis veces más que el siguiente caso citado con más frecuencia (el caso relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*). Al analizar el documento del Departamento de Estado, el Grupo Especial observará que el laudo se cita para justificar el derecho de imponer contramedidas aun durante las negociaciones, y en apoyo al principio de que debe compararse con el acto que las motivó y que debe haber algún grado de equivalencia con la violación que se alega. En efecto, el laudo utiliza como sustento para criticar el intento de la Comisión de Derecho Internacional para introducir un examen más restrictivo de la proporcionalidad (el estándar aplicado por el tribunal en ese caso fue uno "claramente no desproporcionado"), alegando que la interpretación propuesta de la Comisión de Derecho Internacional "no es acorde con la práctica consuetudinaria".¹⁸

En contraste con la posición de Estados Unidos, en el presente caso debe apreciarse, entre otras cosas, que:

- a. México adoptó la medida en cuestión tras haber agotado sin éxito, en el curso de varios años, todos los demás esfuerzos;
- b. durante ese periodo el sector azucarero mexicano sufrió un daño real como resultado de la negativa de Estados Unidos de otorgar el acceso negociado a su mercado, mientras que la fructosa continuaba ganando mercado en México;
- c. México limitó la medida adoptada al sector de sector edulcorantes (donde Estados Unidos mismo había establecido años antes el vínculo entre la fructosa y el azúcar);
- d. la medida de México fue totalmente proporcionada (no "claramente no desproporcionada"); y
- e. según manifestó repetidamente el Departamento de Agricultura de Estados Unidos, Estados Unidos en todo momento estuvo plenamente enterado del impacto adverso que tuvo su negativa continua de someter el agravio de México al mecanismo de solución de diferencias.

Por lo que a la elección de México de utilizar una medida de carácter fiscal, México señalaría que el derecho internacional consuetudinario otorga a un Estado una amplia discreción sobre el tipo de contramedidas. Sujeto a varios requisitos esenciales (por ejemplo, no violar obligaciones en materia de derechos humanos o ni contravenir las reglas sobre conflictos armados) un Estado es libre de elegir el tipo y la forma de las contramedidas. En este caso, las medidas tenían el propósito de lidiar con el desplazamiento del azúcar por la fructosa, estando pendiente la resolución de una controversia.

Finalmente, México también quisiera reiterar que Estados Unidos ha reclamado el mismo derecho, tanto en el marco del GATT como del TLCAN y, de hecho, ha tomado este tipo de medidas frente a Canadá. Esto es una prueba de la práctica relevante de los Estados en el marco del TLCAN (véase el artículo 31 de la Convención de Viena).

¹⁷ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos: Comentarios del Gobierno de Estados Unidos de América, 22 de octubre de 1997. Anexo MEX-53.

¹⁸ *Ibíd.*

59. ¿Consideran las partes que el TLCAN forma parte de las "leyes y reglamentos" nacionales de los Estados Unidos? ¿Qué consecuencia tendría esto respecto de la expresión "leyes y reglamentos" tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX del GATT en el contexto de la presente diferencia?

Esta pregunta sigue la práctica de Estados Unidos de calificar los términos "leyes o reglamentos" con una palabra que no está contenida en el artículo XX(d), específicamente, la palabra "nacionales" ("*domestic*"). México ha argumentado que es incorrecto leer en el texto del artículo XX(d) una palabra que no contiene.

Debe apreciarse que, no obstante que es un tratado internacional, el TLCAN claramente tiene efectos en el orden jurídico nacional de cada una de las tres Partes del TLCAN, que rebasan las acciones de los tres Estados signatarios para implementarlo. México señaló en la Segunda Reunión Sustantiva que las tres Partes del TLCAN acordaron expresamente que no establecerán un derecho de acción que permita a un particular demandar a otra Parte del TLCAN ante sus cortes por violación al tratado. Ello implica que, de no haberlo acordado, una Parte habría podido crear ese derecho de acción.

Estados Unidos de hecho reservó para sí mismo un derecho de acción de ese tipo y Canadá dio a su Abogado General (*Attorney General*) una facultad discrecional para decidir si consiente una causa de la acción para hacer cumplir ante sus cortes cualquier derecho u obligación derivado del TLCAN.¹⁹ El TLCAN también contiene una disposición (el artículo 2020) que permite a la Comisión de Libre Comercio someter a los órganos o tribunales judiciales o administrativos de cualquier Parte interpretaciones acordadas sobre las disposiciones del TLCAN (si no se logra un acuerdo, cualquier Parte puede hacer individualmente) "cuando una cuestión de interpretación o de aplicación... [del] Tratado surja" en un procedimiento judicial o administrativo interno. Si el tratado no tuviera efecto interno alguno en cada Parte del TLCAN, habría sido innecesario establecer tal disposición.

La separación tajante que Estados Unidos propone entre las obligaciones internacionales y el derecho interno no tiene sustento en el propio tratado. La consecuencia simple de este punto es que si, como aquí, el obstruccionismo de una Estado frustra la operación de un tratado internacional el Estado adversamente afectado puede buscar asegurar el cumplimiento con sus términos y sus acciones estarían justificadas conforme al artículo XX(d) del GATT de 1994 (México ya explicó con detalle en qué circunstancias, y no lo repetirá aquí).

60. Como saben las partes, el Órgano de Apelación ha afirmado que, para evaluar la "necesidad" de una medida en el marco del apartado d) del artículo XX, un grupo especial necesitaría examinar, entre otros factores, "la importancia relativa de los intereses o valores comunes que la ley o el reglamento que se deban hacer cumplir estén destinados a proteger" (informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*). Se ruega a las partes que expliquen cuáles serían, a su juicio, los "intereses o valores comunes" que el TLCAN está destinado a proteger.

La mejor prueba de la importancia de los intereses y valores comunes que el TLCAN tiene por objeto proteger está contenida en su Preámbulo objetivos. Las tres Partes tuvieron cuidado al expresar sus intereses o valores comunes. De acuerdo con el Preámbulo, éstos incluyen:

- reafirmar "los lazos especiales de amistad y cooperación entre" las tres naciones;

¹⁹ Véase la nota al pie de página N° 59 de la Segunda Comunicación Escrita de México.

- contribuir al "desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y a ampliar la cooperación internacional";
- crear "un mercado más extenso y seguro para los bienes y los servicios producidos en [los] territorios [de las Partes]";
- establecer "reglas claras y de beneficio mutuo para su intercambio comercial";
- desarrollar "sus respectivos derechos y obligaciones derivados del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación";
- crear "nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios";
- preservar la capacidad de las Partes "para salvaguardar el bienestar público".

[Énfasis propio en todos los casos.]

Entre los objetivos enunciados en el artículo 102 del TLCAN están:

- "eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes";
- "promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio";
- "crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias"; y
- "establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado".

[Énfasis propio.]

El 4 de febrero de 2005, en un escrito de defensa ante una reclamación interpuesta conforme al capítulo XI del TLCAN, Estados Unidos afirmó que las Partes del TLCAN confieren una gran importancia a la resolución efectiva de las controversias al amparo del TLCAN. Declaró:

The final element of the Vienna Convention's cardinal rule of treaty interpretation focuses on the treaty's object and purpose. NAFTA Article 102 states in pertinent part as follows:

The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, ... are to:

- (e) *create effective procedures ... for the resolution of disputes ...*

As demonstrated below, a review of the NAFTA's various rules for dispute resolution reveals an overriding concern with promoting effective dispute resolution procedures and avoiding the inefficacies that result from redundant proceedings between the same parties before different dispute resolution panels ...

Much scholarly attention has been focused on the proliferation of international tribunals in recent decades. One consequence of this phenomenon is that claimants

*have expanded opportunities to submit the same dispute simultaneously or consecutively to multiple fora, giving rise to redundant proceedings. Redundant proceedings present the risk of conflicting judgments, undermine the principle of finality, present the possibility of double recovery for claimants, are burdensome and unfair to the respondent, represent a poor use of judicial and arbitral resources and have potentially negative systemic implications for international law and international dispute resolution generally.*²⁰

[Cursivas en el original; subrayado propio; se omiten notas al pie de página.]

México comparte este punto de vista. A la luz de la importancia que Estados Unidos confiere a la eficacia de los procedimientos de solución de controversias del TLCAN, y de las consecuencias y riesgos que advierte respecto de procedimientos redundantes, México cuestiona seriamente su posición al entablar este procedimiento en el marco de la OMC respecto de una fracción de la disputa bilateral más amplia, mientras que se ha negado reiteradamente a someterse al mecanismo previsto en el TLCAN; México cuestiona seriamente la omisión total de Estados Unidos en su Primera Comunicación Escrita a cualquier referencia a esa disputa más amplia, y la posición que ha sostenido sobre la relevancia de la misma y los hechos correspondientes; México cuestiona también la posición que ha sostenido respecto de las recomendaciones que el Grupo Especial puede hacer; cuestiona especialmente las declaraciones falsas que Estados Unidos ha hecho a este Grupo Especial sobre el estado del procedimiento del TLCAN entablado por México. La conducta de Estados Unidos es altamente criticable a partir de la posición que Estados Unidos mismo ha esgrimido en el caso citado y refuerza los argumentos de México en este caso.

México no ve cómo la conducta de Estados Unidos contribuye de alguna manera a los valores y objetivos del TLCAN, y cuestiona cómo podría un grupo especial de la OMC contribuir a hallar una solución positiva a las diferencias recompensando a Estados Unidos por su conducta.

61. Se ruega a las partes que transmitan sus opiniones respecto de si se requeriría que la medida impugnada fuera necesaria para impedir o corregir una infracción de la "ley o reglamento" subyacente para invocar con éxito una defensa al amparo del apartado d) del artículo XX.

Como México discutió en los párrafos 82 y 83 de su Segunda Comunicación Escrita, para invocar exitosamente una defensa del artículo XX(d) no se requiere que la medida objetada asegure el cumplimiento perfecto con la ley o el reglamento en cuestión. En el asunto *Corea - Carne*, el Órgano de Apelación determinó que "[c]uanto mayor sea la contribución [para la realización del fin perseguido], más fácil será considerar que la medida es 'necesaria'".²¹ Ello significa que las medidas cuya contribución para asegurar el cumplimiento con la ley o reglamento en cuestión sea menor que la consecución del cumplimiento perfecto pueden, no obstante, considerarse necesarias (conforme al razonamiento del Órgano de Apelación, en un caso hipotético, análogo, en el que se adoptara un impuesto sobre productos importados para lograr el cumplimiento de una determinada ley o reglamento interno, el hecho de que se opte por pagar el impuesto, en lugar del cumplimiento estricto con la ley o reglamento en cuestión no significa que la medida no sea necesaria y que no pueda justificarse conforme al artículo XX(d)). Por consiguiente, las medidas que contribuyen a lograr el cumplimiento con la ley o reglamento en cuestión que, en la opinión de México, incluyen aquellas que son instrumentos para prevenir o corregir una violación de una ley o reglamento subyacente, pueden justificarse al amparo del artículo XX(d) del GATT de 1994.

²⁰ Excepción de Incompetencia de Estados Unidos en el caso *Tembec Inc., Tembec Investments Inc. and Tembec Industries Inc. v. United States of America*, Anexo MEX-47.

²¹ *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS169, Informe del Órgano de Apelación adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 163.

62. ¿Existe alguna disposición del TLCAN que pueda considerarse equivalente al párrafo 2 del artículo 23 del ESD en el sentido de que está prohibido que una parte formule una determinación unilateral de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado sus ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo abarcado y de que esas decisiones sólo pueden adoptarse mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos de dicho Acuerdo?

No hay una disposición análoga en el TLCAN.

De acuerdo con el artículo 2019 (Incumplimiento - suspensión de beneficios), una Parte sólo puede suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte que violó el tratado u ocasionó la anulación o menoscabo de beneficios, si, tras el informe final del panel arbitral no logran un acuerdo sobre la resolución de la controversia. Sin embargo, según se discutió en la respuesta a la pregunta 58, el mecanismo de solución de controversias previsto en el capítulo XX del TLCAN (que incluye el artículo 2019) supone que se establecerá e integrará un panel arbitral y que éste podrá desempeñar su función, que incluye la emisión de un informe final. Obviamente, si se frustra la integración del panel arbitral, se frustra por completo la operación del mecanismo de solución de controversias, incluida la operación del artículo 2019 y entonces corresponde a la Parte afectada ejercer sus demás derechos conforme al derecho internacional.

63. En su Segunda comunicación escrita y también en la segunda reunión sustantiva (párrafos 43 a 52 de la versión escrita), México ha afirmado que un grupo especial de la OMC no tiene la obligación jurídica de formular constataciones sobre las alegaciones de un Miembro reclamante, sino que más bien tiene flexibilidad para decidir si formula resoluciones o hace recomendaciones, según corresponda. ¿Opinan las partes que esa facultad discrecional, si en realidad existe, es conferida por los Acuerdos de la OMC a los grupos especiales o, más bien, al Órgano de Solución de Diferencias (o a las partes contratantes obrando colectivamente, en el caso del GATT)?

En la opinión de México, el ejercicio de la discrecionalidad corresponde en primera instancia al Grupo Especial. Conforme evolucionó el sistema del GATT 1947, las Partes Contratantes delegaron a los Grupos Especiales la facultad de examinar las reclamaciones y formular una recomendaciones. En efecto, tenían la facultad de redactar una recomendación que subsecuentemente pudiese ser considerada por las Partes Contratantes.

Un ejemplo de este proceso es el asunto de *Jamaica- Márgenes de Preferencia*, donde el Grupo Especial concluyó que los aranceles de Jamaica no eran compatibles con los compromisos que había hecho previamente Gran Bretaña en su representación; pero en esas circunstancias sugirió que lo apropiado era que las Partes Contratantes le concediera una suspensión, cuyos términos redactó el Grupo Especial (las Partes Contratantes en efecto le concedieron la suspensión).²² Ello tiene sentido porque el Grupo Especial conoce mejor las complejidades del caso y por lo tanto, está en la mejor posición de determinar qué recomendaciones son las apropiadas.

Los negociadores del ESD no modificaron el GATT de 1947 cuando establecieron la OMC y éste pasó a ser el GATT de 1994. En efecto, en el artículo 3 del ESD afirmaron su adhesión a los principios de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947. En consecuencia, México sostiene que no hay sustento para modificar el enfoque sobre las facultades de los grupos especiales para hacer recomendaciones.

²² *Jamaica - Márgenes de Preferencias*, Informe del Grupo Especial adoptado el 2 de febrero de 1971, BISD 18S/183.

64. México ha dicho a lo largo de todo el asunto que el Grupo Especial no necesitaría interpretar normas del TLCAN. Sin embargo, en una defensa al amparo del apartado d) del artículo XX, un grupo especial puede necesitar interpretar la "ley o el reglamento" subyacente para evaluar si una medida está efectivamente justificada. ¿Significaría eso, a juicio de las partes, que de hecho este Grupo Especial puede tener que interpretar normas del TLCAN?

La posición de México ha sido y es que este Grupo Especial no tiene competencia para resolver una controversia surgida en el marco del TLCAN. La disputa más amplia del TLCAN a la que México ha aludido comprende dos cuestiones centrales (entre otras): si Estados Unidos ha violado sus obligaciones contenidas en el Anexo 703.2 del TLCAN y si las contramedidas adoptadas por México se justifican en el marco de ese tratado, en vista de la negativa de Estados Unidos a someterse al mecanismo de solución de controversias del capítulo XX. México no ha pedido que el Grupo Especial las resuelva.

Sin embargo, ello no quiere decir que el Grupo Especial no pueda considerar los hechos en torno de esa disputa, por ejemplo: que existe el TLCAN; que éste prevé un régimen específico aplicable al comercio bilateral de azúcar; que existe una disputa entre México y Estados Unidos sobre ese régimen comercial (como parte de los hechos pertinentes, México se refirió a las cartas intercambiadas entre las partes en 1993 y expresó su opinión sobre su contenido y validez); que el TLCAN establece un mecanismo para resolver controversias sobre la interpretación o aplicación del tratado; que México activó ese mecanismo de solución de controversias -México solicitó la celebración de consultas conforme a las disposiciones pertinentes del tratado, y que éstas se llevaron a cabo sin que la disputa haya sido resuelta e igualmente solicitó una reunión de la Comisión de Libre Comercio, la cual se llevó a cabo pero tampoco se logró resolver la diferencia-; que México solicitó la integración de un panel arbitral y realizó todos los esfuerzos para lograrlo, pero Estados Unidos se ha negado a designar panelistas (e incluso dio instrucciones a su Sección del Secretariado de abstenerse de hacerlo); y que a la fecha la solicitud de México está vigente, pero no se ha integrado el panel arbitral y los intentos de México por encontrar una solución a través de los mecanismos institucionales se han visto frustrados por los actos y omisiones de Estados Unidos.

Todas éstas son cuestiones de hecho que el Grupo Especial puede considerar, constatar con base en las pruebas aportadas y decidir como tales (i.e. como cuestiones de hecho). En algunos casos las pruebas incluyen comunicaciones entre México y Estados Unidos (por ejemplo las comunicaciones relativas al establecimiento del panel arbitral); en otros, por ejemplo, el texto de ciertas disposiciones del TLCAN (e.g., las disposiciones pertinentes del Anexo 702.3 o del capítulo XX). México ha aportado esas pruebas con objeto de que el Grupo Especial las vea y las considere. El hecho de que el Grupo Especial no pueda resolver la disputa surgida del TLCAN no significa que no pueda leer las disposiciones pertinentes del tratado y que deba desechar o ignorar las demás pruebas ofrecidas por México.

Pudiera darse el caso que Estados Unidos disputara, por ejemplo, que el TLCAN contiene un capítulo XX que incluye un mecanismo como lo ha descrito México. Nada impediría que el Grupo Especial considere el texto del tratado para constatar que, en efecto, contiene un capítulo XX. Lo mismo podría ocurrir con una disposición específica del Anexo 702.3. Sin embargo, en este caso ni siquiera existe un desacuerdo entre México y Estados Unidos sobre los hechos fundamentales de esa disputa.

Es muy distinto que el Grupo Especial examine las pruebas para constatar, como una cuestión de hecho, que México ha afirmado que Estados Unidos ha incumplido el TLCAN, lo cual Estados Unidos niega (aunque se ha rehusado a someter el asunto a un análisis jurisdiccional independiente), a que, como una cuestión de derecho, se pronuncie sobre si la razón asiste a México porque Estados Unidos ha violado el TLCAN, o si le asiste a Estados Unidos.

Es incorrecto sugerir que un grupo especial nunca puede pronunciarse sobre un tratado internacional distinto de la OMC. En un caso hipotético pudiera estar en disputa si la ley o el reglamento en cuestión, por ejemplo, la Ley del IEPS o bien el TLCAN, no es incompatible con las disposiciones del GATT de 1994. En ese caso el Grupo Especial tendría que formularse una opinión sobre el contenido de la ley o el tratado internacional, según el caso. Ello no significa que al hacerlo estaría decidiendo una cuestión de derecho interno como si fuere una corte nacional, o resolviendo sobre la correcta interpretación del tratado como si fuera un panel arbitral del capítulo XX. Más aún, en una disputa sobre la congruencia de un tratado de libre comercio con el artículo XXIV del GATT de 1994, un grupo especial tendría que pronunciarse sobre si los términos del tratado cumplen con los requisitos para el establecimiento de una zona de libre comercio.

En el presente caso, como un elemento del ejercicio de su competencia sobre los acuerdos abarcados en general y el artículo XX(d) en particular, el Grupo Especial está facultado para revisar y considerar el capítulo general de solución de controversias del TLCAN y determinar si, como alega México y está plenamente sustentado en pruebas que obran en el expediente -que no han sido objetadas por Estados Unidos-, Estados Unidos se rehusó a someterse al mecanismo de solución de diferencias del TLCAN para resolver el agravio planteado por México. Este análisis no involucra puntos finos de derecho peculiares al tratado de libre comercio, amén que los hechos esenciales no han sido refutados tras dos rondas de comunicaciones escritas, dos de comunicaciones orales y la presentación de pruebas. La cuestión es esencialmente una de hecho a ser determinada por referencia al texto llano del capítulo XX y no involucra el tipo de pruebas que serían presentadas a un panel del TLCAN ni el tipo de interpretación que éste tendría que hacer.

El Grupo Especial tiene que tomar conocimiento de estas cuestiones puesto que son un tema central a la determinación del Grupo Especial de si el artículo XX(d) del GATT puede invocarse para justificar las medidas de México.

65. A juicio de las partes, ¿tiene alguna pertinencia respecto del presente asunto la disposición contenida en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD, por la que queda "entendido ... que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes"?

No.

Primeramente, como una cuestión de hecho, no puede estimarse que la consideración por el Grupo Especial de las medidas de México adoptadas en respuesta a las medidas de Estados Unidos vincula cuestiones distintas. Todas son parte de una controversia más amplia sobre el comercio de edulcorantes en el marco del TLCAN.

Segundo, en opinión de México la referencia a las "reclamaciones y contrarreclamaciones" en el artículo 3.10 del ESD se refiere a reclamaciones y contrarreclamaciones suscitadas, ambas, en el marco de la OMC. En el presente caso, México no ha presentado una contrarreclamación, lo cual no quiere decir que el Grupo Especial no pueda considerar las cuestiones relativas a la disputa más amplia del TLCAN. México ha sido claro sobre la competencia del Grupo Especial para considerar, por un lado, y resolver, por otro, la disputa del TLCAN (véase la respuesta a la pregunta 64).

Ahora bien, México ha señalado que un panel arbitral del capítulo XX del TLCAN es el órgano apropiado para resolver la disputa integralmente y es en este contexto que ha solicitado una recomendación particular de este Grupo Especial. Por las razones apuntadas en el primer párrafo de la respuesta a esta pregunta del Grupo Especial (pregunta 65), en la medida en que existan reclamaciones y contrarreclamaciones en el marco del TLCAN, un solo panel podría abordarlas (de manera similar a como el artículo 3.10 prevé que pueden vincularse cuestiones similares en el marco de la OMC). En efecto, el artículo 2007 del TLCAN (La Comisión - buenos oficios, conciliación y mediación) confiere una facultad específica a la Comisión de Libre Comercio (CLC)

para acumular diferentes cuestiones. El artículo 2007(6) permite a la Comisión acumular dos o más procedimientos ante ella con respecto a la misma medida. Esto ocurriría en una situación en la cual México y Canadá, por ejemplo, buscaran objetar la misma medida de Estados Unidos. El párrafo 6 entonces establece:

... La Comisión podrá acumular dos o más procedimientos referentes a otros asuntos de los que conozca conforme a este artículo, cuando considere conveniente examinarlos conjuntamente. ...

66. Se ruega a las partes que desarrollen las opiniones que tengan respecto de si el artículo 23 del ESD es pertinente a la presente diferencia.

México no considera que el artículo 23 sea relevante en este caso. Según ya se explicó, la medida de México objeto de la disputa tiene el propósito de inducir a Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones previstas en un tratado autorizado por el artículo XXIV del GATT de 1994 y en tal medida se justifica al amparo del artículo XX(d) del GATT de 1994. El artículo 23 del ESD no establece nada al respecto. Es una disposición que se refiere a cuestiones enteramente distintas: (a) la infracción de disposiciones de los acuerdos abarcados, la anulación o menoscabo de ventajas resultantes de éstos, o que se comprometa el cumplimiento de uno de los objetivos de los mismos; (b) la determinación del plazo prudencial para aplicar las recomendaciones y resoluciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación; (c) la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

67. A juicio de las partes, ¿indica la lista de temas que figura en el apartado d) del artículo XX (aplicación de las medidas aduaneras; mantenimiento en vigor de los monopolios; protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción; y prevención de prácticas que puedan inducir a error) que hay determinados tipos de leyes y reglamentos que estarían abarcados por la excepción prevista en esa disposición? ¿Pueden señalar las partes algún precedente del GATT o de la OMC que aclare esta cuestión?

Claramente la lista de materias previstas en el párrafo (d) del artículo XX es ilustrativa. La cláusula va precedida de las palabras "tales como", que significa "por ejemplo". En otras palabras, ofrece ejemplos de cierto tipos de leyes o reglamentos que podrían quedar comprendidos por la excepción del artículo XX(d). Como señaló Estados Unidos en el párrafo 81 de sus Respuestas a las Preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la Primera Reunión Sustantiva, la lista en el artículo XX(d) es ilustrativa y no exhaustiva.

México advierte que las controversias listadas en la nota al pie de página No. 64 de la Segunda Comunicación Escrita de Estados Unidos incluye casos en los que la ley o reglamento subyacente se refería a materias distintas de las listadas en el artículo XX(d).

68. A juicio de las partes, ¿codifica el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un principio del derecho internacional con arreglo al cual una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes puede facultar a la otra parte para alegar esa violación como causa para, entre otras cosas, suspender la aplicación de ese tratado total o parcialmente, pero no para suspender la aplicación de un tratado multilateral distinto?

Si bien la adopción de contramedidas conforme al derecho internacional consuetudinario y la suspensión de tratados de conformidad con el artículo 60 de la Convención de Viena presentan similitudes, se trata de figuras diferentes. La Comisión de Derecho Internacional comentó sobre las contramedidas:

4) Las contramedidas deben distinguirse claramente de la terminación o suspensión de las relaciones convencionales en razón de la violación grave de un tratado por otro Estado, como se dispone en el artículo 60 de la Convención de Viena

sobre el Derecho de los Tratados. Cuando se da por terminado un tratado o se suspende su aplicación de conformidad con el artículo 60, se verán afectadas las obligaciones jurídicas sustantivas de los Estados Partes, pero esto es completamente diferente de la cuestión de la responsabilidad que ya haya podido generar la violación. Las contramedidas suponen un comportamiento que va en derogación de una obligación convencional subsistente, pero que se justifica como respuesta necesaria y proporcionada a un hecho internacionalmente ilícito del Estado contra el que se adoptan las contramedidas. Son esencialmente de carácter temporal, se adoptan para lograr un fin concreto, y su justificación termina una vez alcanzado ese fin.²³

Por consiguiente, no es necesario que el Grupo Especial responda a esta pregunta que suscita muchas cuestiones que rebasan las cuestiones relevantes en esta controversia.

Dicho esto, puede apreciarse que hay paralelos entre la suspensión de un tratado y las contramedidas. Ambas están basadas en la conocida norma expresada en la máxima *inadimplenti non est adimplendum* y tiene sus raíces en la noción del equilibrio contractual, esto es, la necesidad de mantener el balance entre la acción requerida de una parte y la acción requerida de la otra parte de conformidad con un tratado internacional. Si una parte comete una violación grave a un tratado internacional, la otra puede suspender su operación total o parcialmente, o adoptar contramedidas, según sea el caso.

México observa que al distinguir entre tratados bilaterales y multilaterales, la Convención de Viena no contempla la cuestión jurídica, inusual que se presenta al Grupo Especial en este caso: que la obligación de la OMC que se alega fue violada es idéntica a la obligación contenida en el TLCAN, el acuerdo en el cual surgió la controversia. No se trata de obligaciones diferentes expresadas en dos tratados distintos, sino de la misma obligación contenida en idénticos términos en ambos. Por consiguiente, si se alega que México ha alterado la operación del TLCAN, puede considerarse que se trata de una cuestión que legítima y razonablemente se rige sólo por el TLCAN en cuanto concierne a la otra Parte del tratado, que es el sujeto de la suspensión o las contramedidas. En la opinión de México existe una diferencia entre una medida que se alega viola las obligaciones de la OMC que no tienen una obligación correlativa en el TLCAN, y una medida que presuntamente viola obligaciones del TLCAN que también existen en el GATT de 1994.

La pregunta del Grupo Especial reproduce el presupuesto del artículo 60 de la Convención de Viena, pero que requiere un mayor análisis porque es de suma importancia entender la relación jurídica entre el TLCAN y el Acuerdo de la OMC. La pregunta, según fue formulada, supone que una parte de un tratado puede invocar la violación grave de un tratado bilateral como motivo para, entre otras alternativas, suspender la operación del tratado en total o parcialmente, "pero *no* para suspender la operación de un tratado multilateral distinto" (énfasis en el original).

A la luz de los hechos irrefutados, México no acepta que Estados Unidos tenga derechos derivados de la OMC que sean separables de aquellos que son objeto de la controversia más amplia del TLCAN, según lo señaló en su Segunda Comunicación Escrita. Esto es, si bien otros Miembros de la OMC pueden tener derechos que pueden hacerse cumplir en el marco de la OMC, México no acepta que Estados Unidos tenga derechos adicionales a sus derechos en el marco del TLCAN. La presente disputa es una que surge en el marco del TLCAN. Por tanto, la pregunta contempla un supuesto que no es válida en este caso.

²³ Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de Julio a 10 de agosto de 2001), p. 358, disponible en <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

69. Se ruega a las partes que desarrollen sus opiniones con respecto a si las medidas impugnadas pueden considerarse una "restricción encubierta al comercio internacional" o un "medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones", de conformidad con el preámbulo del artículo XX.

La medida impugnada no puede considerarse una "restricción encubierta al comercio internacional" o un "medio de discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones", en los términos del proemio del artículo XX del GATT de 1994. Según lo discutió México en los párrafos 136 al 138 de su Primera Comunicación Escrita, las medidas en cuestión constituye una respuesta proporcional, legítima y jurídicamente justificada a actos y omisiones de Estados Unidos. Está directamente relacionada con la controversia bilateral surgida en el marco del TLCAN sobre el comercio de edulcorantes y a la negativa persistente de Estados Unidos para resolverla.

Por las mismas razones, no constituye una "discriminación arbitraria o injustificable entre los países en los cuales prevalecen las mismas condiciones". Cualquier discriminación que resulte de la aplicación de las medidas es perfectamente justificable. La medida está dirigida a un comercio que se da casi exclusivamente entre México y Estados Unidos. Conforme a cualquier estándar objetivo, México ha aplicado la medida en cuestión de forma razonable, considerando debidamente los derechos y obligaciones internacionales de ambos países.

2. Preguntas para Estados Unidos

México no responderá a las preguntas formuladas a Estados Unidos en este documento, pero se reserva el derecho de comentar en su oportunidad sobre las respuestas que Estados Unidos proporcione.

3. Preguntas para México

81. Con respecto al impuesto que México aplica a la prestación de determinados servicios (comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución, el denominado "impuesto sobre la distribución"), con motivo de la enajenación de los bienes señalados en los incisos A), B), C), G) y H) de la fracción I del artículo 2, se ruega a México que explique cuál es la naturaleza de servicios como "comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución", y respecto de cada uno de esos servicios, cómo se relacionan con determinados productos, incluidos los refrescos en cuestión (pero también con otros productos, como las bebidas alcohólicas, los cigarrillos y otros productos de tabaco).

La comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución, son figuras jurídicas de naturaleza mercantil, utilizadas por los productores o importadores de bienes para fines de intermediación en actividades como la venta de refrescos, bebidas alcohólicas, cigarros y otros productos de tabaco. Un ejemplo es la comisión mercantil, definida por el artículo 273 del Código de Comercio vigente en México, como el mandato aplicado a actos de comercio.²⁴ La base que se utiliza para el cálculo del impuesto corresponde a la contraprestación pactada por el servicio.

82. Se ruega a México que facilite la siguiente información con respecto al funcionamiento del "impuesto sobre la distribución":

- a) **El Grupo Especial observa que, de conformidad con la legislación que ha sido proporcionada, parece que el "impuesto sobre la distribución" se impone con un tipo *ad valorem* del 20 por ciento, no sobre el precio de los refrescos y jarabes,**

²⁴ Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/leyinfo>.

sino más bien sobre el valor de los servicios prestados. Se ruega a México que explique si, en la práctica, el valor de los servicios prestados estaría vinculado de alguna forma al valor de las mercancías relacionadas con esos servicios o al volumen de los productos objeto de enajenación.

- b) ¿Es diferente el valor de los servicios en los casos en que existe una exención fiscal respecto de la enajenación de productos edulcorados con azúcar de caña?**
- c) Se ruega a México que explique si, de conformidad con la legislación, la persona jurídicamente obligada a pagar el impuesto es el proveedor del servicio. En caso de que sea así, se ruega a México que aclare qué efecto, en su caso, tendría en la práctica el hecho de que los productores parecen retener el impuesto y pagarlo directamente a las autoridades fiscales.**

A. La distribución de los bienes que son objeto de la Ley del IEPS no está gravada con el impuesto, a menos que se trate de servicios de intermediación mercantil que involucran la participación de terceras partes a través de las cuales se lleva a cabo la enajenación. Si los fabricantes, productores, envasadores o importadores no contratan por separado la enajenación o distribución de los bienes con terceras partes, no están obligados al pago del IEPS por los servicios de intermediación mercantil.

El IEPS se calcula sobre el valor del servicio prestado (i.e. sobre la contraprestación acordada), que las partes determinan libremente.

B. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2, fracción II, inciso A) de la Ley del IEPS, si no se está obligado al pago del impuesto por las enajenaciones de bienes, tampoco se está obligado a pagar el impuesto por servicios de comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución.

En el caso concreto, como la enajenación de productos edulcorados con azúcar de caña no causa el IEPS, tampoco lo causan los servicios de intermediación mercantil de tales productos.

El valor de los servicios lo determinan las partes contractualmente.

C. De conformidad con los artículos 1, fracción II y 2, fracción II, inciso A de la Ley del IEPS, son sujetos del impuesto, las personas físicas y morales que presten los servicios de comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución con motivo de la enajenación de bebidas con contenido alcohólico y cerveza, alcohol, alcohol desnaturalizado, mieles incristalizables, tabacos labrados, refrescos y sus concentrados.

No obstante que las personas mencionadas en el párrafo anterior son los sujetos del impuesto, no son ellas quienes lo enteran, es decir, quienes efectúan directamente el pago, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5-A de la citada ley, los fabricantes, productores, envasadores o importadores que a través de comisionistas, mediadores, agentes, representantes, corredores, consignatarios o distribuidores enajenen los bienes en cuestión están obligados a retener el impuesto que se causa por los servicios prestados y a enterarlo ante las oficinas autorizadas.

La figura de la retención es una medida de control fiscal que se utiliza para lograr una mayor eficiencia en el ejercicio de las facultades de la administración tributaria, toda vez que la obligación de entero de la contribución se concentra en un número más reducido y mejor

identificado de contribuyentes, como es el caso de los fabricantes, productores, envasadores o importadores.

83. En su Primera comunicación escrita, y también durante la segunda reunión sustantiva (párrafo 18 de la versión escrita), México dijo que "[e]l propósito de la[s] medida[s] [fiscales] no fue proteger a la producción nacional de acuerdo con el significado que los términos tienen en el artículo III del GATT de 1994". Se ruega a México que explique esta afirmación. En opinión de México, ¿guarda relación el propósito de una medida con la expresión que figura en el párrafo 1 del artículo III, de que las medidas no deberían aplicarse "de manera que se proteja la producción nacional"?

México reconoce que en el curso ordinario de la solución de diferencias en el marco de la OMC al aplicar el artículo III no se considera la intención del Miembro en cuestión. Sin embargo, el laudo en el arbitraje relativo al Acuerdo sobre Servicios Aéreos deja claro que, cuando los Estados estiman necesario tomar acciones para proteger sus intereses en el contexto de ciertas controversias internacionales, actúan con una intencionalidad. En las circunstancias inusuales de este caso, en las cuales México ha tomado acciones para proteger sus intereses jurídicos, legítimos en el marco de otro tratado internacional, en el que se ha suscitado una controversia peculiar. En consecuencia, en opinión de México el Grupo Especial debe considerar la intención de la medida.

Estados Unidos presentó esta controversia como una en la que México había actuado con un interés puramente proteccionista, para ofrecer a su industria una ventaja indebida frente a la competencia de la fructosa. Es incorrecto.

Dada la relación que guardan el azúcar y la fructosa en el mercado, las restricciones de Estados Unidos al acceso del azúcar mexicano a su mercado ocasionaron un serio desequilibrio en el mercado mexicano. Mientras que la fructosa de Estados Unidos y la producida en México a partir de maíz de Estados Unidos desplazaban azúcar en el mercado mexicano, los excedentes de azúcar generados no encontraron una salida al mercado estadounidense por las restricciones adoptadas por Estados Unidos. Cualquiera de las alternativas -exportar al mercado internacional donde los precios son mucho más bajos o vender el exceso de oferta en el mercado doméstico que hubiera desplomado el precio interno- era sumamente gravosa. Las medidas adoptadas por el gobierno mexicano para aliviar la situación de la industria no fueron suficientes. Muchos ingenios enfrentaron una severa crisis de liquidez, que puso en riesgo a todo el sector, un sector política, social y económicamente sensible, puesto que de él depende la subsistencia de un número muy importante de personas de menores recursos.

México intentó resolver la situación por todas las vías. Agotó todos los recursos, sin éxito. Ante la negativa persistente de Estados Unidos de someterse al mecanismo institucional para resolver la controversia, México adoptó medidas para reestablecer el equilibrio. En marcado contraste con las restricciones adoptadas por Estados Unidos a la importación de azúcar mexicano, México no buscó alterar un equilibrio negociado para beneficiar a sus productores, sino que se vio orillado a restablecer un equilibrio que Estados Unidos alteró. De no haber roto Estados Unidos el equilibrio establecido en el TLCAN, México no se habría visto en la necesidad de adoptar el impuesto en cuestión.

84. Durante la segunda reunión sustantiva, México hizo referencia a disposiciones concretas de los Acuerdos abarcados de la OMC que utilizan expresiones como "leyes", "reglamentos" y "derecho internacional" en formas diferentes. Se ruega a México que identifique de forma más precisa esas disposiciones concretas.

En la Segunda Sesión Sustantiva, México señaló que el artículo XX (d) del GATT no es el único caso donde se hace referencia a leyes, reglamentos u otro tipo de medidas sin calificarlos de nacionales. En los acuerdos hay numerosas referencias a distintos tipos de medidas. En algunos casos, se precisa que se trata de medidas nacionales, mediante el uso de expresiones como "sus leyes

o reglamentos" (por referencia a las medidas de un Miembro), "legislación interna", "legislación de un Miembro" o de "un país no Miembro", etc. Cuando se quiso hacer referencia al derecho internacional por exclusión del derecho interno, también se utilizó un término inequívoco. En otros casos, no se hizo una distinción expresa. El Anexo MEX-55 contiene una lista ilustrativa del uso de tales términos en uno y otro caso.

En opinión de México, cuando los negociadores pretendieron limitar tales términos a medidas internas, lo hicieron expresamente. El Grupo Especial debe tener cuidado de no restringir indebidamente los términos del artículo XX(d) por las implicaciones que pudiera tener respecto de otras disposiciones de los acuerdos abarcado donde los negociadores no hicieron expresamente la distinción.

85. En el párrafo 70 de su Segunda comunicación escrita, México observó que "el derecho internacional no es menos derecho que el derecho interno" y añadió que el TLCAN tiene efecto en el ordenamiento jurídico interno de sus signatarios. Se ruega a México que explique esa afirmación. ¿Quiere decir México que el TLCAN forma parte del derecho interno mexicano? y ¿cómo sostendría México esa afirmación haciendo referencia a su legislación?

Véase la respuesta a la pregunta 59.

Por el sistema constitucional de recepción del derecho internacional por el derecho mexicano, en México, los tratados internacionales, incluido el TLCAN, son ley interna sin que requieran un acto ulterior de implementación. De tal forma, tienen efectos directos e inmediatos en el sistema jurídico interno.

86. Se ruega a México que explique por qué considera que sus medidas "habían contribuido en gran medida al fin que México persigue, esto es, asegurar el cumplimiento por los Estados Unidos del TLCAN" (párrafo 83 de su Segunda comunicación escrita).

Ni la solicitud formal para el establecimiento de un panel, ni la cooperación internacional, ni cualquier tipo de gestiones que México ha realizado durante más de 6 años ha inducido a Estados Unidos a resolver la disputa. México advirtió un incremento sustancial en las expresiones de preocupación de Estados Unidos después de que finalmente adoptó medidas para reequilibrar su mercado. Obviamente, la industria de la fructosa de Estados Unidos y algunos otros sectores están preocupados por las medidas y se lo han comunicado a las autoridades de Estados Unidos. Este procedimiento es una prueba de la seriedad con la que Estados Unidos ha visto la medida de México. Estados Unidos confía en que este Grupo Especial resuelva que la medida de México es incompatible con el GATT de 1994, y espera que entonces México pierda el apalancamiento que ha obtenido.

México considera firmemente que si el Grupo Especial no recompensa a Estados Unidos por su conducta, incluida la discriminación de foros, y determina que las medidas de México se justifican conforme al artículo XX del GATT de 1994, las circunstancias finalmente madurarán de modo que permitan hallar una resolución mutuamente satisfactoria de la diferencia.

87. En su Segunda comunicación escrita (párrafo 14), y también durante la segunda reunión sustantiva (párrafo 37 de la versión escrita), México ha hecho referencia a "un principio general del derecho internacional" por el que "[u]na parte no puede hacer valer el hecho de que la otra parte no haya cumplido alguna obligación, o no haya recurrido a algún medio de reparación, si la primera, mediante algún acto ilegal, ha impedido a la segunda cumplir la obligación en cuestión o recurrir al tribunal ante el que habría podido comparecer". ¿Podría aclarar México cual es el "acto ilegal" que, según alega, están cometiendo los Estados Unidos a este respecto?

Véase la respuesta a la pregunta 58.

Hay dos violaciones al TLCAN: Primero, la negativa de permitir el acceso acordado en el TLCAN al azúcar mexicano. Segundo y más grave, la negativa persistente de someterse al mecanismo de solución de controversias, lo cual ha impedido a México encontrar una solución al primer agravio. Es una afrenta que Estados Unidos reclame que México determinó unilateralmente que Estados Unidos violó el TLCAN, es decir, sin obtener la resolución de un panel arbitral, cuando Estados Unidos ha impedido el recurso que México tenía disponible conforme al capítulo XX del TLCAN.

88. Durante la segunda reunión sustantiva (párrafo 20 de su declaración final), México recordó el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que establece que "[c]uando un grupo especial ... llegue[] a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendará[] que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese Acuerdo". No obstante, México argumentó que esa disposición no impide a un grupo especial emitir otras resoluciones o recomendaciones. Se ruega a México que aclare si está argumentando que un grupo especial puede adoptar estas otras resoluciones o recomendaciones además de recomendar que un Miembro ponga sus medidas en conformidad o en lugar de recomendar que un Miembro ponga sus medidas en conformidad.

Véase la respuesta a la pregunta 63.

Si el Grupo Especial determina que la medida en cuestión es incompatible con el GATT de 1994, debe recomendar que México ponga la medida en conformidad con ese acuerdo; pero nada impide que haga otras recomendaciones en términos del artículo XXIII del GATT de 1994.

89. En su Primera comunicación, México sostuvo "que el único curso de acción justo y apropiado [en el presente asunto] sería que ambas partes convengan en someter sus respectivas diferencias a un panel arbitral establecido conforme al capítulo XX del TLCAN, porque éste es el único foro en el que la disputa -las reclamaciones de ambas partes- puede ser considerada integralmente a la luz de todos sus derechos y obligaciones" (párrafo 12). México recordará que, en su pregunta 5, el Grupo Especial pidió a las partes que explicasen "cómo se abordarían íntegramente en el sistema del TLCAN todas las cuestiones que, según considera México, afectan al comercio bilateral de edulcorantes entre México y los Estados Unidos". En su respuesta a esa pregunta, México afirmó que consentiría "en someter la disputa integral, incluidas las reclamaciones de Estados Unidos conforme al artículo III del GATT de 1994 (y 301 del TLCAN), al panel arbitral que llegare a establecerse conforme al capítulo XX del TLCAN". Se ruega a México que aclare si, con arreglo a las normas del TLCAN, un panel arbitral establecido de conformidad con el capítulo XX del TLCAN podría abordar íntegramente tanto la alegación de los Estados Unidos contra las medidas fiscales impuestas por México, como la reclamación mexicana acerca de los compromisos asumidos por los Estados Unidos respecto al acceso del azúcar a su mercado en el marco del TLCAN. ¿Significa esto que un panel establecido de conformidad con el TLCAN puede acumular en un solo asunto reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a distintas cuestiones?

Véase la respuesta a la pregunta 65.

90. Se ruega a México que facilite información sobre las medidas que pueda haber tenido en vigor durante los últimos cinco años (como aranceles, restricciones cuantitativas, preferencias comerciales, subvenciones, medidas antidumping, medidas compensatorias, medidas sanitarias o fitosanitarias) que han afectado a la importación o a las ventas en el mercado interno de los productos que resultan pertinentes para el presente asunto (refrescos; bebidas hidratantes o rehidratantes; concentrados, polvos, jarabes, esencias o extractos de sabores, que al diluirse permitan obtener refrescos y bebidas hidratantes o rehidratantes; y jarabes o concentrados para preparar refrescos que se expendan en envases abiertos utilizando aparatos automáticos,

eléctricos o mecánicos, azúcar de caña, azúcar de remolacha y jarabe de maíz con alta concentración de fructosa, JMAF.

En los últimos cinco años México ha adoptado las siguientes medidas:

- el *Decreto por el que se modifican diversos aranceles de la tarifa de la ley del Impuesto General de Importación* publicado el 11 de octubre de 2001, que estableció el arancel de nación más favorecida aplicable a la fructosa;
- el *Decreto por el que se establece la Tasa Aplicable para el 2002 del Impuesto general de Importación para las Mercancías Originarias de América del Norte, la Comunidad Europea, los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, el Estado de Israel, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Bolivia, Chile y la República Oriental del Uruguay*, publicado el 31 de diciembre de 2001, que estableció un arancel cupo para la importación de fructosa al amparo del TLCAN;
- el *Acuerdo por el que se establece un cupo de importación para la fructosa de los Estados Unidos de América* publicado el 22 de abril de 2002 en el Diario Oficial de la Federación, que estableció el cupo de importación para la zafra 2001-2002;
- la *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios* (la medida objeto de esta disputa); y
- la *Resolución por la que se da cumplimiento a la decisión del panel binacional del 15 de abril de 2002, encargado de la impugnación al informe de devolución de la autoridad investigadora del 23 de noviembre de 2001, del caso MEX-USA-98-1904-01, revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, mercancía clasificada en las fracciones arancelarias 1702.40.99 y 1702.60.01 de la Tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación, originarias de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia, emitida por la ahora Secretaría de Economía, y publicada el 23 de enero de 1998, publicada el 13 de mayo de 2002, que revocó la resolución adoptada en enero de 1998 mediante la cual se impuso cuotas compensatorias a la importación en México de fructosa de Estados Unidos.*

Si bien México en los últimos cinco años ha adoptado medidas que han afectado a la importación y venta en el mercado interno de los productos que son relevantes para el presente caso, únicamente dos de estas medidas se han adoptado en respuesta a la negativa de Estados Unidos de dar cumplimiento a las condiciones de acceso para el azúcar mexicano en los términos establecidos en el Anexo 703.2 del TLCAN.

91. En respuesta a las preguntas 42 y 43 formuladas a las partes por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva, México informó al Grupo Especial de que trataría de facilitar más información. ¿Ha podido México obtener esta información adicional?

El gobierno no dispone de la información como la solicitó el Grupo Especial.

ANEXO C-4

RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL DESPUÉS DE LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

(15 de marzo de 2005)

A AMBAS PARTES

52. El Grupo Especial recuerda que, en su respuesta a las preguntas 45 y 50 del Grupo Especial, México afirmó que "a partir del 1° de enero de 2005, estarán exentas del pago del IEPS, las importaciones de refrescos, jarabes o concentrados para preparar refrescos, siempre que éstos utilicen como edulcorante únicamente azúcar de caña". Se ruega a las Partes que faciliten más información a este respecto. El Grupo Especial observa además que, en su comunicación de réplica, los Estados Unidos han afirmado que "[l]a enmienda del 1° de enero de 2005 al impuesto sobre los refrescos elaborados con JMAF no está comprendida en el mandato del Grupo Especial". ¿Desean las Partes formular otras observaciones sobre esta cuestión? Se ruega a las Partes que expliquen cómo funciona la nueva enmienda y de qué forma ha modificado las disposiciones anteriores pertinentes de la Ley.

Las medidas comprendidas en el mandato de un grupo especial son las identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹ En la solicitud formulada por los Estados Unidos a ese respecto en relación con esta diferencia no se identifica la enmienda del 1° de enero de 2005, principalmente porque ésta se publicó el 3 de diciembre de 2004, casi seis meses después del 10 de junio de 2004, fecha de la solicitud de establecimiento de un grupo especial.² Por lo tanto, dicha enmienda no está comprendida en el mandato de este Grupo Especial, y éste, en consecuencia, debería abstenerse de formular conclusiones sobre la misma.

Además, el Grupo Especial no debería considerar la enmienda del 1° de enero de 2005 al formular conclusiones sobre el IEPS tal como existía en la fecha de la solicitud de los Estados Unidos de establecimiento de un grupo especial. Primero, los Estados Unidos han establecido una presunción *prima facie* de que las medidas fiscales de México (tal como existían en la fecha de la solicitud de los Estados Unidos de establecimiento de un grupo especial) son incompatibles con las obligaciones que corresponden a México en virtud del artículo III del GATT de 1994. México no ha refutado ese argumento y, de hecho, ha declarado que no cuestiona la afirmación de que sus medidas fiscales infringen el artículo III.

Segundo, aunque la enmienda del 1° de enero de 2005 queda fuera del mandato del Grupo Especial, los Estados Unidos desean señalar que en realidad no parece eliminar la discriminación que imponen las medidas fiscales de México a los refrescos y jarabes importados de los Estados Unidos. Como más abajo se señala, la enmienda de que se trata parece limitarse simplemente a modificar el IEPS para sustituir una forma de discriminación contra las importaciones por otra.³

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/AB/R, párrafo 284; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002, párrafo 124.

² WT/DS308/4.

³ A este respecto el Grupo Especial debería concluir que el IEPS es incompatible con el artículo III del GATT, aunque hubiera de evaluar el IEPS con inclusión de la enmienda del 1° de enero de 2005.

Tercero, se plantea la preocupación expresada por el Órgano de Apelación en *Chile - Bandas de precios*, sobre un "contenido variable". En ese informe⁴, el Órgano de Apelación señaló que no debía tolerarse "la práctica de modificar las medidas durante el procedimiento de solución de diferencias cuando dichas modificaciones tienen por objeto proteger una medida del escrutinio de un grupo especial o del Órgano de Apelación" y que "en términos generales, la exigencia de las debidas garantías procesales es tal que una parte reclamante no debería tener que ajustar sus alegaciones en el curso del procedimiento de solución de diferencias para hacer frente al 'contenido variable' de una medida en litigio".⁵ Los Estados Unidos comparten la preocupación del Órgano de Apelación en el sentido de que éste no debería tener que modificar sus argumentos en esta diferencia para tener en cuenta una enmienda de las medidas fiscales de México publicada casi seis meses después de su solicitud de establecimiento de un grupo especial y notificada al Grupo Especial sólo después de su primera reunión con las partes; de hecho el ESD no le exige que lo haga.⁶

Con respecto al funcionamiento de la enmienda del 1º de enero de 2005, ella modifica el artículo 13 de la LIEPS agregando los refrescos y jarabes (productos identificados en los incisos g) y h) del artículo 2 de la LIEPS) edulcorados únicamente con azúcar de caña a la lista de importaciones exentas del IEPS. En el reducido período de que dispusieron los Estados Unidos para interpretar la enmienda, llegaron a la conclusión de que ésta parece limitarse a la aplicación del IEPS a importaciones de refrescos y jarabes, sin que se vea afectado el IEPS tal como se aplica a la enajenación o distribución en el mercado interno de los refrescos y jarabes importados endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña. La enmienda tampoco parece influir sobre la manera en que el IEPS discrimina contra edulcorantes importados distintos del azúcar de caña utilizados para producir refrescos y jarabes en México.

⁴ En *Chile - Bandas de precios*, si bien el Órgano de Apelación confirmó la decisión del Grupo Especial de formular conclusiones sobre la medida incluidas las enmiendas introducidas en la misma después del establecimiento del Grupo Especial, el Órgano de Apelación lo hizo después de concluir que la medida modificada "no [transformó] el sistema de bandas de precios en una medida *diferente* del sistema de bandas de precios que estaba vigente antes de que se introdujera esa Modificación". Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafo 137. Como ya se señaló, el mandato del Grupo Especial en esta diferencia no comprende la modificación de la LIEPS del 1º de enero de 2005.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafo 144.

⁶ Confrontados con situaciones similares, grupos especiales anteriores han formulado constataciones con respecto a medidas comprendidas en sus mandatos que fueron enmendadas o suprimidas (o se aduce que lo fueron) después de la fecha de solicitud de establecimiento del grupo especial. Véase informe del Grupo Especial, *Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado*, WT/DS276/R, adoptado el 30 de agosto de 2004, modificado por el Informe del Órgano de Apelación, WT/DS276/AB/R, párrafo 6.259 (en que se señala que los términos sustantivos de las medidas enmendadas y no enmendadas eran esencialmente idénticos, y que una resolución sobre la medida no enmendada contribuiría a la solución de la diferencia); informe del Grupo Especial, *Chile - Sistemas de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas* ("*Chile - Sistema de bandas de precios*"), WT/DS207/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, en su forma modificada por el Órgano de Apelación, párrafos 7.124 y 7.125 (en que se formulan constataciones sobre una medida de salvaguardia preliminar que había expirado y se toma nota del argumento de la parte reclamante de que había sufrido anulación o menoscabo de sus ventajas como consecuencia de dicha medida); informe del Grupo Especial, *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 14.9 (en que se formulan constataciones con respecto a una medida que según Indonesia se había dado por terminada). Los Grupos Especiales de *Canadá - Trigo* y de *Indonesia - Automóviles* mencionan varias diferencias en que se formularon conclusiones sobre medidas supuestamente extinguidas o enmendadas. Informe del Grupo Especial, *Canadá - Trigo*, párrafo 6.259, nota 334; informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.9, nota 642.

En cuanto a las importaciones, la enmienda del 1º de enero de 2005 parece modificar la LIEPS en forma de eximir del impuesto a las importaciones de refrescos y jarabes edulcorados únicamente con azúcar de caña, en tanto que antes de la enmienda, la LIEPS aplicaba el impuesto a todos los refrescos y jarabes con independencia del tipo de edulcorante utilizado. Por lo tanto, la enmienda del 1º de enero de 2005 parece extender la misma exención acordada a la enajenación en el mercado interno de los refrescos y jarabes edulcorados únicamente con azúcar de caña a la importación de refrescos y jarabes edulcorados únicamente con azúcar de caña. A este respecto, la enmienda parece seguir discriminando contra importaciones de productos similares, o directamente competidores o sustitutivos, provenientes de los Estados Unidos.⁷

53. En su respuesta a la pregunta 46 del Grupo Especial, México afirmó que el "impuesto sobre los refrescos", tal como se había aplicado antes de diciembre de 2004, no discriminaba en función del origen del producto. ¿Quiere decir México que, en el marco de las medidas en cuestión, las enajenaciones en el mercado interno de refrescos importados están exentas del "impuesto sobre los refrescos" siempre que esos refrescos estén edulcorados con azúcar de caña, aunque no se establece ninguna exención para los mismos productos importados en el momento de la importación? Dicho de otro modo, ¿es correcto interpretar que el "impuesto sobre los refrescos" funciona de forma diferente según los dos momentos específicos en que se aplica el impuesto, es decir, en el momento de la importación y en el momento en que se efectúa cualquier enajenación en el mercado interno? Se ruega a los Estados Unidos que también formulen observaciones.

Aunque según su tenor literal la LIEPS exige a la enajenación en el mercado interno de los refrescos y jarabes edulcorados únicamente con azúcar de caña, y no distingue, a ese respecto, entre refrescos y jarabes importados y de producción nacional, tal como lo explicaron los Estados Unidos, al establecer una exención para la enajenación en el mercado interno de los refrescos y jarabes edulcorados únicamente con azúcar de caña, discrimina *de facto* contra las importaciones provenientes de los Estados Unidos endulzadas con edulcorantes distintos del azúcar de caña. En la respuesta de México a la pregunta 46 simplemente se pasa por alto esta discriminación *de facto*.

Asiste razón al Grupo Especial al señalar que la LIEPS funciona de forma diferente según los dos momentos específicos en que se aplica el impuesto. Con respecto a la aplicación en el momento de la importación, el IEPS se aplica a todos los refrescos y jarabes, incluidos los edulcorados únicamente con azúcar de caña. En cambio cuando se aplica a las enajenaciones en el mercado interno se distingue entre el tipo de edulcorante utilizado: están exentas del impuesto las enajenaciones en el mercado interno de refrescos y jarabes edulcorados únicamente con azúcar de caña.

54. ¿Consideran las Partes que los denominados "requisitos de contabilidad" constituyen una medida distinta del "impuesto sobre los refrescos" y del "impuesto sobre la distribución", o constituyen más bien una medida accesoria a los dos últimos? En caso de que se trate de una medida accesoria, ¿tendría ese hecho alguna consecuencia en la forma en que el Grupo Especial debería analizar esos "requisitos de contabilidad"?

Los requisitos de contabilidad y de presentación de informes están claramente relacionados con los impuestos sobre los refrescos y jarabes elaborados con JMAF y sobre la distribución, pero imponen requisitos independientes y deben tratarse como medidas independientes. El cumplimiento

⁷ La exención referente a enajenaciones en el mercado interno se especifica en el artículo 8 de la LIEPS, en tanto que la enmienda del 1º de enero de 2005 agrega la exención correspondiente a importaciones de refrescos y jarabes edulcorados únicamente con azúcar de caña a la lista de importaciones ya exentas según el artículo 13 de la LIEPS. Véase *Se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones de la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios*, Diario Oficial (1º de diciembre de 2004).

de las obligaciones que corresponden a México en virtud del artículo III requiere la eliminación no sólo de la tributación no similar que aplica a los edulcorantes distintos del azúcar de caña, como el JMAF, sino también de los requisitos que ponen en desventaja la utilización de edulcorantes importados distintos del azúcar de caña. Tal como lo explicaron los Estados Unidos en anteriores comunicaciones, los requisitos de contabilidad y de presentación de informes impuestos por la LIEPS ponen en desventaja la utilización de edulcorantes distintos del azúcar de caña importados, porque se exige a los productores de refrescos y jarabes que utilizan edulcorantes distintos del azúcar de caña el cumplimiento de determinados requisitos de contabilidad y de presentación de informes, incluida la obligación de declarar al Gobierno mexicano sus 50 principales clientes y proveedores, requisitos que no se imponen a los productores de refrescos y jarabes que utilizan azúcar de caña edulcorante nacional similar. Si México modificara sus medidas fiscales en forma de eliminar la tributación no similar, pero siguiera imponiendo requisitos de contabilidad y de presentación de informes, no habría eliminado la desventaja impuesta al uso de edulcorantes importados distintos del azúcar de caña. En consecuencia, el IEPS seguiría sometiendo a los edulcorantes importados a un trato menos favorable que el aplicado a los edulcorantes nacionales similares, en infracción de las obligaciones que corresponden a México en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

Tal como lo recordaron los Estados Unidos en sus respuestas a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de su primera reunión, en *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación subrayó que los grupos especiales "tienen que abordar las alegaciones respecto de las que es necesaria una constatación para que el OSD pueda formular recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas como para permitir el pronto cumplimiento por el Miembro de que se trate de esas recomendaciones y resoluciones con miras a asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros".⁸ En esta diferencia, para que el OSD pudiera hacer recomendaciones y pronunciar resoluciones suficientemente precisas habría que formular constataciones referentes a cada uno de los mecanismos a través de los cuales México discrimina contra las importaciones de edulcorantes distintos del azúcar de caña (incluidos el JMAF y el azúcar de remolacha) y las importaciones de refrescos y jarabes.

55. El Grupo Especial recuerda que, en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial, los Estados Unidos afirmaron que "[e]l IEPS en cuanto impuesto sobre el JMAF puede examinarse adecuadamente en el marco tanto del párrafo 2 como del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994". En la segunda reunión sustantiva (párrafo 53 de la versión escrita), México manifestó sus dudas con respecto a que, como una cuestión del derecho de la OMC, una misma medida pueda violar tanto el párrafo 2 como el párrafo 4 del artículo III. ¿Desean las Partes formular otras observaciones sobre esta cuestión? Se ruega a las Partes que aclaren si, en caso de que en un asunto determinado se plantearan alegaciones simultáneas contra la misma medida con arreglo tanto al párrafo 2 como al párrafo 4 del artículo III, el Grupo Especial debería abordar esas alegaciones siguiendo un orden determinado?

Acerca de si el IEPS, como impuesto sobre los JMAF (impuestos sobre los refrescos elaborados con JMAF y sobre la distribución) puede examinarse en forma apropiada a la luz de los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT de 1994, los Estados Unidos discrepan del análisis formulado por México en el párrafo 53 de su declaración inicial en la segunda reunión del Grupo Especial. Los impuestos sobre los refrescos elaborados con JMAF y sobre la distribución pueden analizarse adecuadamente a la luz de los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT.

⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, párrafo 2; informe del Órgano de Apelación, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 223.

Tal como en él se establece, el párrafo 2 del artículo III se aplica a todo tipo de "impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase" que sean "aplicados, directa o indirectamente, a ... productos". Tal como lo señaló el Grupo Especial del GATT en *Superfund*, los impuestos al consumo están sujetos al párrafo 2 del artículo III.⁹

No obstante, un impuesto sujeto al párrafo 2 del artículo III puede surgir también de una ley que afecte a los productos importados comprendidos en el ámbito del párrafo 4 del artículo III. El párrafo 4 del artículo III hace referencia a "cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso" de productos importados. La utilización, en el párrafo 4 del artículo III, del vocablo "cualquier" indica que cualquier ley, incluidas las leyes que imponen tributos a productos, puede estar comprendida en el ámbito del párrafo 4 del artículo III, siempre que la ley afecte "a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso ... en el mercado interior" de productos importados. Las expresiones "ley, reglamento o prescripción que afecte" contenidas en el párrafo 4 del artículo III son también términos de carácter general que se caracterizan por la amplitud de su significado.¹⁰ Una disposición tributaria que influya sobre la posibilidad de que el contribuyente opte entre adquirir insumos importados similares o insumos nacionales es una medida que "afecta" al uso en el mercado interior de productos importados, en el sentido del párrafo 4 del artículo III.¹¹

Tanto el impuesto sobre los refrescos elaborados con JMAF como el impuesto sobre la distribución son impuestos "aplicados, directa o indirectamente a ... productos", así como "leyes ... que afectan [al] uso ... en el mercado interior" de productos importados. Por una parte, ambos son impuestos que gravan "directa o indirectamente" a los edulcorantes distintos del azúcar de caña. El hecho de que se perciban sobre la enajenación y distribución de un producto de elaboración más avanzada (refrescos y jarabes) no modifica el hecho de que se aplican al JMAF. Los Estados Unidos ya han demostrado que las medidas fiscales de México sobre los refrescos y jarabes dan lugar a un impuesto prohibitivo sobre el JMAF¹² y México ha declarado que sus medidas fiscales están dirigidas

⁹ *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, IBDD 34S/157, 178, párrafo 5.1.1. Otros ejemplos de impuestos al consumo evaluados conforme al párrafo 2 del artículo III incluyen varios impuestos federales y estatales sobre la cerveza y el vino aplicados en los Estados Unidos, en *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta* (IBDD 39S/242); impuestos al consumo aplicables a los cigarrillos, en *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos* (IBDD 37S/222) y en *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS302/R, párrafos 7.317 y siguientes; un impuesto al consumo aplicable a los automóviles, en *Indonesia - Automóviles*, WT/DS54/R, párrafos 14.104 a 14.114; impuestos al consumo aplicables a determinadas publicaciones en *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, WT/DS31/AB/R, páginas 23 a 28; e impuestos al consumo aplicables a los aguardientes destilados, en *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* (WT/DS8/AB/R), *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas* (WT/DS75/AB/R) y *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas* (WT/DS87/AB/R).

¹⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS108/AB/RW, párrafo 8.144 (en que se cita *CE - Bananos*, WT/DS27/AB/R, párrafo 220; *Canadá - Automóviles*, WT/DS139/R, párrafo 10.80; y *Maquinaria agrícola de fabricación italiana*, IBDD S7/64, párrafo 12); Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, párrafo 210.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, párrafos 212 a 213.

¹² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 45.

a las importaciones de JMAF provenientes de los Estados Unidos.¹³ La estructura de las medidas fiscales de México no difiere de las "cargas interiores" consideradas por un Grupo Especial del GATT en *CEE - Piezas y componentes*, que recaían sobre determinados productos montados dentro de la CEE, si esos productos incluían una excesiva proporción de piezas y componentes importados. El Grupo Especial analizó las cargas conforme al párrafo 2 del artículo III del GATT y concluyó que la carga interior aplicable a los productos terminados sometía a las piezas y componentes importados a una carga interior superior a la aplicada a los productos similares nacionales, en infracción del párrafo 2 del artículo III.¹⁴

Por otra parte, los impuestos sobre los refrescos elaborados con JMAF y sobre la distribución son medidas "que afectan" al uso de JMAF importado. En virtud de su aplicación a los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF, pero no a los refrescos y jarabes edulcorados con azúcar de caña mexicano, los impuestos de que se trata crean efectivamente un incentivo para que los envasadores dejen de usar JMAF y pasen a usar azúcar de caña de producción nacional. Dichos impuestos están comprendidos, por lo tanto, en el párrafo 4 del artículo III.

Si hay una superposición respecto de los párrafos 2 y 4 del artículo III en esta diferencia ello se debe a las medidas fiscales concretas que México ha decidido aplicar para discriminar contra el JMAF. De hecho, un impuesto indirecto discriminatorio respecto de determinado producto, que además penalice a los usuarios de dicho producto por utilizar insumos importados, quedaría comprendido en ambas disposiciones.

Con respecto al orden en que deben analizarse las alegaciones de los Estados Unidos, en sus dos primeras comunicaciones escritas los Estados Unidos creyeron útil analizar la compatibilidad de los impuestos sobre los refrescos elaborados con JMAF y sobre la distribución con respecto a los edulcorantes, primero, en el marco del párrafo 2 del artículo III, y segundo, en el marco del párrafo 4 del mismo artículo. El Grupo Especial podría utilizar el mismo orden de análisis.

Con respecto a los requisitos de contabilidad y de presentación de informes de la LIEPS, la impugnación formulada por los Estados Unidos se refiere exclusivamente al párrafo 4 del artículo III.

56. ¿Funciona el denominado "impuesto sobre la distribución" de forma independiente o depende del funcionamiento del "impuesto sobre los refrescos"? ¿Depende su existencia del "impuesto sobre los refrescos"? ¿Está vinculado de algún otro modo al denominado "impuesto sobre los refrescos"?

El impuesto sobre la distribución (es decir el impuesto del 20 por ciento aplicado a la distribución, representación, correduría, agencia y consignación de refrescos y jarabes endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña) funciona por sí solo, y discrimina contra los edulcorantes importados y los refrescos y jarabes elaborados con edulcorantes importados independientemente del impuesto sobre los refrescos elaborados con JMAF (es decir del impuesto del 20 por ciento aplicado a la importación de refrescos y jarabes y a las enajenaciones en el mercado interior de los refrescos y jarabes elaborados con edulcorantes distintos del azúcar de caña). Tal como se indica en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos¹⁵, el IEPS grava tres tipos de actividades: la importación,

¹³ Segunda comunicación escrita de México, párrafos 3 y 81.

¹⁴ Informe del Grupo Especial del GATT, *CEE - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes*, IBDD 37S/213, adoptado el 16 de mayo de 1990, párrafo 5.9. La carga interior objeto de la diferencia constituía un denominado "derecho antielusión", que a juicio del Grupo Especial constituía una "carga interior" en el sentido del párrafo 2 del artículo III, más que un "derecho de aduana" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo II. *Ibid*, párrafos 5.8 y 5.9.

¹⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 37 a 39.

la enajenación en el mercado interior y la distribución (así como la representación, correduría, agencia y consignación) de los refrescos y jarabes elaborados con edulcorantes distintos del azúcar de caña).¹⁶ El hecho de gravar cualquiera de esas actividades da lugar a un trato discriminatorio para los edulcorantes distintos del azúcar de caña y los refrescos y jarabes elaborados con esos edulcorantes, y no depende de que también esté gravada la importación, la enajenación en el mercado interior o la distribución de edulcorantes distintos del azúcar de caña y de los refrescos y jarabes elaborados con esos edulcorantes. Así, por ejemplo, si México modificara el IEPS en forma de eliminar el impuesto del 20 por ciento sobre las enajenaciones en el mercado interior de los refrescos y jarabes elaborados con edulcorantes distintos del azúcar de caña, el IEPS seguiría sin embargo discriminando contra los edulcorantes y los refrescos y jarabes importados, por el hecho de gravar la distribución, representación, correduría, agencia y consignación de los refrescos y jarabes elaborados con edulcorantes distintos del azúcar de caña.

57. A juicio de las Partes, ¿puede el párrafo 2 del artículo III del GATT abarcar una medida que impone un impuesto sobre servicios relacionados con productos específicos?

El párrafo 2 del artículo III se refiere a medidas que hacen recaer directa o indirectamente sobre las importaciones impuestos superiores a los aplicados a productos nacionales similares, o directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente. El IEPS somete a los edulcorantes importados y a los refrescos y jarabes elaborados con esos edulcorantes a una carga impositiva mayor que la aplicada a productos similares y directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente producidos en México, a saber, el azúcar de caña y los refrescos y jarabes elaborados con azúcar de caña. El IEPS lo hace a través de un impuesto del 20 por ciento que grava la importación, la enajenación en el mercado interior y la distribución (así como la representación, correduría, agencia y consignación) de los refrescos y jarabes elaborados con edulcorantes distintos del azúcar de caña. El hecho de que el impuesto sobre la distribución somete a los edulcorantes importados y a los refrescos y jarabes elaborados con esos edulcorantes a una tributación superior o no similar en el momento en que se distribuyen, y de que se calcule el monto del impuesto adeudado sobre el valor del servicio de distribución no lo hace ajeno al ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo III. El impuesto sobre la distribución es, simplemente, uno más de los mecanismos que hacen recaer sobre los edulcorantes y los refrescos y jarabes importados impuestos superiores y no similar, en infracción del párrafo 2 del artículo III.

A este respecto los Estados Unidos consideran el impuesto sobre la distribución como un impuesto que recae sobre un producto (refrescos y jarabes o los edulcorantes que contienen) que se aplica en el momento en que se distribuye el producto y se calcula sobre el valor del servicio prestado. El hecho de que ese impuesto recaiga sobre servicios suministrados en conjunción con determinadas mercancías (los refrescos y jarabes importados endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña) no modifica el hecho de que discrimine contra esas mercancías. Las medidas en cuestión pueden estar sujetas al GATT y al AGCS. En *CE - Bananos*, por ejemplo, el Órgano de Apelación explicó que las medidas "que se refieren a un servicio relacionado con determinada mercancía o a un servicio suministrado conjuntamente con determinada mercancía" pueden ser objeto de examen conforme al GATT y al AGCS.¹⁷

¹⁶ Con respecto a las importaciones, el IEPS grava todos los refrescos y jarabes, independientemente del tipo de edulcorante utilizado. Véase *supra*, respuesta a la pregunta 52.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 221.

58. En la segunda reunión sustantiva (párrafo 33 de la versión escrita), México ha dicho que sus medidas pueden justificarse al amparo del TLCAN. Además, en su declaración final, México sostuvo que un panel del TLCAN podría constatar que las medidas fiscales impuestas por México serían contramedidas aceptables. ¿Están los Estados Unidos de acuerdo con esta declaración? Se ruega a México que desarrolle sus declaraciones y proporcione referencias a las disposiciones del TLCAN con arreglo a las cuales sus medidas estarían justificadas.

La cuestión de si las medidas fiscales adoptadas por México pueden justificarse en el marco del TLCAN carece de pertinencia para la resolución de esta diferencia, que se refiere a la compatibilidad de las medidas fiscales de México con las obligaciones que corresponden a ese país en virtud del Acuerdo sobre la OMC.

Ninguna disposición del TLCAN concede a las partes el derecho de adoptar contramedidas, tal como lo sostiene México en el litigio de que se trata. Al igual que el ESD, las disposiciones del TLCAN sobre solución de diferencias prohíben las normas de suspensión de beneficios, incluida la de que toda suspensión sea *precedida* por la constatación de un panel del TLCAN de que se ha incurrido en una infracción.¹⁸ Además, la suspensión de beneficios autorizada conforme a disposiciones del TLCAN sobre solución de diferencias se referiría a los beneficios emanados del TLCAN, y no a los previstos en otro Acuerdo comercial internacional, como el Acuerdo sobre la OMC, que México ha infringido en perjuicio de los Estados Unidos y de todos los demás Miembros de la OMC al imponer medidas fiscales discriminatorias.

Es inexacto lo sostenido por México de que ha "referido al Grupo Especial ejemplos de contramedidas adoptadas o de las que se ha hecho reserva en el contexto del TLCAN, así como a casos en los que los Estados Unidos se han reservado el derecho de adoptar medidas del tipo de las que México adoptó".¹⁹ Ningún "ejemplo" de los que cita México en relación con el TLCAN²⁰ constituye un caso en que una parte haya sostenido, como lo hace México en esta diferencia, que el TLCAN o algún principio de derecho internacional justifiquen la infracción, por esa parte, de las normas del TLCAN.

59. ¿Consideran las Partes que el TLCAN forma parte de las "leyes y reglamentos" nacionales de los Estados Unidos? ¿Qué consecuencia tendría esto respecto de la expresión "leyes y reglamentos" tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX del GATT en el contexto de la presente diferencia?

El TLCAN es un Acuerdo Internacional, y no surte efectos directos en los Estados Unidos. No es autoejecutable. Tampoco es una ley o un reglamento interno de los Estados Unidos. El TLCAN no ha sido sancionado por el Congreso de los Estados Unidos conforme a las potestades legislativas previstas en la Constitución de ese país, ni fue presentado al Senado de los Estados Unidos como Tratado para que el Senado se pronunciara al respecto.

Precisamente porque el TLCAN mismo no es una ley de los Estados Unidos fue necesario que el Congreso sancionara normas legales de ejecución a fin de modificar la legislación estadounidense conforme a las obligaciones internacionales dimanantes que corresponden a los Estados Unidos en

¹⁸ Artículos 2018 y 2019 del TLCAN.

¹⁹ Segunda comunicación de México, párrafo 8.

²⁰ Segunda comunicación de México, párrafos 27 a 31 y 33 a 35 (donde se analiza el informe de un panel del TLCAN sobre Productos Agrícolas y un Memorandum de Entendimiento de los Estados Unidos y el Canadá sobre el trigo).

virtud de ese Tratado. Lo manifestado en contrario por México con respecto al TLCAN es sencillamente inexacto.²¹

Aunque el TLCAN formara parte de las leyes o reglamentos internos de los Estados Unidos México no podría hacer valer una excepción con arreglo al apartado d) del artículo XX en relación con una medida necesaria para lograr la observancia de las leyes o reglamentos de *otro* Miembro. El apartado d) del artículo XX prevé una excepción para las medidas necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos del Miembro que invoca la excepción prevista en el apartado d) del artículo XX. En *Corea - Carne vacuna*, por ejemplo, el Órgano de Apelación declaró que "[n]o cabe duda de que los Miembros de la OMC tienen el derecho de determinar por sí mismos el nivel de observancia de *sus* leyes y reglamentos compatibles con la OMC".²² El apartado d) del artículo XX no constituye una disposición mediante la cual los Miembros pueden intentar eximir el cumplimiento de las leyes y reglamentos internos de *otros* Miembros, pues de ser así el apartado d) del artículo XX se convertiría, en la práctica, en un instrumento de una entidad soberana para eximir el cumplimiento de las leyes y reglamentos internos de otra.

60. Como saben las Partes, el Órgano de Apelación ha afirmado que, para evaluar la "necesidad" de una medida en el marco del apartado d) del artículo XX, un grupo especial necesitaría examinar, entre otros factores, "la importancia relativa de los intereses o valores comunes que la ley o el reglamento que se deban hacer cumplir estén destinados a proteger" (informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*). Se ruega a las Partes que expliquen cuáles serían, a su juicio, los "intereses o valores comunes" que el TLCAN está destinado a proteger.

Los Estados Unidos no creen que el apartado d) del artículo XX pueda aplicarse a obligaciones internacionales, por lo cual no están en condiciones de determinar qué "intereses o valores comunes" (conforme a la terminología usada por el Órgano de Apelación en *Corea - Carne vacuna*) podría servir el TLCAN. En todo caso, no cabe duda de que México no identificó ninguno de esos "intereses o valores comunes".

61. Se ruega a las Partes que transmitan sus opiniones respecto de si se requeriría que la medida impugnada fuera necesaria para impedir o corregir una infracción de la "ley o reglamento" subyacente para invocar con éxito una defensa al amparo del apartado d) del artículo XX.

Es difícil formular comentarios sobre las cuestiones planteadas en abstracto en esta pregunta y, por las razones ya expuestas, los Estados Unidos no creen que un Miembro que invoca la necesidad de lograr el cumplimiento de un acuerdo internacional pueda esgrimir la defensa del apartado d) del artículo XX.

²¹ Con respecto al párrafo 13, es la interpretación dada por México a *Corus Staal* la que resulta demasiado estrecha. En ese caso, Corus Staal sostuvo: "[la metodología de reducción a cero aplicada por el Departamento de] Comercio infringe la obligación de los Estados Unidos de interpretar la sección 1677(35) en forma de armonizarla con las decisiones de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") que prohíben la reducción a cero". El tribunal concluyó: "Como la reducción a cero efectivamente se permite en las investigaciones administrativas, y como el Departamento de Comercio no tiene la obligación de incorporar los procedimientos de la OMC en su interpretación de la legislación estadounidense, los argumentos de Corus no prosperan". El tribunal explicó: "Ni el GATT ni ningún acuerdo internacional de habilitación en que se disponga el cumplimiento del mismo (por ejemplo el AAD) prevalece sobre la legislación interna; establecer si disposiciones legales de los Estados Unidos son incompatibles con el GATT o con un acuerdo de habilitación es asunto de estricta competencia del Congreso".

²² Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 176. (sin cursivas en el original)

Sin perjuicio de lo expresado, los Estados Unidos indican que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Corea - Carne vacuna*, por ejemplo, concluyó que una medida que servía para "prevenir los actos incompatibles con" una ley coreana (la Ley sobre la Competencia Desleal) que prohibía inducir a error sobre el origen de la carne vacuna "fue establecida, al menos en parte, con miras a asegurar el cumplimiento de" esa ley.²³ El Grupo Especial procedió luego a analizar la cuestión de si la medida era "necesaria para prevenir prácticas que [pudieran] inducir a error acerca del origen de la carne vacuna".²⁴ Sin embargo, en la apelación, el Órgano de Apelación no se consideró si el concepto de "lograr la observancia" podría incluir "la prevención" de una infracción de la Ley sobre la Competencia Desleal, sino que se limitó a examinar si la medida era "'necesaria' para lograr la observancia de la Ley sobre la Competencia Desleal".²⁵

62. ¿Existe alguna disposición del TLCAN que pueda considerarse equivalente al párrafo 2 del artículo 23 del ESD en el sentido de que está prohibido que una Parte formule una determinación unilateral de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado sus ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo abarcado y de que esas decisiones sólo pueden adoptarse mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos de dicho Acuerdo?

El TLCAN no contiene ninguna disposición cuyo texto sea idéntico o similar al del párrafo 2 del artículo 23 del ESD. Tampoco contiene disposición alguna que justifique una infracción de ese mismo Tratado basándose en el hecho o en la afirmación de que otra parte ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del TLCAN. La única disposición que autorizaría a una parte en el TLCAN a adoptar contramedidas es el artículo 2019, que dado su texto sólo se aplica "[s]i en su informe final un panel ha resuelto que una medida es incompatible con las obligaciones de [I] [TLCAN]" y las partes no han convenido en una solución de la controversia dentro de un plazo de 30 días.

El artículo 2004 del TLCAN dispone que salvo en relación con cuestiones antidumping y de derechos compensatorios, y tal como lo sostiene por otro concepto el Tratado del TLCAN, "las disposiciones para la solución de controversias de este capítulo [20] se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la interpretación o a la aplicación de este Tratado, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado ...". El artículo 2019 reconoce el derecho de suspender beneficios en forma temporal, pero sólo después de la resolución de un panel conforme al capítulo 20. El artículo 2019 establece los procedimientos que han de observarse para suspender beneficios.

63. En su Segunda comunicación escrita y también en la segunda reunión sustantiva (párrafos 43 a 52 de la versión escrita), México ha afirmado que un grupo especial de la OMC no tiene la obligación jurídica de formular constataciones sobre las alegaciones de un Miembro reclamante, sino que más bien tiene flexibilidad para decidir si formula resoluciones o hace recomendaciones, según corresponda. ¿Opinan las partes que esa facultad discrecional, si en realidad existe, es conferida por los Acuerdos de la OMC a los grupos especiales o, más bien, al Órgano de Solución de Diferencias (o a las partes contratantes obrando colectivamente, en el caso del GATT)?

²³ Informe del Grupo Especial, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 658.

²⁴ *Ibid.*, párrafos 659 y siguientes.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafos 159 y siguientes.

Por las razones que mencionan los Estados Unidos en comunicaciones anteriores²⁶, un grupo especial de la OMC tiene la obligación jurídica de formular constataciones sobre las alegaciones de una parte reclamante y, por lo tanto, carece de flexibilidad para "decidir si formula resoluciones o hace recomendaciones, según corresponda". El Grupo Especial ya ha manifestado, en su denegatoria a la solicitud de México de una "resolución preliminar", que: "[e]n virtud del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), [el Grupo Especial] "no tiene la facultad discrecional, como aduce México, de decidir no ejercer su jurisdicción en un asunto que se le ha sometido debidamente".²⁷ Los Estados Unidos entendieron que el Grupo Especial, al declarar que no tenía discrecionalidad para declinar jurisdicción en esta diferencia, ha concluido que debía pronunciarse sobre las alegaciones de los Estados Unidos, ya que esta diferencia versa sobre esas alegaciones.

Análogamente, un grupo especial de la OMC carece de la flexibilidad necesaria para decidir cuál podría ser una recomendación "apropiada". No es pertinente, a ese respecto, el párrafo 2 del artículo XXIII del GATT invocado por México. Aunque ese párrafo encomienda a las PARTES CONTRATANTES formular recomendaciones "apropiadas", la respuesta a la cuestión de cuándo una recomendación de un grupo especial de la OMC es "apropiada" surge en forma definitiva del párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que establece lo siguiente:

Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo. Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas.²⁸

Por lo tanto, conforme al párrafo 1 del artículo 19 del ESD, en todos los casos en que un grupo especial concluye que se ha cometido una violación del GATT o de cualquier otro Acuerdo abarcado, el grupo especial debe recomendar que la medida infractora se ponga en conformidad con el Acuerdo; el grupo especial carece de discrecionalidad para hacer otra cosa. Además, el párrafo 1 del artículo 19 no concede a un grupo especial discrecionalidad alguna para formular recomendaciones adicionales, a ninguna de las partes, que vayan más allá de la rectificación de una violación. Al sostener que el artículo XXIII del GATT concede a los grupos especiales de la OMC una flexibilidad mayor que la indicada, México sencillamente pasa por alto el contenido del artículo 19 del ESD.²⁹

De todas maneras, en la medida en que sigue concediendo la facultad de formular recomendaciones adicionales (cuestión sobre la que no tiene que pronunciarse el Grupo Especial), el párrafo 2 del artículo XXIII confiere esa facultad a los Miembros de la OMC, y no a un grupo especial ni al Órgano de Apelación.

²⁶ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión, párrafos 1 a 11; Declaración inicial de los Estados Unidos ante el Grupo Especial en la primera reunión, párrafos 13 a 15.

²⁷ Carta del Presidente del Grupo Especial dirigida a las Partes (3 de noviembre de 2005).

²⁸ Párrafo 1 del artículo 19 del ESD. (se omite la nota de pie de página)

²⁹ Otro Grupo Especial llegó recientemente a la conclusión de que el ESD no autoriza a los grupos especiales a formular recomendaciones que vayan más allá de la recomendación específica autorizada (y preceptuada) por el párrafo 1 del artículo 19 del ESD. Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar*, WT/DS265/R, distribuido el 15 de octubre de 2004 (en apelación sobre otras cuestiones), párrafo 7.353.

64. México ha dicho a lo largo de todo el asunto que el Grupo Especial no necesitaría interpretar normas del TLCAN. Sin embargo, en una defensa al amparo del apartado d) del artículo XX, un grupo especial puede necesitar interpretar la "ley o el reglamento" subyacente para evaluar si una medida está efectivamente justificada. ¿Significaría eso, a juicio de las Partes, que de hecho este Grupo Especial puede tener que interpretar normas del TLCAN?

La pregunta del Grupo Especial pone de manifiesto otra de las razones que llevan a sostener que la defensa de México basada en el apartado d) del artículo XX es insostenible y que el apartado d) del artículo XX no incluye las medidas destinadas a lograr la observancia de obligaciones contraídas en virtud de un Acuerdo internacional. No hay manera de que un grupo especial concluya que una medida es "necesaria para lograr la observancia" de obligaciones contraídas en virtud de un Acuerdo internacional, a menos que primero determine el contenido de las obligaciones previstas en el acuerdo y establezca si el Miembro contra el que se ha adoptado la medida no había incurrido en incumplimiento de esas obligaciones.³⁰ No obstante, tal como lo expresaron los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, ello en la práctica convertiría el procedimiento de solución de diferencias de la OMC en un foro general de solución de diferencias para todos los Acuerdos internacionales. Los Estados Unidos explicaron anteriormente algunas de las dificultades y consecuencias que entraña esa propuesta.³¹

Al parecer México comparte la preocupación de los Estados Unidos a este respecto, y ha sostenido claramente que: "este Grupo Especial carece de competencia para decidir si los Estados Unidos han incumplido con sus obligaciones de acceso al mercado [previstas en el TLCAN]".³² No obstante, México no puede evitar el hecho de que el Grupo Especial, para establecer si sus medidas fiscales son necesarias para lograr la observancia por los Estados Unidos de las normas del TLCAN, tenga primero que examinar el contenido de las obligaciones previstas en el TLCAN y la cuestión de si los Estados Unidos las han cumplido. Los intentos de México de sostener otra cosa equivalen simplemente a pedir a este Grupo Especial que constate que sus medidas fiscales están justificadas en virtud del apartado d) del artículo XX, sin examinar cuáles son las "leyes o reglamentos" cuya observancia se promueve, o si las medidas en relación con las cuales se intenta esgrimir la excepción prevista en el apartado d) del artículo XX son necesarias para "lograr la observancia" de esas leyes o reglamentos. No obstante, México no puede evitar esos exámenes si ha de asumir la carga de la prueba que le corresponde en relación con la defensa basada en el apartado d) del artículo XX.

México se ha esforzado también en explicar por qué su interpretación del apartado d) del artículo XX no conduciría a los resultados señalados por los Estados Unidos. No asiste razón a México. Si el Grupo Especial hubiera de aceptar la invitación de México de utilizar el apartado d) del artículo XX como medio de justificar su infracción de las normas de la OMC, nada impediría que otro Miembro pudiera también sostener la necesidad de adoptar una medida incompatible con la OMC para lograr la observancia de un Acuerdo internacional del que ese Miembro sea parte. Para asumir la carga de la prueba que le corresponde al plantear tal defensa, el Miembro tendría que demostrar al grupo especial cuáles son las obligaciones del Acuerdo internacional en cuestión y si el Miembro contra el que se ha adoptado la medida incompatible con la OMC cumplía o no esas obligaciones, y el Grupo Especial tendría que pronunciarse al respecto. Aunque México sostiene que las circunstancias que rodean la imposición de las medidas fiscales son "extraordinarias", nada en la interpretación de

³⁰ Declaración inicial de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 7; Declaración final de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 7.

³¹ Declaración inicial de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 7.

³² Declaración inicial de México en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 33.

México del apartado d) del artículo XX limitaría su posibilidad de invocar otras circunstancias, además de las "extraordinarias".³³

65. A juicio de las Partes, ¿tiene alguna pertinencia respecto del presente asunto la disposición contenida en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD, por la que queda "entendido ... que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes"?

La reclamación de México con respecto a las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del TLCAN y la actual reclamación de los Estados Unidos en el marco del Acuerdo sobre la OMC son dos cuestiones diferentes. Una de ellas se plantea exclusivamente en el marco del TLCAN y se refiere al acceso del azúcar de caña mexicano al mercado de los Estados Unidos; la otra se plantea en el contexto del Acuerdo sobre la OMC y el GATT, y se refiere a la discriminación tributaria proteccionista que hace México contra el JMAF importado y otros edulcorantes que compiten con el azúcar de caña mexicano.

El párrafo 10 del artículo 3 del ESD se refiere a supuestas infracciones del Acuerdo sobre la OMC y establece que queda "entendido ... que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes". El Grupo Especial considera que el párrafo 10 del artículo 3 respalda la conclusión de que por más que México hubiera sostenido que los Estados Unidos estaban en infracción de las obligaciones que les impone la OMC, el procedimiento de solución de diferencias relacionado con las medidas tributarias mexicanas no sería el foro apropiado para considerar la otra alegación de México contra los Estados Unidos.³⁴

66. Se ruega a las Partes que desarrollen las opiniones que tengan respecto de si el artículo 23 del ESD es pertinente a la presente diferencia.

El artículo 23 constituye un contexto pertinente por el hecho de que la frase "leyes o reglamentos" contenida en el apartado d) del artículo XX no significa ni incluye obligaciones previstas en un Acuerdo internacional. Específicamente, si esa frase del apartado d) del artículo XX efectivamente se refería a obligaciones enmarcadas en un Acuerdo internacional, incluiría también obligaciones contraídas en el marco del Acuerdo sobre la OMC. El artículo 23 del ESD, sin embargo, establece que cuando [los Miembros] traten de reparar el incumplimiento de obligaciones contraídas en el marco de la OMC deberán acatar las normas del ESD. La interpretación de México de la expresión "leyes o reglamentos" en el sentido de que se trata de obligaciones enmarcadas en un Acuerdo internacional hace inútil el artículo 23 del ESD.³⁵

67. A juicio de las Partes, ¿indica la lista de temas que figura en el apartado d) del artículo XX (aplicación de las medidas aduaneras; mantenimiento en vigor de los monopolios; protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción; y prevención de prácticas que puedan inducir a error) que hay determinados tipos de leyes y reglamentos que estarían abarcados por la excepción prevista en esa disposición? ¿Pueden señalar las partes algún precedente del GATT o de la OMC que aclare esta cuestión?

³³ Véase la declaración final de México en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 2 a 7.

³⁴ Véanse también las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión, párrafo 15 (en que se hace referencia al párrafo 10 del artículo 3 del ESD en el contexto de la solicitud de México de una "resolución preliminar", y acerca de la cuestión de si un panel del TLCAN puede ocuparse "integralmente" de las cuestiones que según México son pertinentes en esta diferencia).

³⁵ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 47; declaración inicial de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 6.

Si bien no se trata de una lista exhaustiva, como lo demuestra la frase "tales como" del apartado d) del artículo XX, "aplicación de las medidas aduaneras; ... mantenimiento en vigor de los monopolios ..., ... la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y ... la prevención de prácticas que puedan inducir a error", todo sugiere una referencia a leyes y reglamentos que son las leyes y reglamentos nacionales del Miembro que invoca la excepción prevista en el apartado d) del artículo XX. Tal como surge del GATT de 1947 o de informes anteriores de la OMC, algunas de las veces se ha considerado una defensa enmarcada en el apartado d) del artículo XX en el contexto de los mecanismos de solución de diferencias del GATT de 1947 o de la OMC, las leyes o reglamentos en cuestión han sido leyes o reglamentos nacionales del Miembro que invoca la defensa del apartado d) del artículo XX. En ningún caso se ha tratado de las obligaciones que incumben a otro Miembro en virtud de un Acuerdo internacional.³⁶

³⁶ Véase el informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Importaciones de ciertos sistemas de resortes para automóviles*, L/5333, adoptado el 26 de mayo de 1983, IBDD 30S/124 (decreto de prohibición para lograr la observancia de la ley nacional de patentes); informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, L/6439, adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402 (orden de denegación de entrada para lograr la observancia de la ley nacional de patentes); informe del Grupo Especial del GATT, *Canadá - Aplicación de la ley sobre el examen de la inversión extranjera*, L/5504, adoptado el 7 de febrero de 1984, IBDD 30S/151 (compromisos de compra para aplicar la ley de selección de inversiones internas); informe del Grupo Especial del GATT, *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios*, L/6253, adoptado el 2 de febrero de 1988, IBDD 35S/185 (restricciones a la importación para respaldar sistemas de estabilización de precios internos y un monopolio de importación); informe del Grupo Especial del GATT, *CEE - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes*, L/6657, adoptado el 16 de mayo de 1990, IBDD 37S/147 (medidas para lograr la observancia de derechos antidumping); informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, DS21/R, 3 de septiembre de 1991, IBDD 39S/183 (prohibición aplicable a países intermediarios para hacer cumplir la prohibición directa impuesta por los Estados Unidos a determinadas importaciones de atún); informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, DS29/R, 16 de junio de 1994 (prohibición aplicable a países intermediarios para hacer cumplir la prohibición directa impuesta por los Estados Unidos a determinadas importaciones de atún); informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, DS23/R, adoptado el 19 de junio de 1992, IBDD 39S/242 (requisitos impuestos a los distribuidores mayoristas intraestatales supuestamente necesarias para lograr la observancia de leyes de los Estados sobre el impuesto especial); informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Impuestos aplicados a los automóviles*, DS31/R, 11 de octubre de 1994 (establecimiento de sanciones para lograr la observancia de la Ley del Ahorro Medio de Combustible por los Fabricantes); informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996 (normas para el establecimiento de líneas de base supuestamente necesarios para lograr la observancia de leyes ambientales de los Estados Unidos); informe del Grupo Especial, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, WT/DS31/R y Corr.1, adoptado el 30 de julio de 1997 (restricción de las importaciones conforme al Código Arancelario 9958 supuestamente necesaria para lograr la observancia de las leyes canadienses del impuesto sobre la renta); informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001 (sistema dual de venta al por menor supuestamente necesario para lograr la observancia de leyes nacionales sobre competencia desleal); informe del Grupo Especial, *Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, WT/DS155/R y Corr.1, adoptado el 16 de febrero de 2001 (régimen especial aplicado a las importaciones considerado necesario para lograr la observancia de leyes sobre impuestos al valor agregado e impuesto a las ganancias); informe del Grupo Especial, *Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado*, WT/DS276/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004 (leyes sobre el trato del grano extranjero supuestamente necesarias para lograr la observancia de leyes nacionales sobre competencia, granos, y la Junta Canadiense del Trigo); informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS302/R, 26 de noviembre de 2004 (requisitos de estampillado y fianza supuestamente necesarios para lograr la observancia de leyes y reglamentos tributarios nacionales).

La historia de las negociaciones del apartado d) del artículo XX confirma el hecho de que las obligaciones contraídas en virtud de un Acuerdo internacional se excluyeron deliberadamente del ámbito de aplicación del apartado d) del artículo XX. En especial, en el segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria, que tuvo lugar en Ginebra (1947), la India presentó una propuesta según la cual "debería permitirse que un Miembro discrimine temporalmente contra el comercio de otro Miembro cuando esa sea la única medida eficaz que tiene a su disposición como retorsión contra la discriminación practicada por ese Miembro fuera del marco de la Organización, hasta que se llegue a un arreglo de la cuestión a través de las Naciones Unidas".³⁷ Esta propuesta fue remitida a la Conferencia de La Habana, pero en última instancia fue rechazada, y no se incluyó en el artículo 45, disposición sobre excepciones a la política comercial previstas en la Carta de La Habana. El apartado d) del artículo XX del GATT no ha sufrido modificaciones desde octubre de 1947.³⁸

68. A juicio de las partes, ¿codifica el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un principio del derecho internacional con arreglo al cual una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes puede facultar a la otra parte para alegar esa violación como causa para, entre otras cosas, suspender la aplicación de ese tratado total o parcialmente, pero no para suspender la aplicación de un tratado multilateral diferente?

La interpretación y aplicación del artículo 60 de la Convención de Viena no es pertinente con respecto a la tarea del Grupo Especial en esta diferencia, que se refiere a la determinación de si las medidas fiscales adoptadas por México son incompatibles con las obligaciones que corresponden a México en virtud del Acuerdo sobre la OMC. Como señalaron los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, el sistema de solución de diferencias de la OMC existe para solucionar las diferencias sustanciadas en la OMC, es decir, las diferencias relativas a los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los Acuerdos abarcados.³⁹ El mandato de un grupo especial de la OMC no se extiende a la determinación de los derechos y obligaciones que corresponden a los países en virtud de los principios generales del derecho internacional ni, en particular, al artículo 60 de la Convención de Viena.⁴⁰ Además, el artículo 60 no refleja una regla consuetudinaria de interpretación del derecho internacional público, único principio de derecho internacional identificado en el ESD.⁴¹

Por estas razones, el Grupo Especial no está en condiciones de decidir si un principio como el invocado en su pregunta sería una base suficiente para pronunciarse a favor de los Estados Unidos en esta diferencia.⁴²

69. Se ruega a las partes que desarrollen sus opiniones con respecto a si las medidas impugnadas pueden considerarse una "restricción encubierta al comercio internacional" o un "medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones", de conformidad con el preámbulo del artículo XX.

³⁷ Grupo de Trabajo sobre Artículos Técnicos, Informe, E/PC/T/103 fechado el 16 de junio de 1947, página 43.

³⁸ *Índice Analítico del GATT*, página 658.

³⁹ Párrafo 1 del artículo 1, y párrafos 2 y 4 del artículo 3 del ESD.

⁴⁰ Véanse, el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, el artículo 11 del ESD.

⁴¹ Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

⁴² Como cuestión subsidiaria, hacemos notar que según sus propios términos el artículo 60 de la Convención de Viena no parece abarcar situaciones en que, como respuesta a la transgresión de un tratado cometida por una parte, otra parte propone suspender los beneficios previstos en un diferente tratado.

Los Estados Unidos explicaron en su Segunda comunicación que las medidas fiscales de México no satisfacen las prescripciones del preámbulo del artículo XX porque: 1) las medidas fiscales de México no están provisionalmente justificadas al amparo de ninguno de los apartados del artículo XX, específicamente del apartado d)⁴³; y 2) las medidas fiscales de México constituyen una "restricción encubierta al comercio internacional".

Con respecto a esto último, los Estados Unidos han explicado que las medidas fiscales de México constituyen una "restricción encubierta al comercio internacional" porque, mientras que a efectos de su defensa al amparo del apartado d) del artículo XX México aduce que sus medidas fiscales están destinadas a lograr la observancia del TLCAN, ha sido bastante abierto en otros contextos, con inclusión de la presente diferencia, en el sentido de que esas medidas se aplican para proteger a su rama de producción nacional de azúcar de caña, en particular para proteger el azúcar de caña nacional de ser desplazado por las importaciones de JMAF procedentes de los Estados Unidos.⁴⁴ La aplicación proteccionista de las medidas fiscales de México queda subrayada por el hecho de que hasta la fecha México no ha podido explicar cómo medidas concebidas para proteger a su rama de producción de azúcar de caña y discriminar contra las importaciones dan como resultado la observancia del TLCAN o contribuyen a la misma.⁴⁵

En lugar de demostrar que sus medidas fiscales "no se *apli[ca]n* [...] en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional", México se ha centrado en cambio en si ha hecho un "esfuerzo de buena fe" para resolver la diferencia sobre el azúcar en el marco del TLCAN. Muy recientemente, en su declaración inicial en la segunda reunión del Grupo Especial, México afirmó lo siguiente: "Los esfuerzos de buena fe de México por resolver esta añeja controversia claramente cumplen los requisitos previstos por el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Camarones*."⁴⁶ En contra de lo que opina México, el preámbulo del artículo XX no requiere que los Miembros realicen esfuerzos de buena fe para negociar antes de adoptar una medida comprendida en el ámbito de aplicación de uno de los apartados del artículo XX. Tampoco establece dicho preámbulo que los esfuerzos de buena fe para negociar antes de adoptar una medida inmunicen a la medida de constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificado o una restricción encubierta al comercio internacional. México interpreta erróneamente en este sentido el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*.⁴⁷

Hasta la fecha, México ni siquiera se ha referido a la forma en que se aplican sus medidas fiscales. Esto resulta significativo, porque el preámbulo del artículo XX exige que la medida "no se *aplique* [...] en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable ... o una restricción encubierta al comercio internacional". El análisis realizado por México de los acontecimientos que precedieron a la imposición de sus medidas fiscales no se refiere a la manera en

⁴³ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 69.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 70; véanse también la Primera comunicación escrita de México, párrafo 111 (en el que reconoce que las medidas fiscales se impusieron para detener el desplazamiento del azúcar de caña mexicano por el JMAF importado); y la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 48-55 (en los que se enumeran las numerosas declaraciones legislativas y judiciales mexicanas acerca de que la finalidad de las medidas fiscales de México es proteger a su rama de producción nacional de azúcar de caña).

⁴⁵ Declaración inicial de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 16.

⁴⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 85.

⁴⁷ Véanse la Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 71 y las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, párrafos 56-58.

que aplica esas medidas y por lo tanto México no ha cumplido las prescripciones establecidas en el preámbulo.

A LOS ESTADOS UNIDOS:

70. A efectos de aclaración, se ruega a los Estados Unidos que confirmen si el ámbito de los productos a los que se refieren mediante la expresión "refrescos y jarabes", coincide con las definiciones utilizadas en la legislación mexicana para "refrescos" y "bebidas hidratantes o rehidratantes", que figuran actualmente en el artículo 3 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios.

Como se explica en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71, el término "refrescos y jarabes" que se utiliza en las comunicaciones y declaraciones de los Estados Unidos se refiere a los productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (LIEPS). Los "refrescos" y las "bebidas hidratantes o rehidratantes" son dos de los productos identificados en el inciso G) del artículo 2. Los términos "refrescos" y "bebidas hidratantes o rehidratantes" están definidos en el artículo 3 de la LIEPS.

71. Se ruega a los Estados Unidos que confirmen si están solicitando al Grupo Especial que dé por supuesto que la información que han proporcionado con respecto a la "similitud" y la "sustituibilidad" de los "refrescos y jarabes" es también aplicable a las otras categorías de productos que se mencionan a continuación y que también están comprendidas en su reclamación, como "bebidas hidratantes o rehidratantes", "concentrados, polvos, jarabes, esencias o extractos de sabores, que al diluirse permitan obtener refrescos y bebidas hidratantes o rehidratantes" y "jarabes o concentrados para preparar refrescos que se expendan en envases abiertos utilizando aparatos automáticos, eléctricos o mecánicos".

Los Estados Unidos no están solicitando al Grupo Especial que *dé por supuesto* que la información que han proporcionado con respecto a la similitud y la sustituibilidad de los "refrescos y jarabes" es también aplicable a las "bebidas hidratantes o rehidratantes", "concentrados, polvos, jarabes, esencias o extractos de sabores, que al diluirse permitan obtener refrescos y bebidas hidratantes o rehidratantes" y "jarabes o concentrados para preparar refrescos que se expendan en envases abiertos utilizando aparatos automáticos, eléctricos o mecánicos". El término "refrescos y jarabes" que se utiliza en las comunicaciones y declaraciones de los Estados Unidos comprende todos los productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2 de la LIEPS.⁴⁸

Por consiguiente, la información que los Estados Unidos han proporcionado con respecto a los "refrescos y jarabes" se refiere a los "refrescos, bebidas hidratantes o rehidratantes, así como a los concentrados, polvos, jarabes, extractos o esencias de sabores que pueden diluirse para obtener refrescos, bebidas hidratantes y rehidratantes" que se identifican en el inciso G) del artículo 2 y a los "jarabes o concentrados para preparar refrescos que se expendan en envases abiertos utilizando aparatos mecánicos o automáticos" identificados en el inciso H) del artículo 2. Los Estados Unidos utilizaron los términos "refrescos y jarabes" para no tener que repetir la lista anterior cada vez que mencionaban los productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2.

También se debe hacer hincapié en que el análisis en la presente diferencia respecto de si los productos son "similares" o "directamente competidores o sustituibles entre sí" no cambiaría nada si se realizara individualmente para cada uno de los productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2. Ello se debe a que la línea divisoria que determina si un producto identificado en los incisos G) y H) del artículo 2 está sujeto al IEPS es si a) está endulzado con azúcar de caña (en cuyo

⁴⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 1 y 37 y siguientes.

caso no está sujeto al IEPS) o b) está endulzado con edulcorantes distintos del azúcar de caña como el JMAF o el azúcar de remolacha (en cuyo caso está sujeto al IEPS).⁴⁹

Para explicar esto de manera más concreta, tomemos el ejemplo de un refresco como una botella de Coca-Cola, y una bebida hidratante, como una botella de Gatorade. Una botella de Coca-Cola endulcorada con JMAF o azúcar de remolacha es "similar" o "directamente competidora" de ésta o que "puede sustituirla directamente" a una botella de Coca-Cola endulcorada con azúcar de caña por las razones por las que una botella de Gatorade endulcorada con JMAF o azúcar de remolacha es "similar" a una botella de Gatorade endulcorada con azúcar de caña o "directamente competidora" de ésta o que "puede sustituirla directamente". El empleo de JMAF o azúcar de remolacha, por una parte, frente al empleo de azúcar de caña, por la otra, no cambia el color, el olor, la composición química, las calorías, la digestión, la etiqueta de los ingredientes, el uso final, la distribución, la clasificación arancelaria ni la preferencia del consumidor con respecto a una botella de Coca-Cola o a una botella de Gatorade. Lo mismo puede decirse en cuanto al empleo de JMAF frente al azúcar de caña en los concentrados, polvos, jarabes, extractos o esencias de sabores que pueden diluirse para obtener un refresco, así como en jarabes o concentrados para preparar refrescos que se expendan en envases abiertos utilizando aparatos mecánicos o automáticos (es decir, los jarabes y concentrados mezclados con agua, normalmente en un restaurante o bar, para obtener una bebida de surtidor).

Aunque los distintos productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2 bien podrían ser "similares" o "directamente competidores o sustituibles" entre sí (por ejemplo, porque comparten el mismo uso final y tienen características físicas idénticas o al menos muy similares) no se trata de algo que haya que decidir en la presente diferencia. Antes bien, la pregunta pertinente es si los productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2 que están endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña, como el JMAF y el azúcar de remolacha, son "similares" a los productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2 que están endulzados con azúcar de caña y/o "directamente competidores" de éstos o que "pueden sustituirlos directamente". Las pruebas presentadas en la Primera y Segunda comunicaciones escritas de los Estados Unidos demuestran con creces que la respuesta a esta pregunta es afirmativa.

72. En su Primera comunicación, los Estados Unidos han afirmado que hay tres calidades diferentes de jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF), que tienen diferentes usos industriales. A efectos de aclaración, se ruega a los Estados Unidos que confirmen si puede considerarse que cada una de las tres calidades del JMAF (a saber, JMAF-42, JMAF-55 y JMAF-90) son "productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" entre sí, al igual que con respecto al azúcar de caña, y sobre qué base.

Dado que México ha decidido aplicar sus medidas fiscales sobre el JMAF gravando los refrescos y jarabes para los que se utiliza el JMAF, el único uso industrial pertinente para determinar si el JMAF y el azúcar de caña son productos "similares" o "directamente competidores o sustituibles" entre sí es su utilización como edulcorantes para los refrescos y los jarabes.⁵⁰ Como se demuestra en la Primera comunicación de los Estados Unidos, el JMAF es un producto "similar" al azúcar de caña como edulcorante para los refrescos y jarabes o "directamente competidor" de éste o que "puede sustituirlo directamente".

Además, como se mencionó igualmente en la respuesta a la pregunta 71 con respecto a los refrescos y jarabes, la indagación pertinente en la presente diferencia es si el JMAF es un producto "similar" al azúcar de caña o "directamente competidor" de éste o que "puede sustituirlo directamente" como edulcorante para los refrescos y jarabes. Esta indagación no depende de que se

⁴⁹ Véase *asimismo* la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 67.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 96.

constate adicionalmente que el JMAF-42, el JMAF-55 y el JMAF-90 son "similares" o "directamente competidores o sustituibles" entre sí.

La Primera comunicación de los Estados Unidos demuestra con creces que el JMAF es "similar" al azúcar de caña o "directamente competidor" de éste o que "puede sustituirlo directamente" como edulcorante para los refrescos y jarabes, y el análisis sobre estos aspectos que en ella figura se aplica a las tres calidades de JMAF: JMAF-42, JMAF-55 y JMAF-90.⁵¹ Como se explica en la Primera comunicación de los Estados Unidos, aunque el JMAF-55 se elaboró principalmente como un edulcorante para refrescos y jarabes, el JMAF-42 también se utiliza como edulcorante para refrescos y jarabes.⁵² El JMAF-90 también se puede utilizar como edulcorante para refrescos y jarabes si se mezcla primero con JMAF-42 para obtener JMAF-55. El hecho de que el JMAF-90 importado pudiera mezclarse para obtener el JMAF-55 es lo que llevó a México a ampliar la aplicación de la orden de establecimiento de derechos antidumping sobre el JMAF-55 para abarcar también el JMAF-90.⁵³ México explicó lo siguiente: "el JMAF-90 pertenece a la misma familia de productos que el JMAF-55, aunque difieren en la concentración de fructosa; de hecho, el JMAF-90 es un insumo que se utiliza para la fabricación del JMAF-55 y constituye su uso principal, razón por la cual, una vez mezclado se vende a los mismos consumidores finales del producto sujeto al pago de cuotas compensatorias".⁵⁴

Además, como demuestra la Prueba documental 10 de los Estados Unidos, las importaciones de JMAF-42 se desplomaron de la misma manera que lo hicieron las importaciones de JMAF-55 y JMAF-90 desde 2001 a 2002, los años anteriores, e inmediatamente después, de la imposición de las medidas fiscales de México.⁵⁵ Después de la imposición de las medidas fiscales de México, el empleo de cualquiera de las calidades de JMAF en los refrescos y jarabes pasó a tener costos prohibitivos y los productores mexicanos de estos productos volvieron a utilizar el azúcar de caña. Lo esencial es que el JMAF -de cualquier calidad- compite con el del azúcar de caña como edulcorante para refrescos y jarabes y es directamente competidor del mismo.

Desde el punto de vista del aspecto físico, los JMAF-42, 55 y 90 son prácticamente idénticos. Todos son soluciones inodoras e incoloras de moléculas de glucosa y fructosa y pequeñas cantidades de otros sacáridos. Lo que diferencia las tres calidades es su proporción de glucosa y fructosa.

⁵¹ La Primera comunicación escrita de los Estados Unidos demuestra en los párrafos 94-130 que el JMAF y el azúcar de caña son "directamente competidores o pueden sustituirse directamente", y en los párrafos 156-158 que el JMAF y el azúcar de caña son "similares".

⁵² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 12-13. La Prueba documental 58 de los Estados Unidos que se adjunta proporciona una lista de refrescos estadounidenses populares y sus correspondientes edulcorantes, JMAF-42 o JMAF-55.

⁵³ Véase, "Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, Resolución final de la investigación sobre elusión del pago de cuotas compensatorias impuestas a las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa grado 55, mercancía clasificada en la fracción arancelaria 1702.60.01 de la Tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación, originarias de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia". Diario Oficial (8 de septiembre de 1998) (decisión final de la investigación de la elusión del pago de derechos sobre el JMAF-55).

⁵⁴ "Resolución por la que se declara de oficio el inicio de la investigación sobre elusión del pago de cuotas compensatorias impuestas a las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa grado 55, mercancía clasificada en la fracción arancelaria 1702.60.01 de la Tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación, originarias de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia", Diario Oficial 71, 72 (23 de enero de 1998) (decisión para iniciar una investigación sobre la elusión del pago de derechos impuestos al JMAF-55).

⁵⁵ Antes de 2002 el arancel de México no contenía categorías separadas para el JMAF-55 y el JMAF-90 sino que se incluían ambos en la subpartida 1702.60.

Sin embargo, a efectos de la presente diferencia, las diferentes proporciones de glucosa y fructosa de los JMAF-42, 55 y 90 no afectan a la cuestión de si son productos "similares" al azúcar de caña como edulcorante para refrescos y jarabes o "directamente competidores" del mismo o que "pueden sustituirlo directamente".

73. En la segunda reunión sustantiva (párrafo 36 de la versión escrita), México ha solicitado al Grupo Especial que formule varias determinaciones de hecho. ¿Están los Estados Unidos de acuerdo con los hechos enumerados por México? ¿Impugnan específicamente alguno de esos hechos? De ser posible, se ruega a los Estados Unidos que en su respuesta hagan referencia, según corresponda, a las pruebas que las partes han incorporado al expediente.

En el párrafo 36 de su Segunda declaración oral México solicita que el Grupo Especial formule seis "determinaciones de hecho", la mayoría de las cuales también supondrían determinaciones de cuestiones jurídicas impugnadas. Los Estados Unidos impugnan prácticamente todas las determinaciones propuestas como se explica a continuación. No obstante, dichas determinaciones no afectan a los "hechos" que el presente Grupo Especial tiene que determinar para cumplir su mandato en esta diferencia -que se refiere a la compatibilidad de las medidas fiscales de México con las obligaciones que le incumben en el marco de la OMC y no a supuestas medidas de los Estados Unidos en el marco del TLCAN-. Por lo tanto, el Grupo Especial no debería aceptar formular las "determinaciones de hecho" que México identifica.

Con respecto al primer punto del párrafo 36, México se refiere a la negociación de un "régimen de comercio bilateral, preferencial de edulcorantes, que incluyen el azúcar y la fructosa, productos que compiten en ciertos segmentos del mercado". Los Estados Unidos están de acuerdo en que ha habido negociaciones comerciales con respecto al JMAF y el azúcar de caña aunque, como se ha señalado, no están de acuerdo con la interpretación que hace México del resultado de esas negociaciones. Los Estados Unidos están de acuerdo en que el JMAF y el azúcar de caña compiten en ciertos segmentos del mercado, concretamente la rama de producción de refrescos y jarabes.

Con respecto al segundo punto del párrafo 36, los Estados Unidos están de acuerdo en que existe una controversia entre los Estados Unidos y México en cuanto a los términos exactos del TLCAN con respecto al acceso del azúcar de caña mexicano al mercado estadounidense. No obstante, los Estados Unidos discrepan de la sugerencia de México de que esta controversia sobre el azúcar en el marco del TLCAN y la diferencia para la cual fue establecido este Grupo Especial sean parte de la misma "diferencia" a efectos de la solución de diferencias en la OMC. No lo son.

Con respecto al tercer punto del párrafo 36, aunque es cierto que México y los Estados Unidos han participado en negociaciones bilaterales sobre el comercio de edulcorantes y la solución de controversias en el marco del TLCAN, los Estados Unidos no consideran que se hayan agotado estas vías para resolver nuestras diferencias ni que México haya intentado todos los medios -excepto el incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la OMC- para resolver sus agravios con respecto al azúcar en el marco del TLCAN. De hecho, continúan las negociaciones sobre la cuestión entre los Estados Unidos y México y los sectores privados. México incluso señaló al OSD que consideraba prematura la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos debido a las negociaciones en curso.⁵⁶

Con respecto al cuarto punto del párrafo 36, los Estados Unidos observan que el argumento de México no es una afirmación de hecho sino más bien una conclusión basada en la forma en que México considera que debería proceder la solución de controversias (u otros medios para hacer frente a los agravios de las partes) con arreglo al TLCAN. Como han señalado los Estados Unidos en

⁵⁶ Véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, párrafo 77.

comunicaciones anteriores, los Estados Unidos consideran que han cumplido plenamente las disposiciones sobre solución de controversias del TLCAN.

Con respecto al quinto punto del párrafo 36, México plantea esencialmente dos puntos que, como en el cuarto inciso, no se limitan realmente a una exposición de los hechos. En primer lugar, los Estados Unidos no se han negado a someterse al mecanismo de solución de controversias del TLCAN. Como se afirmó en nuestra respuesta a las preguntas formuladas después de la primera reunión, los Estados Unidos han entablado consultas con México de conformidad con las disposiciones sobre solución de controversias del TLCAN y se ha establecido un panel del TLCAN. En segundo lugar, los Estados Unidos no están de acuerdo en que las medidas fiscales de México sean una respuesta a la "negativa de Estados Unidos de someterse al procedimiento de solución de controversias del TLCAN". De hecho, la declaración de México es totalmente incoherente con las declaraciones numerosas y reiteradas de sus legisladores y de la Corte Suprema en el sentido de que las medidas fiscales de México se impusieron para "proteger a la rama de producción nacional de azúcar" de México. México no ha impugnado la exactitud de estas declaraciones.

Con respecto al sexto punto, tampoco es una exposición de "hecho". Depende más bien de la interpretación selectiva y fuera de contexto que hace México de declaraciones realizadas por los Estados Unidos, entre ellas algunas realizadas al margen y antes de la existencia del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Para que quede constancia, los Estados Unidos no consideran que de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC ellos ni ningún otro Miembro puedan válidamente adoptar contramedidas en forma de una infracción de las normas de la OMC cuando otro Miembro se ha negado a someterse a mecanismos de solución de diferencias de un Acuerdo internacional. Además, el texto del Acuerdo sobre la OMC no prevé la defensa que México plantea en la presente diferencia.

74. Se ruega a los Estados Unidos que expliquen más pormenorizadamente de qué forma la aplicación en el mercado interno del "impuesto sobre los refrescos" y del "impuesto sobre la distribución" somete a los productos importados a impuestos interiores superiores a los aplicados a los productos nacionales similares, con respecto al azúcar de remolacha.

Como se analiza en la Segunda comunicación de los Estados Unidos, el azúcar de remolacha y el azúcar de caña son idénticos desde el punto de vista químico y funcional. Tienen usos finales idénticos. Se venden a través de los mismos canales de distribución y a los mismos clientes. Están clasificados en la misma partida arancelaria de 4 dígitos. El azúcar de remolacha y el azúcar de caña son productos "similares".

Dado que el azúcar de remolacha y el azúcar de caña son prácticamente idénticos, de ello se infiere que los refrescos y jarabes edulcorados con ellos también son prácticamente idénticos. La Segunda comunicación de los Estados Unidos demuestra que los refrescos edulcorados con azúcar de remolacha tienen el mismo aspecto físico, usos finales, canales de distribución, preferencias de los consumidores y clasificaciones arancelarias que los refrescos y jarabes edulcorados con azúcar de caña.⁵⁷ Los refrescos y jarabes edulcorados con azúcar de remolacha son, por lo tanto, refrescos y jarabes "similares" a los edulcorados con azúcar de caña.

México no produce azúcar de remolacha ni refrescos y jarabes edulcorados con azúcar de remolacha. De conformidad con la LIEPS, los refrescos y jarabes que contienen cualquier edulcorante distinto del azúcar de caña están sujetos a un impuesto del 20 por ciento en el momento de su importación y enajenación en el mercado interno (impuesto sobre los refrescos con JMAF), así como a un impuesto del 20 por ciento sobre su distribución, representación, correduría, agencia y

⁵⁷ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 27-29.

consignación (impuesto sobre la distribución).⁵⁸ Además, los refrescos y jarabes endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña están sujetos a determinados requisitos de contabilidad y presentación de informes, entre ellos el de que el productor del refresco o jarabe comunique al Gobierno mexicano el nombre de sus 50 principales proveedores y clientes.⁵⁹

Dado que la LIEPS está estructurada para que se aplique a todos los refrescos y jarabes y para eximir únicamente a aquellos refrescos y jarabes que estén endulcorados con azúcar de caña, la LIEPS discrimina contra *todos* los edulcorantes distintos del azúcar de caña y los refrescos y jarabes elaborados con edulcorantes que no sean el azúcar de caña. El JMAF y el azúcar de remolacha son ejemplos de edulcorantes distintos del azúcar de caña y los Estados Unidos han presentado pruebas de que el JMAF es "similar" al azúcar de caña y "compite directamente" con él o "puede sustituirlo directamente" y que el azúcar de remolacha es "similar" al azúcar de caña. Los Estados Unidos también han presentado pruebas de que los refrescos y jarabes endulzados con JMAF son "similares" a los refrescos y jarabes endulzados con azúcar de caña y "compiten directamente" con ellos o "pueden sustituirlos directamente" y que los refrescos y jarabes endulzados con azúcar de remolacha son "similares" a los refrescos y jarabes endulzados con azúcar de caña.

La LIEPS discrimina contra los edulcorantes importados distintos del azúcar de caña y los refrescos y jarabes importados endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña porque aplica: 1) un impuesto del 20 por ciento sobre la transferencia interna; y 2) un impuesto del 20 por ciento sobre la distribución de los refrescos y jarabes endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña que no se aplica a los refrescos y jarabes endulzados con azúcar de caña. La LIEPS también discrimina contra los refrescos y jarabes importados porque aplica un impuesto del 20 por ciento a su importación, con independencia del tipo de edulcorante que contengan, pero no grava la enajenación en el mercado interno de refrescos y jarabes endulcorados exclusivamente con azúcar de caña.

Como se explica en las comunicaciones de los Estados Unidos, la inmensa mayoría de los refrescos y jarabes que se producen en los Estados Unidos están endulcorados con JMAF. Los productores estadounidenses también pueden utilizar azúcar de remolacha para endulzar los refrescos y jarabes, como hacen sus interlocutores europeos. En cambio, en México la mayoría de los refrescos y jarabes se endulzan con azúcar de caña. (Esto es cierto incluso antes de aplicar la LIEPS a los refrescos y jarabes cuando el azúcar de caña abarca más del 70 por ciento de los edulcorantes utilizados en los refrescos y jarabes mexicanos.)⁶⁰ La LIEPS, por lo tanto, grava con un 20 por ciento los refrescos y jarabes importados en el momento de su importación, enajenación en el mercado interno y distribución. Estos impuestos (los impuestos sobre refrescos con JMAF y sobre la distribución) no se aplican a la mayoría de los refrescos y jarabes producidos en México.

⁵⁸ La LIEPS lo consigue de la siguiente manera: el artículo 1 somete la importación y la enajenación interna de los productos identificados en el artículo 2, así como la prestación de determinados servicios en relación con éstos, a las disposiciones de la Ley. El artículo 2 identifica los productos sujetos al IEPS así como el tipo de gravamen para dichos productos. Los incisos G) y H) del artículo 2 establecen que los refrescos y jarabes (véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71) están sujetos a un tipo de gravamen del 20 por ciento. El párrafo II del artículo 2 identifica la distribución, representación, correduría, agencia y consignación que, si se prestan en conexión con los productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2, están sujetos al IEPS. El artículo 8 establece que las enajenaciones de productos identificados en los incisos G) y H) del artículo 2 no están sujetos al IEPS si están endulzados exclusivamente con azúcar de caña. El párrafo II del artículo 2 exime la prestación de servicios en relación con los productos identificados en el artículo 8.

⁵⁹ Artículo 19 de la LIEPS modificada. Véase la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 37 y 46.

⁶⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 23 y Estados Unidos - Pruebas documentales 15 y 57.

Los impuestos sobre los refrescos con JMAF y sobre la distribución son, por lo tanto, impuestos aplicados a los productos importados "superiores" y no similares a los aplicados a productos nacionales "similares" y "directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente". Sucede así con independencia de que los productos importados sean refrescos y jarabes edulcorados con JMAF, azúcar de remolacha o cualquier otro edulcorante distinto del azúcar de caña. Dicho de otra manera, la LIEPS somete las importaciones a impuestos "superiores" y no similares a los aplicados a productos nacionales "similares" y "directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente" porque la LIEPS excluye específicamente esos productos nacionales de su ámbito de aplicación.

Lo mismo cabe decir con respecto a los edulcorantes distintos del azúcar de caña utilizados en los refrescos y jarabes. Antes de la aplicación de la LIEPS a los refrescos y jarabes, el JMAF abarcaba más del 99 por ciento de las importaciones mexicanas de edulcorantes, pero únicamente entre el 5 y el 10 por ciento de la producción mexicana de edulcorantes.⁶¹ En cuanto al azúcar de remolacha, no se produce en México y, por lo tanto, en la medida en que existe en México se trata de un edulcorante importado.⁶² Al someter los refrescos y jarabes endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña a un impuesto del 20 por ciento y no someter al mismo impuesto a los refrescos y jarabes endulzados con azúcar de caña, la LIEPS somete a los edulcorantes importados -ya se trate de JMAF o azúcar de remolacha- a un gravamen que es distinto y "superior" al aplicado al producto nacional similar, el azúcar de caña.

Los requisitos de contabilidad y presentación de informes también discriminan contra el azúcar de remolacha de la misma manera que discriminan contra el JMAF. Únicamente los refrescos y jarabes elaborados con edulcorantes distintos del azúcar de caña (incluidos el JMAF y el azúcar de remolacha) están sujetos a estos requisitos. El empleo exclusivo del producto nacional "similar" y "directamente competidor o que puede sustituirlo directamente", el azúcar de caña, se traduce en una exención de los requisitos de contabilidad y presentación de informes.

75. El Grupo Especial observa que, en su comunicación de réplica (párrafo 53), los Estados Unidos han afirmado que las obligaciones contraídas respecto de un Miembro por otro Miembro en virtud de los términos de un Acuerdo internacional no formarían parte de las "leyes y reglamentos" del primer Miembro de conformidad con el apartado d) del artículo XX del GATT. ¿Quieren decir los Estados Unidos que, a su juicio, esto siempre sería así o consideran que con arreglo a los hechos de este caso específico las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del TLCAN no formarían parte de las "leyes y reglamentos" de México?

A juicio de los Estados Unidos, las obligaciones internacionales contraídas respecto de un Miembro por otro Miembro en virtud de los términos de un Acuerdo internacional no forman parte de las "leyes y reglamentos" en el sentido del apartado d) del artículo XX del GATT. Esto es así con independencia de que las obligaciones internacionales que se afirma son "leyes y reglamentos" sean obligaciones de los Estados Unidos en virtud del TLCAN u obligaciones de cualquier otro país en virtud de cualquier Acuerdo internacional. Además, la frase "leyes y reglamentos" se refiere a las leyes y reglamentos del Miembro que alega que su infracción de las normas del GATT está justificada

⁶¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 24-25.

⁶² México no importa azúcar de remolacha. No obstante, esto no cambia el hecho de que la LIEPS discrimina contra el azúcar de remolacha como edulcorante para los refrescos y jarabes. Por ejemplo, en el asunto *CE - Banano* el hecho de que los Estados Unidos "nunca han exportado ninguna cantidad de banano" no modificó el hecho de que el régimen de las CE para la importación y venta de bananos constituyera una infracción del artículo III del GATT ni la presunción de que ese régimen, por lo tanto, anulaba o menoscababa ventajas resultantes para los Estados Unidos. El Órgano de Apelación observó que los Estados Unidos tenían un "interés potencial de exportación" de bananos. Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafos 208-216, 249-254.

por el apartado d) del artículo XX. No se refiere a las leyes y reglamentos del Miembro cuyos derechos dimanantes del GATT se han visto menoscabados por la medida del otro Miembro que es incompatible con la normativa del GATT.

76. Los Estados Unidos han sostenido que "actualmente participan en la tercera etapa" de la solución de controversias en el marco de los procedimientos del TLCAN, respecto a la controversia que mantienen con México sobre los compromisos de acceso al mercado de los Estados Unidos para las exportaciones mexicanas de azúcar. Se ruega a los Estados Unidos que desarrollen esa declaración. ¿Durante cuánto tiempo se extendería normalmente esa tercera etapa? ¿Qué ocurriría, con arreglo a las normas del TLCAN, si no se integrara el panel?

Con respecto a la primera parte de la pregunta, en 10 años de experiencia en el sistema de solución de diferencias de la OMC, se han constituido docenas de grupos especiales y es posible discernir pautas y tener expectativas respecto de este proceso. Desde que se puso en aplicación el TLCAN, hace 11 años, se han constituido sólo tres paneles (Canadá - Productos agrícolas, Estados Unidos - Escobas, y Estados Unidos - Camiones). Con un número tan reducido de controversias es imposible sugerir normas o fijar expectativas. En realidad es cierto que el tiempo necesario para constituir cada uno de estos tres paneles fue superior al previsto en el TLCAN.

En cuanto a la segunda parte de la pregunta, con arreglo al TLCAN el establecimiento de un panel es automático. Es decir, si las partes en la controversia no pueden resolverla transcurridos los plazos prescritos y una de las partes presenta una solicitud para que se establezca el panel, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN "establecerá un p nel arbitral".⁶³ En la controversia sobre el azúcar en el marco del TLCAN se ha "establecido" un panel arbitral. A diferencia del ESD, que permite que una parte pida al Director General que designe a los integrantes del grupo especial 20 días después de la fecha de su establecimiento si las partes no consiguen ponerse de acuerdo⁶⁴, no existe una disposición similar en el TLCAN. Como reconoce México "[e]l capítulo XX del TLCAN carece de la automaticidad del ESD".⁶⁵ A este respecto, la Secretaría del TLCAN no designó panelistas en la controversia sobre el azúcar a solicitud de M xico⁶⁶, porque según las normas de solución de controversias del TLCAN, su secretaría no tiene competencia para ello.

77. En su respuesta a la pregunta 30 del Grupo Especial, los Estados Unidos han dicho que hay medios alternativos, "diplomáticos y de otro tipo, que no constituyen un incumplimiento de las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC", que México podría haber utilizado para abordar sus preocupaciones con respecto al comercio bilateral de edulcorantes en el marco del TLCAN, como negociaciones bilaterales entre los gobiernos y entre los sectores

⁶³ Artículo 2008(2) del TLCAN.

⁶⁴ La última actualización de la Secretaría del documento sobre la situación de las diferencias que figura en el documento WT/DS/OV22 refleja el hecho de que incluso la composición de los grupos especiales en la OMC puede llevar mucho tiempo. Véanse, por ejemplo, *Australia - Determinadas medidas que afectan a las importaciones de frutas y hortalizas frescas* (Filipinas) (DS270) (el Grupo Especial fue establecido el 29 de agosto de 2003 pero todavía no se ha determinado su composición); *Australia - Régimen de cuarentena para las importaciones* (CE) (DS287) (el Grupo Especial fue establecido el 7 de noviembre de 2003 pero todavía no se ha determinado su composición); *Estados Unidos - Derechos compensatorios impuestos a las placas de acero procedentes de México* (México) (DS280) (el Grupo Especial fue establecido el 29 de agosto de 2003 pero todavía no se ha determinado su composición).

⁶⁵ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 3.

⁶⁶ Véanse la Primera comunicación escrita de México, párrafo 75, nota 41; Segunda comunicación escrita de México, párrafo 3; declaración inicial de México en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 78; respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, página 6.

privados de ambos países. Se ruega a los Estados Unidos que desarrollen esta afirmación y expliquen cuáles son algunos de los medios alternativos que México podría haber razonablemente utilizado para abordar sus preocupaciones con respecto al comercio bilateral de edulcorantes en el marco del TLCAN. ¿Incluirían esos medios la suspensión de ventajas derivadas del TLCAN que no forman parte de las obligaciones que corresponden a México en virtud de los Acuerdos de la OMC?

Como cuestión inicial, la existencia de "medidas alternativas" es un instrumento analítico que han empleado los grupos especiales y el Órgano de Apelación para evaluar hasta qué punto una medida incompatible con las normas del GATT, para la que se invoca una defensa al amparo del apartado d) del artículo XX, es efectivamente "necesaria". En otras diferencias las partes reclamantes han sugerido que la existencia de una medida alternativa que logra la observancia de las leyes y de los reglamentos pertinentes y que es compatible con el GATT significa que la medida impugnada no es "necesaria". No obstante, el hecho de que exista una medida alternativa compatible con el GATT no responde a la pregunta de si el Miembro que invoca el apartado d) del artículo XX ha demostrado que la medida impugnada es "necesaria" para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos. Por lo tanto, con independencia de que los Estados Unidos identifiquen una medida alternativa compatible con el GATT, recae sobre México la carga de demostrar en primer lugar que sus medidas fiscales son "necesarias" para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos.

Teniendo presente lo anterior, existen medios diplomáticos en el marco del TLCAN para que México plantee sus preocupaciones sobre el comercio bilateral de edulcorantes, entre los que figuran reuniones periódicas a nivel oficial y ministerial, y de hecho México ha utilizado y sigue utilizando actualmente esos medios. Además, las ramas de producción de edulcorantes de ambos países han mantenido negociaciones no oficiales para buscar una solución mutuamente aceptable para el comercio bilateral de edulcorantes y dichas negociaciones continúan. Los funcionarios del sector que intervienen en las conversaciones informan periódicamente a los gobiernos.

También conviene tener en cuenta que las medidas fiscales en litigio violan los derechos dimanantes del GATT no sólo de los Estados Unidos sino también del Canadá, las CE y otros Miembros. Los Estados Unidos rechazan la tesis de que el apartado d) del artículo XX pueda utilizarse para solucionar diferencias en el marco de otros acuerdos internacionales, como ha sostenido México en el presente asunto. Sin embargo, aunque fuera admisible utilizar de ese modo el apartado d) del artículo XX, no justificaría menoscabar los derechos de todos los Miembros de la OMC debido a la existencia de una diferencia bilateral.

En cuanto a la suspensión de ventajas derivadas del TLCAN, los Estados Unidos señalan que México ya ha suspendido ventajas en el marco del TLCAN con respecto al JMAF al aplicar derechos antidumping incompatibles con las normas de ese Tratado a las importaciones de JMAF procedentes de los Estados Unidos desde 1997 hasta abril de 2002. Y con respecto al azúcar, como se señala en nuestra Segunda comunicación⁶⁷, a los Estados Unidos les resulta difícil conciliar el hecho de que México se comprometiera en virtud del TLCAN a permitir el acceso en franquicia arancelaria como mínimo de 7.258 tm de azúcar estadounidense al año con el hecho de que no haya proporcionado este nivel de acceso al mercado durante los 11 años transcurridos desde que el TLCAN entró en vigor.

78. En la segunda reunión sustantiva (párrafo 23 de la versión escrita), los Estados Unidos utilizaron la expresión "reconocidos o no" al referirse a los principios del derecho internacional. ¿Qué significaría la expresión "reconocidos o no" en ese contexto?

⁶⁷ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 58, nota 79.

En el párrafo 23 se hacía referencia a los párrafos 120 a 125 de la decisión sobre el asunto de las *Hormonas*, en los que el Órgano de Apelación rechazó argumentos presentados por las CE en el sentido de que el "principio de cautela" es una "norma consuetudinaria general del derecho internacional" que prevalecería sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF. El Órgano de Apelación constató que era "menos claro" que los Miembros de la OMC hubieran aceptado el principio de cautela como un principio de derecho internacional general o consuetudinario y se abstuvo de pronunciarse sobre esta cuestión. El Órgano de Apelación dio a continuación una orientación que resulta bastante pertinente para la presente diferencia. Constató que "el principio de cautela, por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios (de derecho internacional consuetudinario) normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del Acuerdo MSF".⁶⁸

Pro lo tanto, los principios generales del derecho internacional sólo podrían ser pertinentes si hubiera una directiva textual inequívoca en el Acuerdo sobre la OMC que les diera esa pertinencia. Los principios generales del derecho internacional no se pueden utilizar para que prevalezcan sobre el texto del Acuerdo sobre la OMC, para crear nuevas excepciones a las obligaciones contraídas en el marco de la OMC ni para recortar de otra manera los derechos y obligaciones de sus Miembros. Así sería incluso en el caso de un principio "reconocido" del derecho internacional, y mucho más tratándose de algo (como el "principio de cautela" en el asunto relativo a las *Hormonas*) que no ha sido reconocido como un principio del derecho internacional.

79. En una respuesta preliminar a la pregunta anterior cuando ésta fue formulada oralmente por el Grupo Especial durante la segunda reunión sustantiva, México afirmó que no solicita al Grupo Especial que se pronuncie sobre la controversia en el marco del TLCAN. Se ruega a los Estados Unidos que formulen observaciones sobre esa respuesta, en particular teniendo en cuenta la declaración que han formulado en la segunda reunión sustantiva (párrafos 6 y 7 de la versión escrita) de que aceptar la interpretación de México en el sentido de que la expresión "leyes y reglamentos" incluye las obligaciones con respecto a México en virtud del TLCAN exigiría que los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC determinaran si en efecto tuvo lugar "una infracción del Acuerdo subyacente".

Los Estados Unidos remiten al Grupo Especial a la respuesta que han dado a la pregunta 64 *supra*.

80. Se ruega a los Estados Unidos que aclaren el alcance específico, a efectos de la presente diferencia, de cada grupo de productos importados en cuestión contra los que supuestamente se está discriminando en comparación con los productos nacionales. En particular, con respecto a los refrescos y jarabes importados, ¿abarca el alcance del producto: a) los refrescos y jarabes importados; b) los refrescos y jarabes importados endulzados con edulcorantes nutritivos; c) los refrescos y jarabes importados endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña; d) los refrescos y jarabes importados edulcorados con JMAF y azúcar de remolacha; o e) los refrescos y jarabes importados edulcorados con JMAF? Con respecto a los edulcorantes importados, ¿abarca el alcance del producto: a) los edulcorantes importados; b) los edulcorantes nutritivos importados; c) los edulcorantes distintos del azúcar de caña importados; d) el JMAF y el azúcar de remolacha importados; o e) el JMAF importado?

Con respecto a los refrescos y jarabes la respuesta a la pregunta depende del punto en que se aplique el IEPS. Con respecto al IEPS que se aplica a la importación de los refrescos y jarabes la respuesta es a): el IEPS discrimina contra los refrescos y jarabes importados con independencia del tipo de edulcorante que contienen. Con respecto al IEPS aplicado a las enajenaciones en el mercado

⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 124.

interno y la distribución, representación, correduría, agencia y consignación de refrescos y jarabes, la respuesta es c): el IEPS discrimina contra los refrescos y jarabes importados endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña, con inclusión del JMAF y el azúcar de remolacha.

Con respecto a los edulcorantes, la respuesta es c): el IEPS discrimina contra los edulcorantes importados distintos del azúcar de caña, con inclusión del JMAF y el azúcar de remolacha.

ANEXO C-5*

COMENTARIOS DE MÉXICO SOBRE LAS RESPUESTAS DE ESTADOS
UNIDOS AL SEGUNDO LISTADO DE PREGUNTAS FORMULADAS
POR EL GRUPO ESPECIAL

22 de marzo de 2005

México proporciona sus comentarios a las respuestas del 15 de marzo de 2005 de Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial derivadas de la Segunda Reunión Sustantiva con las partes. Estados Unidos ha repetido sus argumentos anteriores, y México ya los ha abordado en sus comunicaciones previas. En aras de evitar repeticiones, los comentarios de México se limitan a ciertas cuestiones centrales y responden a algunos de los argumentos de Estados Unidos que no había abordado previamente.

Pregunta 58

México advierte que Estados Unidos no respondió a la pregunta. No especificó si coincide o no con la declaración de México de que un panel del TLCAN podría concluir que las medidas fiscales de México son contramedidas aceptables. A lo largo del procedimiento Estados Unidos ha buscado evadir el tema de su posición sobre el derecho de un Estado de adoptar contramedidas cuando otro Estado se rehúsa a someterse a los mecanismos de solución de controversias de un tratado, o de otra forma frustra la operación de éstos.

El que Estados Unidos sencillamente haya evitado exponer su posición al respecto -lo cual contrasta marcadamente con sus extensas y detalladas comunicaciones sobre los artículos III y XX(d) del GATT de 1994- es una prueba más de que no considera verdaderamente que no pueda justificarse el uso de contramedidas al amparo del TLCAN. En la opinión de México, Estados Unidos desea preservar la posibilidad de adoptar contramedidas cuando esté en la posición de parte reclamante, en lugar de la parte demandada reacia, en otras controversias al amparo del TLCAN o en otros contextos. Si no fuere así, ¿por qué no declaró sencillamente que está en desacuerdo con la declaración de México? ¿Por qué no rechazó la opinión expresada en la cita del párrafo 126 de la Primera Comunicación Escrita de México? ¿Por qué no intentó explicar por qué, cuando sus Secretarios del Gabinete firmaron un acuerdo en el que se comprometieron a no adoptar contramedidas incompatibles con el GATT o el TLCAN por un periodo de doce meses, el término "contramedidas" que utilizaron era distinto del que México ha discutido en este caso? ¿Por qué no proporcionó detalles precisos que sustentaran su argumento de que México tomó sus declaraciones y acciones "fuera de contexto"? ¿Por qué no descartó tomar el mismo tipo de acciones que México?

En vez de confirmar que sostiene su posición sobre el derecho de un Estado para adoptar acciones unilaterales, cuando la cooperación internacional para resolver un problema fracasa porque el otro Estado ha obstruido la operación de un mecanismo de solución de controversias de un tratado distinto del Acuerdo de la OMC, Estados Unidos continúa tratando de cambiar de tema. Por ejemplo, su afirmación de que "nada en el texto del TLCAN otorga a las Partes el derecho de adoptar contramedidas de la manera como México alega en esta controversia"¹ (traducción propia) es engañosa porque ignora que:

* El Anexo C-5 contiene las observaciones formuladas por México sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva. Este texto fue originalmente presentado en español por México.

¹ Véase el párrafo 23.

- el artículo 102(2) del TLCAN dispone que el TLCAN en su conjunto debe interpretarse de conformidad con sus términos y "las normas aplicables del derecho internacional";
- las normas aplicables del derecho internacional incluyen las normas en materia de contramedidas, que existen y aplican en el marco del TLCAN a menos que hayan sido expresamente modificadas por un tratado;
- ninguna disposición del TLCAN impera sobre esas normas y, aun suponiendo que alguna disposición del capítulo XX las derogara (lo cual se niega), recobrarían su vigencia si, como en este caso, una Parte obstruye la consideración de un agravio legítimo por un tercero independiente.

Las normas del derecho internacional consuetudinario en materia de contramedidas no requieren de una codificación adicional en el TLCAN para ser aplicables en el marco del tratado.

La referencia de Estados Unidos a los artículos 2018 y 2019 del TLCAN también está fuera de lugar. En primer lugar, esas disposiciones norman la implementación del informe final de un panel arbitral del TLCAN y la suspensión de beneficios en el caso de que las Partes no logren un acuerdo sobre la implementación de las recomendaciones del panel. Suponen que la Parte demandada se sometió de buena fe al mecanismo de solución de controversias. No se refieren al derecho de una Parte del TLCAN de adoptar contramedidas cuando la demandada frustra la operación del mecanismo de solución de controversias. Estados Unidos confunde dos conceptos jurídicos distintos: el derecho de adoptar contramedidas conforme al derecho internacional consuetudinario y la suspensión de beneficios conforme al tratado como resultado de su operación.

En segundo lugar, como señaló Estados Unidos, la suspensión de beneficios de acuerdo con el artículo 2019 debe ir "precedida de una determinación de violación emitida por un panel del TLCAN".² Sin embargo, si se impide que un panel arbitral se integre y, en consecuencia, que emita un informe, el artículo 2019 es inaplicable. México ejerció sus derechos derivados del derecho internacional consuetudinario precisamente porque Estados Unidos impidió que un panel pudiera integrarse y resolver la reclamación de México. El artículo 2019 nada tiene que ver con el uso de contramedidas.

El Grupo Especial además apreciará que Estados Unidos ha intentado cuestionar, sólo mediante afirmaciones superficiales, las pruebas de México de que en el pasado Estados Unidos ha adoptado y se ha reservado el derecho de adoptar acciones del tipo de las que México tomó.³ México sencillamente insta al Grupo Especial a analizar los párrafos pertinentes que Estados Unidos ha identificado de la Segunda Comunicación Escrita de México y las pruebas respectivas. Éstos establecen con toda claridad que Estados Unidos no sólo ha invocado el derecho de adoptar contramedidas, sino que las ha tomado incluso antes de someterse a los mecanismos de solución de controversias.

En síntesis, Estados Unidos no descarta la posibilidad de que un panel del TLCAN pueda concluir que la medida objeto de este procedimiento sea el legítimo ejercicio de contramedidas.

Por último, los comentarios de Estados Unidos en el párrafo 23 de sus Respuestas demuestran que continúa evitando confrontar el hecho de que la acción de México modificó el trato a la fructosa al amparo del artículo 301 del TLCAN. La presente controversia en su origen se suscita en el marco del TLCAN y se sujeta al mismo.

² *Ibíd.*

³ Véase el párrafo 24.

Pregunta 62

En su respuesta, Estados Unidos primero concuerda con México en que no hay una disposición del TLCAN que pueda considerarse equivalente al artículo 23(2) del ESD. Sin embargo, Estados Unidos otra vez confunde la suspensión de beneficios prevista en el artículo 2019 del TLCAN con la adopción de contramedidas. También en forma conveniente ignora que, como lo ha señalado en el contexto de otras controversias, las normas del derecho internacional son aplicables en el marco del TLCAN (a menos que hubiese sido derogadas expresamente).⁴ La aseveración de Estados Unidos de que "no hay una disposición en el TLCAN que justifique una violación del TLCAN con base en el hecho o la afirmación de que otra parte ha violado sus obligaciones al amparo del TLCAN"⁵ (traducción propia) está fuera de lugar.

Los repetidos argumentos de Estados Unidos relativos al artículo 2019 del TLCAN sólo resaltan la gran ironía en este caso: ¡Estados Unidos pretende utilizar contra México el que no haya podido obtener la determinación de un panel del TLCAN, cuando ha sido Estados Unidos el que ha bloqueado todos los esfuerzos de México para integrar un panel! Es desafortunado, aunque enteramente predecible, que Estados Unidos se queje de que México ha adoptado medidas sin haber obtenido antes la determinación de un panel del TLCAN sobre la violación que aduce, y sin embargo se rehúse a reconocer que es el responsable de esta situación (véase al respecto la respuesta de Estados Unidos a la pregunta 76 donde intenta ofuscar qué es lo que pasa cuando no se designa panelistas conforme al capítulo XX del TLCAN). México reitera que no habría adoptado la medida objeto de esta disputa si Estados Unidos se hubiera sometido al procedimiento que México inició.

En cualquier caso, el argumento de Estados Unidos de que México debió haber obtenido una determinación de un panel del TLCAN de que aquel violó sus obligaciones del TLCAN antes de adoptar contramedidas es insostenible. Aceptarlo conduciría a un absurdo: cualquier Estado demandado podría rehusarse a participar en los procedimientos de solución de controversias sin temor a enfrentar consecuencias adversas, según señaló Estados Unidos en el arbitraje relativo al acuerdo internacional sobre servicios aéreos. En una situación como la presente, donde por un periodo de más de 6 años una Parte del TLCAN ha frustrado todos los esfuerzos de otra de las Partes por resolver una controversia, claramente ésta tiene el derecho de tomar acciones para reequilibrar la situación. México nuevamente refiere al Grupo Especial a la defensa de Estados Unidos en el arbitraje relativo al acuerdo internacional sobre servicios aéreos, y los comentarios al Proyecto de Convención de Harvard de 1935 que usa como sustento.

Pregunta 67

Estados Unidos argumenta en su respuesta a la pregunta 67 que todas las materias previstas en la lista ilustrativa artículo XX(d) del GATT de 1994 sugieren que las "leyes o reglamentos son leyes o reglamentos internos del Miembro que aduce la excepción del artículo XX(d)"⁶ (traducción propia). Es incorrecto. Por ejemplo, las medidas aduaneras, las relativas al mantenimiento en vigor de monopolios, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción no están limitadas al ámbito nacional. También son objeto de la cooperación internacional y diversos acuerdos internacionales las abordan.

⁴ Véase la respuesta de México del 15 de marzo de 2005 a la pregunta 58 del Grupo Especial.

⁵ Véase el párrafo 31.

⁶ Véase el párrafo 42.

Pregunta 73

Aunque Estados Unidos afirma que "controvierte casi todas las determinaciones [sobre los hechos] que [México] propone" (traducción propia), una revisión cuidadosa de su respuesta a la pregunta 73 revela que en realidad Estados Unidos concuerda con los hechos fundamentales que México presenta, incluidos:

- la existencia de un régimen de comercio preferencial de edulcorantes entre México y Estados Unidos, que incluye la fructosa y el azúcar, dos productos que compiten en ciertos segmentos del mercado;
- la existencia de una controversia entre México Estados y Unidos sobre los términos del TLCAN en relación con el acceso del azúcar mexicano al mercado de Estados Unidos;
- que México invocó debidamente el mecanismo de solución de controversias del capítulo XX del TLCAN para resolver la disputa;
- que a pesar de los esfuerzos de México, la disputa entre las Partes en el marco del TLCAN sigue sin resolverse, seis años después.

Estados Unidos disputa que haya frustrado los intentos de México por resolver su agravio en el marco del TLCAN, que México haya agotado todos los esfuerzos por resolver la controversia, así como la motivación de la medida adoptada por México. Empero, contrario a la aseveración de Estados Unidos, estas son cuestiones de hecho que están sustentadas en pruebas que obran en el expediente, y no involucran cuestiones jurídicas disputadas.

Más aún, Estados Unidos ha omitido por completo discutir las pruebas que México ha presentado en este procedimiento, y que sustentan plenamente sus argumentos al respecto. Por ejemplo, Estados Unidos no ha negado la aseveración de México de que no solo no designó panelistas, sino que dio instrucciones a su Sección del Secretariado del TLCAN para abstenerse de hacerlo, y tampoco ha remitido a cualquier prueba que la contradiga.

Después de dos rondas de comunicaciones escritas, dos audiencias y dos rondas de respuestas a las preguntas del Grupo Especial, Estados Unidos tampoco ha presentado cualquier prueba que sustente su débil alegato de que en realidad intentó que un panel del TLCAN pudiera cumplir con su función de asistir a las partes a encontrar una solución mutuamente satisfactoria a la controversia. El que, tras todas estas oportunidades, Estados Unidos no haya presentado prueba alguna para refutar las de México sólo puede conducir a una conclusión: Estados Unidos ha bloqueado la integración y, por tanto, la operación del panel del TLCAN.

Estados Unidos ha omitido por completo presentar cualquier explicación alternativa o cualquier prueba para demostrar que no es enteramente responsable de esta "lamentable situación". Se ha limitado al argumento absurdo de que las Partes del TLCAN se encuentran en la "tercera etapa" del proceso, la selección de panelistas. El Grupo Especial fácilmente puede hacer la determinación de hecho que México solicita.

Por cuanto se refiere a las aseveraciones insustanciadas de que México no ha agotado todas las alternativas para resolver la controversia, nuevamente Estados Unidos no ha podido especificar qué opciones México debió o pudo haber seguido, distintas de todas las que ha tomado.

Con respecto a la motivación de la medida de México objeto de esta disputa, México reitera que se trata de una respuesta a los actos y omisiones de Estados Unidos relativos a la controversia del TLCAN, que buscan asegurar el cumplimiento de Estados Unidos con sus obligaciones de dicho

tratado. México simplemente no ve cómo puede Estados Unidos disputar este hecho considerando que México ha manifestado repetidamente que la medida en cuestión no hubiera sido adoptada si Estados Unidos no se hubiera rehusado a permitir que el sistema de solución de controversias del TLCAN cumpliera con su función, especialmente cuando por más de tres años el Departamento de Agricultura de Estados Unidos en sus informes sobre el sector azucarero repetidamente describió la seriedad de la situación de México.

Finalmente, en cuanto a la intención de Estados Unidos por descalificar como "irrelevante" su declaración de que, de acuerdo con el derecho internacional, puede válidamente adoptar contramedidas cuando otros Estados se rehúsan a someter una cuestión a los mecanismos de solución de controversias, México advierte que Estados Unidos ha sido cuidadoso en no rechazar sus declaraciones previas al respecto. México ha probado plenamente que Estados Unidos ha sostenido ese punto de vista de manera constante. México además advierte que el comentario que Estados Unidos ha hecho para que "conste en el expediente" es vago y está expresado en términos ambiguos.⁷ Estados Unidos ciertamente no ha declarado que no tomará contramedidas válidas cuando otro Miembro de la OMC se rehúse a someterse a un mecanismo de solución de controversias de un tratado.

Pregunta 76

En su respuesta a la pregunta 76, Estados Unidos afirmó que "...el Secretariado del TLCAN no designó a los panelistas en la controversia de azúcar del TLCAN tras la solicitud de México porque, de conformidad con las reglas de solución de controversias del TLCAN, el Secretariado del TLCAN no tiene facultades para nombrar a los panelistas"⁸ (traducción propia). Alegar que ésta es la razón por la cual un panel del TLCAN no ha sido integrado es sencillamente falso.

México se pregunta cómo puede Estados Unidos hacer tal afirmación considerando que:

- el 17 de octubre de 2000 México envió una carta a Estados Unidos en la que propuso al presidente del panel del TLCAN;
- el 17 de noviembre de 2000 Estados Unidos rechazó la propuesta e indicó que haría su propia propuesta en la semana del 26 de noviembre de 2000;
- durante el mes de noviembre de 2000 hubo intercambios de correos electrónicos en los que Estados Unidos declaró que necesitaba más tiempo para finalizar su propuesta; sin embargo, Estados Unidos nunca propuso un presidente;
- posteriormente, dadas las funciones del Secretariado conforme al artículo 2002 del TLCAN puesto que corresponde a la sección del Secretariado de la Parte demandada administrar los procedimientos de solución de controversias, México buscó que la Sección estadounidense del Secretariado del TLCAN nombrara a los panelistas ante la negativa del gobierno de Estados Unidos. Sin embargo, Estados Unidos bloqueó este esfuerzo al darle instrucciones para que se abstuviera de hacerlo.

Es poco sincero, por decir lo menos, alegar que razones sistémicas explican por qué no se ha integrado un panel del TLCAN para examinar el agravio de México.

⁷ Véase el párrafo 67.

⁸ Véase el párrafo 79.

Por tal motivo, es completamente inapropiado intentar establecer paralelos, como lo pretende Estados Unidos, entre la disputa de azúcar del TLCAN y otras disputas, incluso disputas en el marco de la OMC, donde la integración de un panel puede tomar más tiempo del contemplado. No hay indicación alguna de que en esas disputas una de las partes haya evitado someter un agravio a la solución de controversias prolongando indefinidamente el proceso de selección de panelistas.

Finalmente, el argumento de Estados Unidos de que el panel del TLCAN ha sido "establecido" es absolutamente ridículo: No existe tal panel; ni un solo miembro ha sido nombrado. El Grupo Especial no necesita hacer ninguna interpretación jurídica del TLCAN para determinar que el argumento de Estados Unidos es falso absolutamente.

Pregunta 77

México advierte que Estados Unidos ha evitado responder a la pregunta sustantiva del Grupo Especial. Estados Unidos pretende minimizar la importancia para la parte reclamante de identificar las medidas alternativas mediante las cuales se pudo haber asegurado el cumplimiento con las leyes y reglamentos pertinentes⁹; pero no ha podido explicar qué medidas alternativas pudo México razonablemente tomar para resolver sus preocupaciones en relación con el comercio bilateral de edulcorantes al amparo del TLCAN.¹⁰

Finalmente, la afirmación de Estados Unidos de que México ya "ha suspendido beneficios al amparo del TLCAN con respecto a la fructosa al aplicar cuotas compensatorias en contra de la fructosa importada de Estados Unidos entre 1997 y abril de 2002"¹¹ (traducción propia) es incorrecta. En primer lugar, la aplicación de cuotas compensatorias está contemplada en el TLCAN y, por consiguiente, no es equivalente a la suspensión de beneficios de acuerdo con el mismo. Segundo, cuando México aplicó las cuotas compensatorias a las importaciones de fructosa de Estados Unidos, fue en ejercicio de un derecho aun cuando éste subsecuentemente fue impugnado con éxito. Tercero, México revocó la resolución por la que impuso las cuotas compensatorias, canceló las garantías establecidas y devolvió las cuotas pagadas. En síntesis, México no alteró el equilibrio de los derechos y obligaciones en el marco del TLCAN.

⁹ Véase el párrafo 80.

¹⁰ Estados Unidos recita una lista de reclamaciones que tiene en relación con medidas de México. La controversia en materia de azúcar ciertamente no es la única. México podría listar más reclamaciones relativas a medidas de Estados Unidos. Sin embargo, ninguna es pertinente a la presente disputa.

¹¹ Véase el párrafo 83.

ANEXO C-6

OBSERVACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LAS RESPUESTAS DE MÉXICO A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL DESPUÉS DE LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

A AMBAS PARTES:

Pregunta 52

La respuesta de México interpreta de manera inexacta el artículo 11 del ESD. Contrariamente a lo que afirma México y a su interpretación incorrecta del informe del Grupo Especial sobre el asunto *India - Automóviles*¹, el artículo 11 del ESD no requiere que los grupos especiales tomen en cuenta las modificaciones de las medidas que se hayan producido después de la solicitud de establecimiento de un grupo especial.

Lo que el artículo 11 requiere que hagan los grupos especiales es "una evaluación objetiva del asunto que se les haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes ...". El "asunto sometido" al grupo especial es el determinado en la solicitud de su establecimiento (que consiste en las medidas en litigio y las alegaciones hechas a su respecto). Por consiguiente, el asunto sometido a este Grupo Especial es la compatibilidad de las medidas fiscales indicadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos con las obligaciones que corresponden a México en virtud del artículo III del GATT de 1994. Las medidas fiscales indicadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos son las siguientes:

"La *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios* o 'IEPS' publicada el 1° de enero de 2002 y sus posteriores modificaciones publicadas el 30 de diciembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2003; y cualesquiera medidas conexas o de aplicación, con inclusión del *Reglamento de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios* publicado el 15 de mayo de 1990, la *Resolución Miscelánea Fiscal para 2004* (Título 6) publicada el 30 de abril de 2004 y la *Resolución Miscelánea Fiscal para 2003* (Título 6) publicada el 31 de marzo de 2003, que contienen, entre otras cosas, detalles relativos al alcance, cálculo, pago y prescripciones en materia de contabilidad y de registro de la IEPS."²

Como la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos no incluye la modificación de 1° de enero de 2005, el mandato del Grupo Especial no la comprende y, por lo tanto, no es parte del "asunto" sobre el cual el artículo 11 del ESD requiere que el Grupo Especial haga una evaluación objetiva. En realidad, al no estar comprendida la modificación de 1° de enero de 2005 en el mandato del Grupo Especial, no es una medida acerca de la cual el Grupo Especial esté facultado para formular constataciones, en sí misma ni en relación con la Ley del IEPS

¹ La cita que figura en la respuesta de México pone en evidencia que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *India - Automóviles*, al citar el artículo 11 del ESD, lo hacía en relación con "la conveniencia de formular una recomendación con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del ESD". No lo hizo en relación con la cuestión de si el Grupo Especial debía o no formular constataciones sobre las medidas en litigio incluyendo modificaciones posteriores. Informe del Grupo Especial, *India - Medidas que afectan al sector del automóvil*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, adoptado el 5 de abril de 2002, párrafo 8.26; véase también *infra*.

² WT/DS308/4.

que estaba en vigor en la fecha de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos.

Aunque México hace referencia al asunto *India - Automóviles* en respaldo de su afirmación de que los grupos especiales deben tomar en consideración modificaciones posteriores a la solicitud de su establecimiento, el Grupo Especial que formuló ese informe no constató tal cosa.³ Por el contrario, formuló constataciones sobre las medidas tal como eran en la fecha de establecimiento del Grupo Especial.⁴ El contexto en que ese Grupo Especial examinó la medida modificada de la India consistía en establecer si correspondía efectuar la recomendación que prescribe el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.⁵ A ese respecto merece destacarse que ninguna de las partes, que incluían a la India y los Estados Unidos, consideraba que el Grupo Especial tuviera facultades para efectuar tal examen.⁶

Además, los Estados Unidos, no consideraron que las preocupaciones del Grupo Especial que se ocupó del asunto *India - Automóviles* acerca de sus obligaciones conforme al artículo 11 respaldaran el criterio que adoptó. Los Estados Unidos señalaron que el Grupo Especial había manifestado la preocupación de que no desempeñaría su función de ayudar al Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") si no reexaminaba las medidas de la India según habían quedado modificadas durante el curso del procedimiento. Los Estados Unidos no estuvieron de acuerdo con el Grupo Especial en este punto y señalaron que su informe -aun sin el análisis complementario de la medida modificada- daría ayuda al OSD al establecer las resoluciones y recomendaciones que la India tendría que cumplir. Como había observado el Grupo Especial del asunto *Indonesia - Automóviles*, la derogación de una medida impugnada (u otra forma de cancelación o modificación de ella) adquiriría especial pertinencia en la etapa de la aplicación de las resoluciones del procedimiento de solución de diferencias.⁷

Por último, señalaremos que el análisis del Grupo Especial del asunto *India - Automóviles*, aun tomado según sus propios términos, no tendría aplicación aquí. Ese Grupo Especial señaló que su actitud no estaba impuesta por el ESD, sino que respondía a un conjunto de circunstancias muy particular:

"[L]a decisión adoptada por este Grupo Especial de proceder de esta forma en las circunstancias propias de este caso no pretende de ninguna manera dar a entender que los grupos especiales tengan una obligación general de reevaluar sistemáticamente la existencia de las violaciones identificadas antes de proceder a formular sus

³ En realidad, el Grupo Especial rechazó específicamente la idea de que los acontecimientos subsiguientes que repercutieron en las medidas sometidas a su consideración le impidieran examinar esas medidas tal como eran en la fecha de establecimiento del Grupo Especial. Informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafos 7.29-7.30.

⁴ *Ibid.*, párrafos 7.29-7.30 y 8.2-8.3.

⁵ *Ibid.*, párrafo 8.20 ("La cuestión se limita exclusivamente a saber si, como aduce el demandado, determinados acontecimientos posteriores al establecimiento del Grupo Especial son tales como para afectar a la pertinencia de las constataciones iniciales del Grupo Especial con respecto a las medidas que estaban incluidas claramente en su mandato. Esto plantea la cuestión de si, habida cuenta de ello, deberían considerarse esos acontecimientos a fin de que el Grupo Especial pueda formular recomendaciones adecuadas con respecto a la necesidad de que la India ponga sus medidas en conformidad con el GATT de 1994.") Véase también *Ibid.*, párrafos 8.00-8.30, 8.32 y 8.58.

⁶ *Órgano de Solución de Diferencias: Acta de la reunión celebrada el 5 de abril de 2002*, WT/DSB/M/171, párrafos 12 y 15-18.

⁷ Este párrafo resume una parte de la comunicación de los Estados Unidos al Órgano de Apelación en la instancia promovida por la India contra el informe del Grupo Especial en la diferencia *India - Automóviles*. La India retiró finalmente su apelación, como consta en las actas del OSD citadas en la nota precedente.

recomendaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 19. Este Grupo Especial está simplemente respondiendo a determinados argumentos que se le han expuesto, en los que las partes discrepan con respecto a las repercusiones de acontecimientos posteriores sobre las facultades del Grupo Especial de formular recomendaciones y resoluciones. El objetivo principal del Grupo Especial al proceder de esta forma es cumplir su obligación de la manera más eficaz con miras a resolver el asunto que se le ha sometido en la presente diferencia."⁸

El Grupo Especial señaló también que la repercusión de los hechos posteriores fue "debatida ante este Grupo Especial desde las primeras etapas del procedimiento" y que las partes presentaron "varios argumentos ... que indican que durante el procedimiento han tenido lugar determinados acontecimientos que afectan fundamentalmente la existencia o persistencia de las presuntas violaciones".⁹ México, en cambio, no ha aducido que la modificación de 1º de enero de 2005 haya eliminado el trato discriminatorio de las importaciones gravadas con el IEPS.¹⁰

Por lo tanto, el criterio adoptado por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *India - Automóviles* no debe seguirse en esta diferencia por varias razones. Como han señalado los Estados Unidos en su Segunda comunicación y en sus respuestas a las preguntas formuladas después de la segunda reunión, se ha planteado a varios grupos especiales el problema de cómo actuar respecto de las modificaciones introducidas en las medidas comprendidas en su mandato después de su propio establecimiento, y todos y cada uno de ellos decidió formular sus constataciones sobre las medidas tal como existían en el momento de presentación de la solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹¹

Pregunta 54

México afirma que "los requisitos de contabilidad están previstos en el *Reglamento de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios* publicado el 15 de mayo de 1990, la *Resolución Miscelánea Fiscal para 2003* (Título 6) publicada el 31 de marzo de 2003, y la *Resolución Miscelánea Fiscal para 2004* (Título 6) publicada el 30 de abril de 2004".¹²

⁸ Informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 8.30.

⁹ *Ibid.*, párrafo 8.16.

¹⁰ Véase la Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 33; véanse también las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafos 5-6.

¹¹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 32, nota 47; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 4, nota 6; véase también el informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 7.26, nota 313. Grupo Especial del GATT, *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, IBDD 37S/222, adoptado el 7 de noviembre de 1990. El Grupo Especial del asunto *Cigarrillos*, al formular constataciones sobre las medidas incluyendo modificaciones posteriores a la solicitud de su establecimiento, parecería haberse excedido de su mandato aunque su informe no indica que esa cuestión haya sido considerada por las partes ni por el Grupo Especial.

¹² Respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, página 3 (traducción de cortesía revisada).

Para evitar confusiones: la medida en litigio respecto de la alegación de los Estados Unidos contra "los requisitos de contabilidad y presentación de informes" es el IEPS.¹³ El artículo 19 de la Ley del IEPS obliga a los productores de refrescos y jarabes que usen edulcorantes distintos del azúcar de caña a que lleven y presenten al Gobierno de México¹⁴:

- un listado anual de "los bienes que produjeron, enajenaron o importaron en el año inmediato anterior, respecto de su consumo por entidad federativa e impuesto correspondiente, así como de los servicios prestados por establecimiento en cada entidad federativa"¹⁵;
- un informe trimestral sobre los "50 principales clientes y proveedores [del contribuyente]"¹⁶;
- un informe trimestral sobre "la lectura mensual de los registros ... de los dispositivos que se utilicen para llevar el ... control físico del volumen fabricado, producido o envasado"¹⁷;
- un informe trimestral sobre el precio, valor y volumen de los productos enajenados en el trimestre anterior¹⁸;
- registro de los importadores y exportadores de refrescos y jarabes en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.¹⁹

Las "disposiciones transitorias" de la Ley del IEPS obligan a los productores de refrescos y jarabes que usen edulcorantes distintos del azúcar de caña a presentar un informe que contenga el inventario de existencias de los bienes que son considerados como contribuyentes del impuesto al 31 de diciembre de 2001.²⁰

¹³ Véase la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 46, 155 y 161-162; y las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial después de la primera reunión, párrafos 50-52.

¹⁴ La siguiente lista de prescripciones de contabilidad y presentación de informes que figuran en la Ley del IEPS está citada en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 46.

¹⁵ Ley del IEPS modificada, fracción VI del artículo 19, Prueba documental 4 presentada por los Estados Unidos.

¹⁶ *Ibid.* (fracción VIII).

¹⁷ *Ibid.* (fracción X).

¹⁸ *Ibid.* (fracción XIII).

¹⁹ *Ibid.* (fracción XI).

²⁰ Disposiciones transitorias de la Ley del IEPS, 1º de enero de 2002, artículo 2, párrafo I a). Las disposiciones transitorias se dictaron como parte de la Ley del IEPS el 30 de diciembre de 2001, por lo que forman parte de la medida. Véase la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 46, y la Prueba documental 4 presentada por los Estados Unidos.

Las reglamentaciones que cita México en su respuesta a las preguntas del Grupo Especial²¹ organizan la aplicación de las prescripciones de la Ley del IEPS en materia de contabilidad y presentación de informes.²² Los Estados Unidos interpretan la afirmación de México, de que esas reglamentaciones "están vinculadas en forma inseparable" con el IEPS, en el sentido de que México entiende que la conformidad de sus obligaciones con el párrafo 4 del artículo III del GATT respecto de las prescripciones sobre contabilidad y presentación de informes (si se constata una infracción) requiere la eliminación del trato discriminatorio aplicado a las importaciones tanto por el IEPS como por esas reglamentaciones.

También para evitar confusiones: la alegación de los Estados Unidos acerca de las prescripciones de la Ley del IEPS sobre contabilidad y presentación de informes se basa en el párrafo 4 del artículo III del GATT, y no en sus párrafos 4 y 2 como indica la respuesta de México a la pregunta del Grupo Especial.

Pregunta 58

Como han indicado los Estados Unidos, la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas fiscales de México con el TLCAN no es pertinente a los efectos de la solución de esta diferencia, que se refiere a la compatibilidad de esas medidas con las obligaciones que corresponden a México en virtud del Acuerdo sobre la OMC.

Pero la respuesta de México a la pregunta del Grupo Especial pone de manifiesto la complejidad de cualquier "defensa" que México pudiera invocar en el marco del TLCAN y las razones por las que el Grupo Especial, al resolver esta diferencia, no debe tomar en consideración la afirmación de México de que sus medidas fiscales estarían en conformidad con el TLCAN. La compatibilidad de las medidas fiscales de México con el TLCAN es una determinación *jurídica* compleja, y que el Grupo Especial no está en condiciones de realizar.²³ Como el propio México ha dejado muy claro, la determinación de los derechos y obligaciones de las partes en el TLCAN no cabe en el mandato de este Grupo Especial.²⁴

Pregunta 59

Al responder a la pregunta del Grupo Especial acerca de si el TLCAN forma parte de las leyes o reglamentos de los Estados Unidos, México afirma que "no obstante que es un tratado internacional, el TLCAN claramente tiene efectos en el orden jurídico nacional de cada una de las tres Partes del TLCAN, que rebasan las acciones de los tres Estados signatarios para implementarlo". De este

²¹ Los Estados Unidos también citan esas reglamentaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y en su Primera comunicación escrita. Véase el documento WT/DS308/4 y la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 4 y 47.

²² Véase la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 47.

²³ Los Estados Unidos no comparten la opinión de México de que un panel correspondiente al Capítulo XX del TLCAN constataría que las medidas fiscales de México son compatibles con ese Tratado, ni la interpretación que México hace del TLCAN a ese respecto. Además, dicho esto con el mayor respeto por la experiencia que tienen los miembros de la delegación de México en materia de procedimientos del Capítulo XI del TLCAN, ese capítulo simplemente no tiene relación con esta diferencia. No forma parte del Acuerdo sobre la OMC; sus disposiciones son distintas de las que aquí se discuten; y se aplican a las diferencias entre inversionistas y Estados (no a las diferencias comerciales entre Estados, como una diferencia hipotética entre México y los Estados Unidos sobre el artículo 301 del TLCAN).

²⁴ Véanse, por ejemplo, las respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, página 17 (traducción de cortesía revisada).

modo, cuando la pregunta se le formula directamente, México no afirma que el TLCAN sea una ley o reglamento interno de los Estados Unidos, como pareció sugerir en la segunda reunión con el Grupo Especial.²⁵ México parece coincidir ahora en que el TLCAN no es una ley ni un reglamento de los Estados Unidos.

Contrariamente a lo que afirma México, la cuestión no consiste en que exista o no una "separación tajante entre las obligaciones internacionales y el derecho interno". La cuestión consiste en determinar si "las leyes y los reglamentos", expresión usada en el apartado d) del artículo XX, comprende o no las obligaciones internacionales resultantes de acuerdos internacionales. Como se explicó en anteriores comunicaciones y declaraciones de los Estados Unidos, el sentido corriente de la expresión, interpretada en su contexto y teniendo presentes el objeto y fin del acuerdo, significa las leyes o reglamentos nacionales del Miembro que invoca la excepción del apartado d) del artículo XX.²⁶ La afirmación de México de que las obligaciones internacionales tienen efectos en el orden jurídico nacional no respalda su argumento de que "leyes o reglamentos" significa "acuerdo internacional" o "tratado". En realidad, parecería sugerir que México reconoce que las obligaciones internacionales son diferentes del "orden jurídico nacional" al que pueden afectar.

Pregunta 60

En su respuesta, México señala varios "intereses y valores comunes" que atribuye al TLCAN, como la eliminación de obstáculos al comercio de mercancías y la promoción de condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio. Paradójicamente, las medidas fiscales de México no promueven ninguno de esos intereses o valores. Por el contrario, bloquean efectivamente las exportaciones estadounidenses de JMAF a México y eliminan la posibilidad de una competencia leal entre el JMAF y el azúcar de caña en el mercado mexicano. México admite espontáneamente que sus medidas fiscales se organizaron para hacer cesar el desplazamiento del azúcar de caña por el JMAF importado (es decir, para proteger su rama de producción nacional frente a las importaciones).

Las citas que México hace de declaraciones de los Estados Unidos sobre procedimientos simultáneos o redundantes en múltiples foros parecerían inoportunas.²⁷ El único mecanismo de solución de diferencias al que los Estados Unidos han sometido esta diferencia es el mecanismo de la OMC. Y por más que México argumente otra cosa, esta diferencia se refiere a la compatibilidad de las medidas fiscales de México con sus obligaciones en el régimen de la OMC. Los agravios de México contra los Estados Unidos en el marco del TLCAN respecto del acceso del azúcar mexicano al mercado de los Estados Unidos son, sencillamente, otro asunto distinto.

México afirma también en su respuesta que los Estados Unidos han hecho "declaraciones falsas" con respecto a la situación del procedimiento del TLCAN. Los Estados Unidos confían en que se trate de un error de traducción y México no se proponga realmente hacer semejante acusación espuria. Los Estados Unidos no alcanzan a advertir cómo puede haber controversia alguna acerca de que: 1) los Estados Unidos entablaron consultas con México, tanto bilaterales como con el patrocinio de la Comisión de Libre Comercio; 2) como las consultas no resolvieron la controversia y México pidió la constitución de un panel, se estableció un panel del TLCAN; 3) las partes no se han puesto de acuerdo en la composición del panel y, como con arreglo al TLCAN no existen procedimientos

²⁵ Declaración final de México en la segunda reunión, párrafos 8-16.

²⁶ Véanse por ejemplo, las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión, párrafos 71-74; la Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 42-48; y la declaración inicial de los Estados Unidos en la segunda reunión, párrafos 5-7.

²⁷ Véanse las respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, página 15 (traducción de cortesía revisada). (sin cursivas en el original)

automáticos en la etapa de selección de los miembros de los paneles, el panel no se ha integrado todavía; y 4) la controversia del TLCAN sigue pendiente.

Como se indicó en la primera reunión con el Grupo Especial²⁸, el hecho de que no se haya integrado un panel del TLCAN no indica falta de dedicación de las partes a la solución de sus diferencias con arreglo al TLCAN. Antes de estas actuaciones en la OMC y durante ellas, los Estados Unidos y los productores azucareros estadounidenses han continuado tratando con México y su rama de producción el problema del azúcar planteado en el TLCAN. El actual procedimiento en la OMC se destina a resolver una diferencia distinta, relativa a la compatibilidad de las medidas fiscales de México con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre la OMC.

Pregunta 61

México ha planteado en su respuesta que "las medidas que *contribuyen a lograr* el cumplimiento con la ley o reglamento en cuestión que, en la opinión de México, incluyen aquellas que son instrumentos para prevenir o corregir una violación de una ley o reglamento subyacente, pueden justificarse al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994".²⁹ Sin embargo, en *Corea - Carne vacuna*, el Órgano de Apelación explicó que "una medida 'necesaria' está ... situada significativamente más cerca del polo de lo 'indispensable' que del polo opuesto, de lo que simplemente 'contribuye a'".³⁰ México no ha hecho ningún intento de explicar cómo puede cumplir los requisitos del apartado d) del artículo XX una medida que, según reconoce, sólo se encuentra en lo que el Órgano de Apelación ha llamado "el polo opuesto" a "contribuir" a lograr la observancia.

En esta diferencia, la única "contribución" que hacen, según alega México, sus medidas fiscales al logro de la observancia de las obligaciones derivadas del TLCAN que se aducen consiste en el daño que esas medidas causan a los exportadores estadounidenses de JMAF, que según México creó la "dinámica deseada para lograr" que los Estados Unidos modificaran su régimen del azúcar.³¹ Como han indicado antes los Estados Unidos, la imposición por México de medidas fiscales discriminatorias no ha contribuido a la solución de preocupaciones relacionadas con el TLCAN.³² La respuesta de México también reconoce implícitamente que sus medidas fiscales no hacen más que "contribuir" a lograr el cumplimiento, y en su declaración final en la segunda reunión con el Grupo Especial México parece reconocer que "ha sido menor" cualquier efecto que puedan haber tendido sus medidas para "resolver la controversia".³³

²⁸ Declaración final de los Estados Unidos en la primera reunión con el Grupo Especial, párrafo 9.

²⁹ Respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, página 16 (traducción de cortesía revisada).

³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 161.

³¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 83; véanse también las respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, página 28 (traducción de cortesía revisada) (donde se afirma que "obviamente, la industria de la fructosa de Estados Unidos y algunos otros sectores están preocupados por las medidas y se lo han comunicado a las autoridades de Estados Unidos").

³² Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión, párrafo 78.

³³ Declaración final de México en la segunda reunión con el Grupo Especial, párrafo 18.

Pregunta 63

La respuesta de México persiste en desconocer inexplicablemente el párrafo 1 del artículo 19 del ESD. El párrafo 1 del artículo 3 del ESD dispone que "los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento". Por lo tanto, el ESD afirmó los principios de la práctica de solución de diferencias del GATT y al mismo tiempo los modificó, por ejemplo al adoptar la regla del consenso negativo para la adopción de los informes de los grupos especiales y otras importantes modificaciones de la práctica de los grupos especiales del GATT de 1947. Aun suponiendo que el artículo XXIII del GATT diera "flexibilidad" a los grupos especiales del GATT en la formulación de sus recomendaciones³⁴, tal flexibilidad no existe en vigencia del ESD porque el párrafo 1 de su artículo 19 dispone expresamente que "cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo". El párrafo 1 del artículo 19 añade que "además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas". Por lo tanto, aun las sugerencias basadas en esta disposición quedan limitadas a la forma en que el Miembro podría aplicar una recomendación para poner en conformidad sus medidas, y no se extenderían al tipo de "recomendaciones", como sugiere México.

Es verdad que en la diferencia *Jamaica - Márgenes preferenciales*, que México cita, el Grupo Especial decidió dictar una resolución sobre las obligaciones de Jamaica y redactó entonces una decisión de exención dejando a cargo del Consejo del GATT resolver si aprobaba o no esa exención. Pero si un grupo especial hubiera de efectuar hoy una recomendación de esa clase, o del tipo que procura México en estas actuaciones, ese grupo especial actuaría de manera incompatible con el artículo 19 del ESD. El Grupo Especial que formuló el reciente informe del asunto *CE - Azúcar*, frente a una solicitud de que autorizara a la parte demandada a rectificar su lista de compromisos en materia de subvenciones a la exportación, desestimó la solicitud constatando lo siguiente:

"A juicio del Grupo Especial, la aseveración de las Comunidades Europeas de que, habida cuenta de las circunstancias, el único curso de acción posible es que los reclamantes acepten la corrección o revisión de la Lista de las Comunidades Europeas no es una cuestión que el Grupo Especial esté facultado para resolver, ya que trasciende el alcance de la recomendación de un grupo especial, el cual, con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del ESD, debe limitarse a recomendar que el Miembro de que se trate ponga 'la medida en conformidad con el Acuerdo sobre la Agricultura'."³⁵

Pregunta 64

México enumera en su respuesta varios "hechos" que, según afirma, el Grupo Especial puede "ver y considerar" sin necesidad de determinar si los Estados Unidos han infringido las obligaciones que les corresponden en virtud del TLCAN. Pero los "hechos" que México pide que el Grupo Especial "vea y considere" no demuestran los elementos que México tendría que acreditar para ampararse en la defensa del apartado d) del artículo XX. Para respaldar su defensa basada en esa disposición México debe demostrar que sus medidas fiscales son "necesarias para lograr la

³⁴ Como ya han explicado los Estados Unidos, cualquier "flexibilidad" que continúe otorgando el artículo XXIII del GATT corresponde a los Miembros actuando conjuntamente, y no a los grupos especiales. Véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 35.

³⁵ Informe del Grupo Especial, *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, WT/DS265/R, distribuido el 15 de octubre de 2004 (con recurso ante el Órgano de Apelación pendiente sobre otras cuestiones), párrafo 7.353.

observancia" de leyes o reglamentos. Aun con la tesis de México, si los Estados Unidos ya observan sus obligaciones correspondientes al TLCAN respecto del acceso al mercado para el azúcar mexicano -como afirman los Estados Unidos que efectivamente ocurre- entonces las medidas fiscales de México no pueden ser "necesarias para lograr la observancia" de esas obligaciones. Por lo tanto, el Grupo Especial no puede evaluar si las medidas fiscales de México son o no "necesarias para lograr la observancia", o están destinadas a ello, sin resolver la cuestión de si los Estados Unidos infringen o no sus obligaciones derivadas del TLCAN.

La respuesta de México también parece ser contradictoria en sí misma. Por un lado México afirma con toda claridad que el Grupo Especial no tiene "competencia" para resolver "si los Estados Unidos han violado sus obligaciones contenidas en el Anexo 703.2 del TLCAN"; pero por otro lado México pide al Grupo Especial "determinar ... si los Estados Unidos se rehusaron a someterse al mecanismo de solución de diferencias del TLCAN para resolver el agravio planteado por México".³⁶ México señala que este último análisis "no involucra puntos finos de derecho peculiares al tratado de libre comercio" y "la cuestión es esencialmente ... de hecho a ser determinada por referencia al texto llano del Capítulo XX y no involucra el tipo de pruebas que serían presentadas a un panel del TLCAN ni el tipo de interpretación que éste tendría que hacer".³⁷ Sin embargo, semejante labor constituiría palmariamente una interpretación y aplicación del TLCAN. El solo hecho de que México crea que la cuestión de si los Estados Unidos infringen o no sus obligaciones del Capítulo XX del TLCAN es menos complicada que la de si los Estados Unidos infringen sus obligaciones de acceso a los mercados contraídas en virtud del TLCAN en nada quita que lo primero sea un pedido de que el Grupo Especial realice una interpretación y aplicación del TLCAN, cosa que no puede hacer según ha dicho México muy claramente.

Tampoco es exacto lo que México identifica como "hechos", ni que tales supuestos "hechos" no hayan sido controvertidos por los Estados Unidos.³⁸ La afirmación de México según la cual "los intentos de México por encontrar una solución a través de los mecanismos institucionales [del TLCAN] se han visto frustrados por los actos y omisiones de Estados Unidos"³⁹ no es un hecho: es una conclusión que México extrae y que se basa en una opinión -que los Estados Unidos no comparten- acerca de lo que exigían las disposiciones del TLCAN sobre la solución de controversias y cómo debe desarrollarse la solución de controversias conforme a esas disposiciones.

También afirma México que "es incorrecto sugerir que un grupo especial nunca puede pronunciarse sobre un tratado internacional distinto de la OMC".⁴⁰ Pero la posición de los Estados Unidos no es que "un grupo especial nunca puede pronunciarse sobre un tratado internacional distinto de la OMC", sino que en esta diferencia nada requiere que el Grupo Especial lo haga ni le da fundamento para hacerlo. Este Grupo Especial fue establecido para resolver una diferencia de la OMC sobre la conformidad de medidas fiscales de México con sus obligaciones en el régimen de la OMC. Las opiniones acerca de las obligaciones que el TLCAN impone a las partes, o de si los Estados Unidos las observan, no son pertinentes respecto de esta averiguación.

³⁶ Respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, páginas 18-19 (traducción de cortesía revisada).

³⁷ *Ibid.*, página 19 (traducción de cortesía revisada).

³⁸ Véanse, por ejemplo, las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafos 61-67.

³⁹ Respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, página 18 (traducción de cortesía revisada).

⁴⁰ *Ibid.*

Pregunta 66

El artículo XXIV del GATT establece que las disposiciones del Acuerdo "no impedirán ... el establecimiento de ... una zona de libre comercio" siempre que se cumplan determinadas condiciones. Pero la cita del apartado d) del artículo XX que hace México no resuelve el dilema creado por México al interpretar "leyes o reglamentos" en el sentido de que abarca las obligaciones derivadas de un acuerdo internacional. Si "leyes o reglamentos" abarca las obligaciones derivadas de un acuerdo internacional, como sostiene México, entonces incluye las obligaciones resultantes de cualquiera de ellos, incluido el Acuerdo sobre la OMC. La interpretación de México sobre la expresión "leyes o reglamentos" no tiene aspecto alguno que pueda limitarla a los acuerdos referentes a zonas de libre comercio. Por lo tanto, la interpretación de México sobre el apartado d) del artículo XX queda en conflicto con el artículo 23 del ESD, y aceptarla significaría privar de todo significado esta última disposición. Los Miembros de la OMC ya no estarían obligados a aplicar y acatar las normas del ESD al procurar la reparación de una violación de obligaciones conforme a los acuerdos abarcados, sino que por efecto del apartado d) del artículo XX estarían facultados para decidir a su propio arbitrio si ha habido o no tal violación y los recursos que hubieran de emplear al respecto.

Pregunta 68

A juicio de las partes, ¿codifica el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un principio de derecho internacional con arreglo al cual una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes puede facultar a la otra parte para alegar esa violación como causa para, entre otras cosas, suspender la aplicación de ese tratado total o parcialmente, pero no para suspender la aplicación de un tratado multilateral distinto? De la respuesta de México parece desprenderse que México comparte la opinión de los Estados Unidos de que el artículo 60 no es pertinente a los efectos de esta diferencia.

A MÉXICO:

Pregunta 82 a)

Al responder a esta pregunta México afirma que "la distribución de los bienes que son objeto de la Ley del IEPS no está gravada con el impuesto, a menos que se trate de servicios de intermediación mercantil que involucran la participación de terceras partes a través de las cuales se lleva a cabo la enajenación". Si bien es cierto que el impuesto sobre la distribución no se aplica a los productos distribuidos por el productor de refrescos o jarabes, ello no se debe a que la Ley del IEPS "exima" de ese impuesto los productos distribuidos por el productor de refrescos o jarabes. Se debe a que el impuesto sobre la distribución se aplica a los bienes *enajenados* mediante servicios de comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución. Por lo tanto, cuando un productor de refrescos o jarabes actúa como su propio distribuidor, no existe enajenación de bienes mediante servicios de distribución. Las respuestas de México a los puntos b) y c) de la pregunta 82 confirman esta interpretación. La primera de ellas indica que no se aplica el impuesto sobre la distribución cuando los servicios respectivos correspondan a "la enajenación de bienes" que no están "obligados a pagar el [IEPS]".⁴¹ El punto c) de la pregunta 82 indica que son sujetos del impuesto las personas físicas y morales que presten los servicios de distribución "con motivo de la enajenación de ... refrescos y sus concentrados".⁴²

⁴¹ Respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, página 25 (traducción de cortesía revisada). (sin subrayar en el original)

⁴² *Ibid.*, página 26 (traducción de cortesía revisada). (sin subrayar en el original)

Pregunta 82 c)

Aunque el "propósito" de las medidas fiscales de México no da respuesta a la pregunta referente a si esas medidas fiscales se aplican "de manera que se proteja la producción nacional" en el sentido del artículo III del GATT, las numerosas declaraciones de legisladores mexicanos en la época de la aprobación de la Ley del IEPS demuestran un propósito muy claro de proteger la rama de producción mexicana de azúcar de caña.⁴³ La Suprema Corte de Justicia de México llegó a la misma conclusión en múltiples oportunidades declarando con toda claridad que las medidas fiscales de México tenían por objeto "proteger la industria de azúcar de caña".⁴⁴ Las aseveraciones de México en esta diferencia en el sentido de que sus medidas fiscales tenían por objeto hacer cumplir supuestas obligaciones de los Estados Unidos derivadas del TLCAN parecen ser simplemente una tentativa de justificar *a posteriori* la imposición de las medidas fiscales de México.

Pregunta 84

Durante la segunda reunión sustantiva, México hizo referencia a disposiciones concretas de los Acuerdos abarcados de la OMC que utilizan expresiones como "leyes", "reglamentos" y "derecho internacional" en formas diferentes. Se ruega a México que identifique de forma más precisa esas disposiciones concretas.

México argumenta en su respuesta que en el Acuerdo sobre la OMC hay numerosas referencias a "leyes y reglamentos", y que cuando los negociadores pretendieron limitar tales términos a medidas internas, lo hicieron expresamente; en consecuencia, la referencia a "las leyes y los reglamentos", del apartado d) del artículo XX, incluye no sólo las leyes y reglamentos internos del Miembro cuya medida se discute (en este caso, México), sino también los de otros Miembros y el derecho internacional como tal.

Una formulación completa del argumento de México, como la que se ha hecho, ilustra hasta qué extremos llegaría el argumento de texto planteado por México y cuántas consecuencias resultarían de su aceptación. Cualquier Miembro podría adoptar medidas necesarias para lograr la observancia de leyes o reglamentos *de otro* Miembro, o de cualquier obligación derivada de acuerdos internacionales.

México ha presentado una lista de disposiciones en que se hace referencia a "leyes o reglamentos", aunque no ha presentado ningún análisis de esa lista (y los Estados Unidos no han podido examinar todos y cada uno de sus elementos). Pero resulta evidente que, aunque algunos de los ejemplos citados en la lista de México (como el párrafo 4 del artículo III del GATT) no incluyen las disposiciones cuyo alcance se limita expresamente al derecho *interno*, implícitamente tienen esa limitación porque así resulta de su contexto y de la función que cumple la disposición. El párrafo 4 del artículo III, por ejemplo, por definición sólo puede referirse a medidas *internas*.

Cuando los redactores quisieron referirse a un acuerdo internacional o al derecho internacional en general, o a las leyes y reglamentos de un Miembro distinto de aquél a cuyos derechos y obligaciones se refería la respectiva disposición, lo establecieron así expresamente y con carácter excepcional. Por ejemplo, los Estados Unidos recuerdan las disposiciones del párrafo 1 del artículo X del GATT que obligan a publicar los acuerdos internacionales que afecten al comercio de bienes o servicios, disponiéndolo *explícitamente además* de la publicación de "las leyes o reglamentos". Con respecto a las medidas de otros Miembros, los Estados Unidos señalan el ejemplo de las disposiciones del párrafo 8 del artículo 12 del *Acuerdo sobre Salvaguardias* acerca de la notificación cruzada de medidas de otros Miembros.

⁴³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 48.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafos 49-53 (Estados Unidos - Prueba documental 31).

Pregunta 85

En su respuesta a la pregunta del Grupo Especial, México afirma que el TLCAN tiene efectos directos en el derecho mexicano debido a su propio sistema constitucional y jurídico. Precisamente del mismo modo en que el sistema constitucional y jurídico propio de México determina que el TLCAN tenga efectos directos en México, el sistema constitucional y jurídico de los Estados Unidos determina que el TLCAN no tenga efectos directos en los Estados Unidos.

Pregunta 86

Véanse las observaciones referentes a la pregunta 61.

Pregunta 87

En su respuesta a la pregunta del Grupo Especial, México afirma lo siguiente: "Hay dos violaciones al TLCAN: la negativa de permitir el acceso al mercado, y la negativa persistente de someterse al mecanismo de solución de controversias, cuando los Estados Unidos tenían una obligación positiva de hacerlo conforme al Capítulo XX del TLCAN".⁴⁵ Sin embargo, la afirmación de México de que los Estados Unidos han infringido las disposiciones del TLCAN sobre la solución de controversias parece contradecir el anterior reconocimiento por México de la falta de "procedimientos automáticos" en el procedimiento de solución de controversias del Capítulo XX del TLCAN y la "insuficiencia del procedimiento de selección de los miembros de los paneles conforme al Capítulo XX del TLCAN".⁴⁶ México no puede combinar lo que evidentemente considera deficiencias de las disposiciones del TLCAN sobre solución de controversias con la alegación de que los Estados Unidos han infringido esas disposiciones.

Los Estados Unidos señalan asimismo que las alegaciones de México según las cuales los Estados Unidos habrían infringido el TLCAN -ya sea respecto de las disposiciones sobre acceso al mercado para el azúcar o respecto de la solución de controversias⁴⁷- no son más que eso: alegaciones. No son determinaciones jurídicas (o "actos ilegales") que el Grupo Especial pudiera tomar como "hechos" en esta diferencia.

Pregunta 90

México ha hecho en su respuesta a esta pregunta una enumeración de cinco medidas dando su denominación, pero sin presentar ninguna información a su respecto y no ha facilitado su texto. Los Estados Unidos presentan las siguientes observaciones y los textos de las medidas enumeradas por México.

⁴⁵ Respuestas de México a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión, página 28 (traducción de cortesía revisada).

⁴⁶ Declaración final de México en la segunda reunión con el Grupo Especial, párrafo 27.

⁴⁷ La respuesta de México parece ser la primera vez que México alega que los Estados Unidos han infringido, además de las disposiciones sobre acceso al mercado para el azúcar, las disposiciones sobre solución de controversias del Capítulo XX. Los Estados Unidos han interpretado la defensa de México basada en el apartado d) del artículo XX en el sentido de que México alega que sus medidas fiscales son necesarias para lograr la observancia de supuestas obligaciones de los Estados Unidos, con arreglo al TLCAN, respecto del acceso al mercado para el azúcar mexicano. La aseveración de México de que los Estados Unidos también han infringido supuestamente las disposiciones del Capítulo XX del TLCAN demuestra la deplorable facilidad con que México modifica su posición para tratar de apuntalar una defensa insostenible.

JMAF

La primera medida enumerada por México, un anuncio publicado en el Diario Oficial el 11 de octubre de 2001, aumentó los aranceles aplicados por México a la fructosa al 156 por ciento para la partida SA 1702.4099 y al 210 por ciento para las partidas SA 1702.5001, 1702.6001, 1702.6002 y 1702.6099, a partir del 12 de octubre de 2001. Se adjunta en la Prueba documental 59 de los Estados Unidos.

La segunda medida enumerada por México se adjunta en la Prueba documental 60 presentada por los Estados Unidos. En este Decreto, publicado en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 2001, el Gobierno de México publicó sus tipos arancelarios para 2002 conforme a diversos acuerdos sobre comercio preferencial. El artículo 49 de ese Decreto, en la página 114, exige un permiso de importación expedido por la Secretaría de Economía como requisito para importar productos de origen norteamericano al tipo preferencial. Dispone que ese permiso se otorgará automáticamente a menos que la Secretaría de Economía decida suspender beneficios correspondientes al TLCAN como consecuencia de la inobservancia por los Estados Unidos de sus obligaciones referentes a los edulcorantes, en cuyo caso la Secretaría de Economía limitará o pondrá fin al otorgamiento de tales permisos.

La tercera medida enumerada por México se adjunta en la Prueba documental 61 presentada por los Estados Unidos. En esta medida, publicada en el Diario Oficial el 22 de abril de 2002, el Secretario de Economía, Sr. Ernesto Derbez, se refiere entre otras cosas al Decreto de 31 de diciembre de 2001, a una supuesta negación de acceso al mercado por los Estados Unidos a través de la limitación del azúcar mexicano a un contingente arancelario de 148.000 toneladas métricas, a la supuesta frustración de medios establecidos en el TLCAN para la solución de controversias, y al propósito de esta medida de restablecer el equilibrio en el sector de los edulcorantes. Mediante este anuncio la Secretaría de Economía pone fin al sistema de licencias automáticas y establece un contingente arancelario de 148.000 toneladas métricas, con validez únicamente hasta el 30 de septiembre de 2002, para la importación con tipos de derechos preferenciales de mercancías de origen estadounidense clasificadas en las partidas SA 1702.4099, 1702.5001, 1702.6001, 1702.6002 y 1702.6099.

La cuarta medida enumerada por México es la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS), que los Estados Unidos presentaron en su Prueba documental 1 (con sus enmiendas en las Pruebas documentales 2, 3 y 4 presentadas por los Estados Unidos).

La quinta medida es la cancelación por México de sus derechos antidumping sobre el JMAF, incompatibles con los regímenes de la OMC y del TLCAN, que se publicó el 13 de mayo de 2002.

Como México no ha presentado información sobre otras importantes medidas que corresponden al pedido del Grupo Especial, los Estados Unidos presentan información sobre esas medidas como observación a la respuesta de México.

- 1) Una resolución publicada en el Diario Oficial el 1° de marzo de 2002: *Acuerdo que modifica el similar que establece la clasificación y codificación de mercancías cuya importación y exportación está sujeta al requisito de permiso previo por parte de la Secretaría de Economía.* Establece un requisito de permiso previo para la importación de todos los productos originarios del TLCAN de origen estadounidense clasificados en las partidas SA 1702.4099, 1702.5001, 1702.6001, 1702.6002, 1702.6099 y 1702.9099. El *Acuerdo que establece la clasificación y codificación de mercancías cuya importación y exportación está sujeta al requisito de permiso previo por parte de la Secretaría de Economía*, publicado en el Diario Oficial el 26 de marzo de 2002, modificado el 15 de diciembre de 2003, puede obtenerse en el sitio Web de la Secretaría de Economía:

<http://www.economia.gob.mx/pics/p/p1376/A60.pdf>. Su artículo 4 establece un requisito de permiso previo para la importación de todos los productos originarios del TLCAN de origen estadounidense clasificados en las partidas SA 1702.4099, 1702.5001, 1702.6001, 1702.6002, 1702.6099 y 1702.9099. En la Prueba documental 62 presentada por los Estados Unidos se facilita un ejemplar de la resolución de 1° de marzo de 2002, y en la Prueba documental 63 se presenta un ejemplar de la resolución modificada sobre permisos de importación.

- 2) Un decreto publicado en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 2002: *Decreto por el que se establece la tasa aplicable durante 2003 del Impuesto General de Importación para las mercancías originarias de América del Norte*. Su texto se presenta en Estados Unidos - Prueba documental 64. En este Decreto el Gobierno de México publicó los tipos arancelarios del TLCAN que entraron en vigor el 1° de enero de 2003. En esta última fecha vencía el plazo para la eliminación de los aranceles de muchos productos conforme al TLCAN, incluida la fructosa. La segunda disposición transitoria del Decreto, en las páginas 8-9, establece que de conformidad con los derechos y obligaciones internacionales de México, a partir del 1° de enero de 2003 la importación en régimen de franquicia de productos de origen estadounidense clasificados en las partidas SA 1702.4099, 1702.5001, 1702.6001, 1702.6002 y 1702.6099 requerirá un permiso de importación de la Secretaría de Economía que se otorgará en las condiciones establecidas por esa Secretaría en un acuerdo publicado en el Diario Oficial. La resolución aludida parece ser la que se publicó el 20 de marzo de 2003, mencionada a continuación.
- 3) Una resolución publicada en el Diario Oficial el 20 de marzo de 2003: *Acuerdo que establece los criterios para otorgar permisos previos por parte de la Secretaría de Economía, a las importaciones definitivas de fructosa originarias de los Estados Unidos de América*. Su artículo 2 establece que, de conformidad con los derechos y obligaciones internacionales de México, los criterios que se aplicarán para otorgar los permisos de importación correspondientes a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América comprendidas en las partidas SA 1702.40.99, 1702.60.01, 1702.60.02 y 1702.60.99 se publicarán "cuando existan las condiciones necesarias para tal efecto" (y no antes de eso). El artículo 1 de esta resolución dispone un régimen de licencias automáticas para pequeñas cantidades de fructosa cristalina pura clasificada en la partida SA 1702.5001; los considerandos ponen de manifiesto que ese régimen sólo se establece porque la fructosa cristalina pura no se produce en México, no puede sustituirse por el azúcar, y sus usuarios fuera de la industria embotelladora se vieron afectados negativamente por los derechos aplicados a las importaciones de ese insumo. Los artículos 3 y 4 de la resolución de 20 de marzo disponen que el régimen de licencias automáticas se mantendrá para la importación temporaria de JMAF (para productos destinados a la exportación) y para las importaciones de la partida SA 1702.9099. Se adjunta un ejemplar de esta resolución en la Prueba documental 65 presentada por los Estados Unidos.

Como indican las medidas citadas, las importaciones de JMAF de origen estadounidense están sujetas a un régimen de licencias no automáticas, salvo las correspondientes a las partidas SA 1702.5001 y 1702.9099 y las importaciones temporales. No se ha publicado criterio alguno respecto de la expedición de permisos no automáticos. Además, las importaciones de JMAF de origen estadounidense están sujetas a los derechos NMF a menos que la Secretaría de Economía haya otorgado un permiso. A comienzos de enero un importante exportador estadounidense envió un camión de JMAF, como ensayo, a la frontera mexicana. No se permitió su ingreso, sin hacer referencia a ninguna obligación de pago de derechos sino porque el envío carecía de permiso de importación. La empresa, entonces, pidió un permiso de importación a la Secretaría de Economía. A fines de enero la Secretaría informó a la empresa de que se denegaba el permiso debido a la

supuesta negación de acceso al mercado de los Estados Unidos para el azúcar mexicano, y tampoco se otorgaría hasta que quedara resuelta la cuestión bilateral sobre el azúcar. Entonces los representantes de la empresa se reunieron en la Ciudad de México con un alto funcionario de la Secretaría de Economía, que les informó de que tenía instrucciones de denegar los permisos de importación de JMAF por tiempo indeterminado hasta que se resolviera la cuestión del acceso al mercado para el azúcar. Otra empresa que importa JMAF a México ha informado a los Estados Unidos de que la Secretaría de Economía le ha denegado permisos de importación de JMAF basándose en que esa importación está sujeta a permisos y no se han publicado los criterios para su otorgamiento.

Azúcar

El Gobierno de México publicó en el Diario Oficial, el 26 de septiembre de 2003, un decreto por el que se establece un contingente arancelario para el azúcar hasta el 31 de diciembre de 2003. Ese decreto ha sido presentado por los Estados Unidos como su Prueba documental 9, y se lo analiza en la nota 30 de la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos. El 12 de noviembre de 2004, el Gobierno de México publicó un decreto por el que se establece un contingente arancelario para el azúcar y un contingente arancelario separado para el azúcar de origen costarricense, por el período comprendido hasta el 31 de diciembre de 2004. En ambos casos las importaciones comprendidas en el contingente arancelario se encauzaron exclusivamente por conducto de FEESA, una entidad estatal mexicana, como se analiza en la nota 30 de la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

ANEXO C-7*

**RESPUESTAS DE GUATEMALA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS
POR EL GRUPO ESPECIAL DESPUÉS DE LA PRIMERA
REUNIÓN SUSTANTIVA**

(20 de diciembre de 2004)

A GUATEMALA:

1. En el párrafo 14 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 3 de diciembre, Guatemala afirmó que "incumbe entonces al Grupo Especial examinar cuidadosamente la solicitud [de los Estados Unidos] para cerciorarse de que la misma se ajusta a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD". Se ruega a Guatemala que desarrolle su declaración y explique al Grupo Especial si desea formular otras observaciones respecto de si, a su juicio, la solicitud de los Estados Unidos cumple lo establecido en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

No corresponde a Guatemala establecer si la solicitud de Estados Unidos cumple con lo establecido en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

2. En el párrafo 6 de la versión escrita de su declaración oral de fecha 3 de diciembre, Guatemala afirmó que "el Grupo Especial debe atender el llamado de México en cuanto a que considere, en el curso de sus deliberaciones, la importancia de la actividad azucarera en México y las implicaciones que las reformas en este sector acarrearán para este país". Se ruega a Guatemala que transmita cualquier opinión que tenga con respecto a esta declaración y, en particular, respecto del modo en que, en su caso, el Grupo Especial debería considerar en el curso de sus deliberaciones los factores destacados por Guatemala.

Aparte de lo expresado durante la audiencia oral, Guatemala no tiene comentarios adicionales en esta materia.

* El Anexo C-7 contiene las respuestas de Guatemala a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva. Este texto fue originalmente presentado en español por Guatemala.