

Comentario sobre México – Impuestos sobre refrescos
Informe del Órgano de Apelación, 24 de marzo de 2006
<http://cdei.itam.mx/ComentarioMexicoRefrescosOA.pdf>
Ernesto Corzo & Víctor Corzo

El 6 mar. 2006, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) emitió su informe en el caso “medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas” entre México y Estados Unidos de América. Este caso se deriva de la reclamación que los EE.UU. interpuso en contra de México por establecer: a) un impuesto del 20% sobre la venta, importación y distribución de endulzantes importados distintos al azúcar de caña (tales como el azúcar de remolacha o el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa); b) un impuesto del 20% sobre refrescos y otras bebidas importadas que utilizan endulzantes distintos al azúcar de caña; y c) diferentes requisitos de contabilidad (i.e. información fiscal) a los contribuyentes sujetos a los impuestos mencionados en el apartado a y b. Jurídicamente la reclamación de los EE.UU. se originó por violaciones al artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

En otras palabras, la violación consistía en el trato menos favorable y diferente hacia los endulzantes diversos al azúcar de caña y a los refrescos importados en comparación al trato que se les da a productos nacionales similares. Es importante aclarar que al hablar de ‘productos similares’ se hace referencia a aquellos "directamente competidores" o que pueden “sustituir directamente” al producto; por ejemplo: “una botella de Gatorade edulcorada con [jarabe de maíz con alta concentración de fructosa] o azúcar de remolacha es "similar" a una botella de Gatorade edulcorada con azúcar de caña", ya que el uso de cualquiera de estos endulzantes no cambia la composición del productor final. Cabe mencionar, que México a lo largo del caso argumentó que las medidas fiscales a las que se hace referencia, fueron impuestas como una represalia legal o contramedida porque “a su juicio los Estados Unidos estaban actuando de forma incompatible con la obligación que les correspondía en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en relación con el acceso del azúcar mexicano al mercado de los Estados Unidos”.

Por lo tanto, dichas medidas fiscales eran justificables al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT, ya que eran “necesarias para ‘lograr la observancia’ por los Estados Unidos de las obligaciones que les corresponden en el marco del TLCAN”. Sin embargo, el Órgano de Apelación de la OMC decidió refrendar la opinión del Órgano de Solución de Controversias de la OMC al señalar que la expresión ‘leyes y reglamentos’, a la cual hace referencia el apartado d) del artículo XX, como excepción general, “no incluyen las obligaciones que corresponden a otro Miembro de la OMC en el marco de un acuerdo internacional”, por lo tanto dichas medidas no eran justificables.

Analizando las circunstancias que envolvieron a este caso, se observa un claro ejemplo del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional: por un lado las medidas fiscales adoptadas por México son legalmente correctas a la luz del derecho internacional general, por ser represalias legales o contramedidas en respuesta a que el gobierno estadounidense faltó a una obligación internacional derivada del marco jurídico del TLCAN. Sin embargo, estas mismas medidas fiscales bajo el esquema normativo de la OMC son violaciones al GATT. De lo anterior surge la siguiente pregunta: ¿que obligaciones prevalecen: las del GATT o las TLCAN?

En teoría, bajo un sistema jurídico internacional coherente, se debería seguir la teoría de las manos limpias o como se le conoce comúnmente “clean hands theory”, que México correctamente citó al hacer referencia a la decisión de la Corte Permanente de Justicia en el Chorzow Factory Case en el cual se señala que “una parte no puede hacer valer el hecho de que la otra parte no haya cumplido alguna obligación... si la primera... ha impedido a la segunda... recurrir al tribunal ante el que habría podido comparecer”.

En este caso los EE.UU. no puede reclamar el incumplimiento de México hacia el GATT, ya que éste primero obstaculizó la constitución del panel del TLCAN para solucionar la controversia que se derivó en la violación al artículo III del GATT. Aunque en teoría este argumento es bastante claro, en realidad es simplemente una utopía, ya que al existir una fragmentación en materia de derecho comercial internacional el sistema de la OMC se le puede considerar como un “régimen auto-contenido” o “self-contained regime” el cual, como lo señala el Juez Bruno Simma, tiene la intención “de excluir la aplicación de las consecuencias legales generales de los actos contrarios al Derecho Internacional, en particular la aplicación de contramedidas por el Estado afectado”. No obstante lo anterior, hay que aclarar que este problema no es responsabilidad de la OMC o del GATT, si no de la forma en la cual los Estados han decidido llevar a cabo el desarrollo del derecho internacional general.

Como el Órgano de Apelación correctamente señaló no tiene competencia para determinar si los EE.UU. actuó de forma compatible o incompatible con el TLCAN, ya que de lo contrario los órganos de solución de controversia se convertirían “en órganos jurisdiccionales que entenderían de diferencias ajenas a la OMC... [y] esa no es la función de los grupos especiales y del Órgano de Apelación”. Aunque, la idea de que los Órganos de Solución de Controversias conozcan de diferencias ajenas a la OMC, sería lo ideal, para mantener la coherencia y homogeneidad en el derecho comercial internacional, dicha determinación no recae en éstos, sino en los miembros de la OMC. En tanto, el sistema internacional fragmentado sigue favoreciendo el forum shopping como se vio en el presente caso, el Órgano de Apelación recomendó al Órgano de Solución de Controversias de la OMC pedir a México poner la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, así como su Reglamento y las Resoluciones Misceláneas Fiscales para 2003 y 2004, en conformidad con las obligaciones derivadas del GATT.

Derivado de lo anterior, el 19 may. 2006, el Ejecutivo Federal envió a la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión el proyecto que reforma y deroga algunas disposiciones de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, con la finalidad de cumplir con el fallo del Órgano de Apelación de la OMC y así evitar que Estados Unidos suspenda “concesiones a productos de interés para México” o que adopte legalmente represalias comerciales. Dentro de dicho proyecto, se busca derogar y modificar todos los artículos que hablen o hagan referencia a los “refrescos, bebidas hidratantes o rehidratantes, concentrados, polvos, jarabes, esencias o extractos de sabores, que al diluirse permitan obtener refrescos... [y aquellos utilizados] ...para preparar refrescos que se expendan en envases abiertos utilizando aparatos automáticos, eléctricos o mecánicos”. por lo que el proyecto busca reformar los artículos 2(II)(A), 4(2° y 4° párrafo), 5-A(1° párrafo), 8(I)(d), 19(II)(1° y 3° párrafo), 19(VIII)(1° párrafo), 19(X)(1° párrafo), 19(XI) y (XIII)(1° párrafo); y derogar los artículos 2(I)(g) y (h), 3(XV) y (XVI), 8(I)(f) y 13(V).