REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO

Centro de Derecho Económico Internacional

ITAM

D I R E C T O R I O

REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

Editores: Bradly J. Condon y Gabriela Rodríguez

Editor adjunto: Yahir Acosta

Consejo Editorial:
Gabriela Álvarez (Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, S.C., México), José Manuel Álvarez (Universidad Externado de Colombia, Colombia), Alberto do Amaral Júnior (Universidad de São Paulo, Brasil), Lorand Bartels, (Universidad de Cambridge, Inglaterra), Manuel Becerra (Universidad Nacional Autónoma de México, México) Pablo Bentes, Secretaría del Órgano de Apelación, OMC, Suiza), Carlos Bernal (ITAM, México), Roberto Bouzas (Universidad de San Andrés, Argentina), Jorge Castro (División de Asuntos Jurídicos, OMC, Suiza), Lourdes Catrain (Hogan Lovells, Bélgica), Umberto Celli (Universidad de São Paulo, Brasil), Carlos Correa (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Sergio Delgado Lecourt (México), Valentina Delich (FLACSO, Argentina), Eduardo Díaz (Chevez, Ruiz, Zamarripa y Cía., S.C., México), Esperanza Durán (Global Trade and Development Links, Suiza), Carlos Espósito (Universidad Autónoma de Madrid, España), César Guerra (Secretaría de Economía, México), Holger Hestermeyer (Max Planck Institute, Alemania), Gary Horlick (Oficinas de Gary Horlick, Estados Unidos), Jorge Huerta (Misión Permanente de México ante la OMC, Suiza), Pablo Klein (México), Doris López (Universidad de Chile), Milko Matijascic (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasil), Andre de Mello e Souza (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasil), Jorge Miranda (King & Spalding, LLP, Estados Unidos), Junji Nakagawa (Universidad de Tokio, Japón), Pedro Negueloaetcheverry (Ministerio de Relaciones Exteriores, Argentina), Joost Pauwelyn, (Graduate Institute of International and Development Studies, Suiza), María Pereyra (División de Asuntos Jurídicos, OMC, Suiza), Fernando Piérola (Centro de Asesoría Jurídica, OMC, Suiza), Edna Ramírez (División de Asuntos Jurídicos, OMC, Suiza), Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid, España), Sonia Rodríguez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México), Andrés Sennekamp (Secretaría del Órgano de Apelación, OMC, Suiza), Bernardo Sepúlveda (Corte Internacional de Justicia, Holanda), Tapen Sinha (ITAM, México), Yvonne Stinson (México), Ramón Torrent, (Universidad de Barcelona, España), Gustavo Vega Cánovas (Colegio de México, México), Carlos Véjar (Secretaría de Economía, México), Jorge Witker, (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México), Herfried Woss (Woss & Partners, S.C., México), Alan Yanovich (Secretaría del Órgano de Apelación, OMC, Suiza), Stephen Zamora (Universidad de Houston, Estados Unidos).

Consejo Asesor:
Ross Buckley (Universidad de New South Wales, Australia), William Davey (Universidad de Illinois College of Law, Estados Unidos), Armand De Mestral (Universidad McGill, Canadá), Mateo Diego-Fernández (Comisión Federal de Competencia, México), Meg Kinnear (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Estados Unidos), Valerie Hughes (División de Asuntos Jurídicos, OMC, Suiza), John Jackson (Universidad Georgetown, Estados Unidos), Alejandro Jara (OMC, Suiza), Kirsten Hillman (Misión Permanente de Canadá ante la OMC, Suiza), Beatriz Leycegui (ITAM, México), Gabrielle Marceau (Universidad de Ginebra, Suiza), Fernando de Mateo (Misión Permanente de México ante la OMC, Suiza), Donald McRae (Universidad de Ottawa, Canadá), Bryan Mercurio (Universidad de Hong Kong, Hong Kong), Eduardo Pérez Motta (Comisión Federal de Competencia Económica, México), Ricardo Ramírez (Órgano de Apelación, OMC, Suiza), Eduardo Silva Romero (Dechert LLP, Francia), Alan Sykes (Universidad de Stanford, Estados Unidos), Peter Van den Bossche (Órgano de Apelación, OMC), Todd J. Wetmore (Shearman & Sterling LLP, Francia).

REVISTA DE DERECHO
ECONÓMICO INTERNACIONAL

Vol. 2, No. 1

Centro de Derecho
Económico Internacional

ITAM

Centro de Derecho
Económico Internacional

ITAM

Los artículos publicados en esta revista son dictaminados con carácter anónimo por especialistas en la materia.

La Revista de Derecho Económico Internacional es publicada dos veces al año por el Centro de Derecho Económico Internacional del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), gracias al apoyo del Programa de Cátedras de la Organización Mundial del Comercio.

www.dei.itam.mx

La revista busca promover el análisis y la investigación tanto en español como en portugués en materias como el sistema multilateral de comercio, los acuerdos comerciales regionales, la inversión extranjera, la propiedad intelectual, arbitraje internacional, la competencia y el derecho fiscal internacional.

Si está interesado en publicar con nosotros, o tiene dudas o sugerencias, favor de escribirnos a dei@itam.mx

Revista de Derecho Económico Internacional. Prohibida su reproducción total o parcial sin el permiso por escrito del ITAM. Derechos reservados © (copyright), ITAM, México. Reserva de Derechos No. 04-2011-032410541000-203 (revista electrónica).

Diseño de portada: Dalia Lizardi, ITAM.

Producción: Yahir Acosta, ITAM.

Apoyo técnico: Ricardo Pérez Ríos y Ulises Juárez, ITAM.

Distribución: solamente electrónica.

Ciudad de México, México, marzo de 2012.

REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL
Vol. 2, No. 1 Marzo 2012

ÍNDICE

Editorial..... 1
Bradly J. Condon y Gabriela Rodríguez

Artículos académicos

El Trato Nacional y la Nación Más Favorecida en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio..... 5
Nadja Dorothea Ruiz Euler

La "polinización cruzada" en la interpretación de los acuerdos de la OMC en los casos de comercio y medio ambiente…….. 61
Bradly J. Condon

Artículo profesional

Breve explicación sobre las propuestas de reforma al mecanismo de solución de diferencias de la OMC…… 105
Fernanda Garza Magdaleno

Comentarios sobre casos

Estados Unidos – Reducción a cero en medidas antidumping (Corea), Informe del Grupo Especial…… 115
José Manuel Vargas Menchaca

Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China), Informe del Órgano De Apelación…… 125
Manuel Sánchez Miranda

Estados Unidos — Atún II (México), Informe del Grupo Especial…….. 143
Bradly J. Condon

EDITORIAL

Nos agrada poder presentar el tercer número de la Revista de Derecho Económico Internacional ante ustedes. Especialmente queremos agradecer el apoyo del Programa de Cátedras de la Organización Mundial del Comercio y del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) para este propósito. También extendemos un enorme agradecimiento a nuestro editor adjunto, Yahir Acosta.

En este número ven la luz dos buenos artículos académicos originales. Estos trabajos investigan la posibilidad de extrapolar interpretaciones de un acuerdo OMC a otro acuerdo OMC. Además, esta edición cuenta con nuestra acostumbrada sección de un artículo profesional, el cuál en esta ocasión analiza las propuestas de reforma al mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Sin duda, este texto es imprescindible para quienes quieren estar actualizados en este tema. Por último, presentamos tres comentarios, dos relacionados con casos antidumping y uno más relacionado con el cada vez más relevante Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio.

En el primer artículo académico, Nadja Ruiz Euler analiza la posibilidad de extrapolar la interpretación de los principios de no discriminación del GATT hacia el acuerdo de servicios, el AGCS. Creemos que este texto es muy valioso porque aborda un tema que cada año parece volverse más protagónico, el comercio de servicios, el cuál de acuerdo a cifras de la OMC ha registrado un crecimiento medio anual para el período 2005-2010 de 8 por ciento. Por su parte, el texto de Bradly Condon nos explica cómo ha funcionado la polinización cruzada en los acuerdos OMC y cuál son sus límites. Sin duda, el Dr. Condon nos presenta una perspectiva innovadora de un fenómeno que acontece con frecuencia: la interpretación cruzada por paneles y el Órgano de Apelación entre los acuerdos de la OMC.

Asimismo, estamos muy honrados de recibir una *"Breve explicación sobre las propuestas de reforma al mecanismo de solución de diferencias de la OMC"* de primera mano, pues Fernanda Garza Magdaleno, después de una enriquecedora experiencia profesional en la División de Asuntos Jurídicos de la OMC, nos explica en qué estado se encuentran las negociaciones actuales respecto de las reformas al Entendimiento sobre la Solución de Diferencias.

En la última sección, uno de nuestros comentarios analiza el caso *Estados Unidos – Utilización de la reducción a cero en medidas antidumping que afectan a productos procedentes de Corea*, y nos explica las causas del polémico uso del método de "reducción a cero" o *zeroing* por los Estados Unidos. Este caso representó una nueva edición de un viejo conflicto, pues dejó muy en claro que los argumentos de los Estados Unidos respecto al *zeroing* no se habían movido un ápice. ¿O sí? La nota periodística reciente respecto del acuerdo entre los Estados Unidos con Japón y la Unión Europea para poner fin al uso del *zeroing* es una señal de que este método para calcular cuotas antidumping podría dejar de aplicarse a todos los Miembros OMC y no sólo a los nipones y europeos. Recomendamos la lectura del reportaje de Puentes (ICTSD) para conocer los detalles de tan importante acuerdo.

Nuestro segundo comentario analiza las consecuencias del caso *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, en el cual el Órgano de Apelación analizó cuatro cuestiones fundamentales del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Como se desprende de la lectura de este comentario, el Órgano de Apelación adoptó diversas interpretaciones que resultan fundamentales para la interpretación del citado acuerdo.

El último comentario de este número versa sobre el caso *Estados Unidos – Atún II (México)* analizado por un Grupo Especial. El informe de este Panel ya se ha enviado para su revisión al Órgano de Apelación. Estaremos atentos al resultado de esta apelación, ya que este informe es importante por ser uno de los primeros que interpreta y aplica los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. También es un caso atractivo, porque vuelve a abordar una añeja disputa entre Estados Unidos y México que se litigó en el sistema del GATT, antes de la creación de la OMC.

Este primer número del segundo volumen está conformado por artículos de distintas temáticas actuales y relevantes del derecho económico internacional. Esto nos permite avanzar en nuestra misión de contribuir al desarrollo de literatura y del debate informado sobre esta rama del Derecho en Latinoamérica.

Cordialmente,
Bradly J. Condon y Gabriela Rodríguez

- ARTÍCULOS ACADÉMICOS -

EL TRATO NACIONAL Y LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN EL ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Nadja Dorothea Ruiz Euler[*]

Resumen:
El presente trabajo analiza la relación que existe entre el GATT y el AGCS, en cuanto a la interpretación de las reglas de no discriminación; es decir, el principio de nación más favorecida, así como el principio de trato nacional. La conclusión de este trabajo es que los criterios que hoy en día rigen la interpretación de los principios de no discriminación para el GATT no son del todo aplicables a los mismos principios contenidos en el acuerdo de servicios. Lo anterior, en virtud de la distinta naturaleza del objeto de ambos tratados, las diferencias en los términos utilizados para expresar estas obligaciones en los dos acuerdos y el contexto distinto de cada acuerdo.

Palabras clave: OMC, GATT, AGCS, NMF, Trato nacional, Nación más favorecida, principios de no-discriminación

Abstract:
This paper analyzes the relationship between GATT and GATS, as to the interpretation of the rules of non-discrimination, i.e. the MFN principle and national treatment principle. The conclusion of this work is that the criteria that govern the interpretation of the principles of nondiscrimination for GATT are not entirely applicable to the same principles contained in the services agreement. This, by virtue of the different nature of the object and purpose of both treaties, the differences in the terms used to express these obligations in the two agreements and the different context of each agreement.

Key words: WTO, GATT, GATS, MFN, National Treatment, Principles of non-discrimination

I. Introducción

Hoy en día, existen diversos tratados internacionales de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"), cuyo objetivo es la liberalización del comercio. En particular, existe el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ("GATT", por sus siglas en inglés) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios ("AGCS"). El primero se encarga de regir la liberalización del comercio de mercancías; mientras que el segundo, de la liberalización del comercio de servicios.

---

* Nadja Dorothea Ruiz Euler es Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), titulada con mención honorífica. En 2008, se integró al Órgano Interno de Control de PMI Comercio Internacional (empresa filial de PEMEX). Desde junio de 2009, labora en México en la Administración Central de Normatividad Internacional de la Administración General de Grandes Contribuyentes del Servicio de Administración Tributaria (SAT), institución en la que se desempeña desde julio de 2010, como Subadministradora de Normatividad Internacional.

El presente trabajo se enfocará en analizar la relación que existe entre el GATT y el AGCS, en cuanto a la interpretación de las reglas de no discriminación; es decir, el principio de nación más favorecida ("NMF"), así como el principio de trato nacional ("TN"). En este sentido, la hipótesis de este trabajo es que los criterios que hoy en día rigen la interpretación de los principios señalados para el GATT no son aplicables a los mismos principios contenidos en el acuerdo de servicios. Lo anterior, en virtud de la distinta naturaleza del objeto de ambos tratados, las diferencias en los términos utilizados para expresar estas obligaciones en los dos acuerdos y el contexto distinto de cada acuerdo, como más adelante se comprobará.

La metodología a seguir será la siguiente: primero, se analizará la jurisprudencia que tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación ("OA") han emitido sobre los principios señalados en disputas relacionadas con el GATT; segundo, se analizará la jurisprudencia de dichos principios bajo el AGCS; en tercer lugar, se plasmarán las opiniones sobre el tema de expertos en derecho de la OMC; en cuarto orden, con la finalidad de enriquecer la hipótesis señalada, se propondrán criterios aplicables a la interpretación de las cláusulas de no discriminación contenidas en el AGCS. Por último, procederemos a desarrollar las conclusiones de este artículo.

La estructura de este artículo será la siguiente: en la primera parte se analizará el principio de TN, mientras que en la segunda parte se examinará el principio de la NMF. Ambos análisis comenzarán con un repaso de los criterios emitidos al amparo del GATT para luego examinar los que se han emitido con motivo del AGCS. Finalmente, en ambos casos, se revisará la doctrina que aborda la problemática de uno y otro principio dentro del marco del AGCS y se propondrán criterios para analizar estos conceptos en el marco del AGCS. Por último, se expondrán las conclusiones generales.

II. EL AGCS Y SU RELACIÓN CON EL GATT

1. *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios ("AGCS") fue adoptado en la Ronda Uruguay y entró en vigor el 1 de enero de 1995 como parte integral del nuevo sistema de la OMC[1].

A. *Estructura y funcionamiento*

El AGCS, a diferencia del GATT, es un acuerdo que permite negociar acuerdos específicos dentro del contexto del comercio de servicios. Por esta razón, es un acuerdo mucho más flexible que el relativo a mercancías.

El articulado del AGCS, señala Bradly Condon[2], se divide en tres categorías:

1) Artículos de aplicación general, como lo son la obligación contenida en el artículo II referente al trato de NMF, la obligación de transparencia contenida en el artículo III, así como las excepciones generales contenidas en el artículo XIV.

[1] *Cfr*. Hufbauer Gary & Stephenson Sherry, "Services Trade: Past Liberalization and Future Challenges", *Journal of International Economic Law*, volumen 10, número 3, Oxford University Press, 2007.

[2] Condon Bradly J., *El derecho de la Organización Mundial del Comercio*, Cameron May, Londres, 2007, página 592.

2) Artículos aplicables sólo respecto de los compromisos específicos a que cada Miembro se haya obligado en los distintos sectores o subsectores en el marco del acuerdo aquí analizado, como lo es la cláusula de TN.
3) Aquellos artículos aplicables a las negociaciones que pueden tener lugar con motivo del comercio de servicios.

Aunado a lo anterior, forman parte del AGCS los anexos que se han negociado en sectores específicos, como los son los suscritos en materia de servicios de telecomunicaciones y los servicios financieros.

El AGCS también prevé que cada Miembro hace una lista de compromisos específicos[3] ("Lista"), en la cual establece en que sectores se contraen compromisos específicos de acceso a los mercados por medio de cuatro modos de suministro: 1) suministro transfronterizo, 2) suministro en el extranjero, 3) presencia comercial y 4) presencia de personas físicas, los cuales se contienen en el artículo 1 del AGCS. Lo anterior, toda vez que el AGCS permite limitaciones en el acceso al mercado y en la aplicación del principio de TN. Asimismo, permite exenciones a la cláusula de NMF. Dichos modos de suministro consisten en lo siguiente:

1) suministro transfronterizo: posibilidad que tienen los proveedores no residentes de servicios de suministrar servicios transfronterizos en el territorio del Miembro.
2) suministro en el extranjero: libertad que tienen los residentes del Miembro de comprar servicios en el territorio de otro Miembro.
3) presencia comercial: oportunidades que tienen los proveedores extranjeros de servicios de establecer, operar o ampliar en el territorio del Miembro una presencia comercial, por ejemplo sucursales, agencias o filiales de propiedad total.
4) presencia de personas físicas: posibilidades de entrada y de estancia temporal en el territorio del Miembro ofrecidas a particulares extranjeros a fin de que suministren un servicio.

Por su parte, las Listas de compromisos específicos se dividen en dos partes. En la primera, se establecen compromisos "horizontales", los cuales estipulan las limitaciones aplicables a todos los sectores incluidos en la Lista. Estas limitaciones se refieren a menudo a un modo determinado de suministro (en particular a la presencia comercial y a la presencia de personas físicas) por lo que toda evaluación de los compromisos específicos por sectores debe tener en cuenta las anotaciones horizontales. En la segunda se enumeran los compromisos aplicables al comercio de un determinado sector o subsector de servicios.

En relación con qué se entiende por "compromisos específicos", éstos se refieren a la obligación de conceder el acceso a los mercados y el TN a la actividad de servicios de que se trata, ya sea el sector o subsector dentro del cual se clasifican los servicios (e.g. telecomunicaciones o servicios financieros) con sujeción a los términos y las condiciones que se especifican en dicha Lista. Al contraerlo, por tanto, el gobierno de determinado Miembro establece el nivel especificado del acceso a los mercados y el TN y se compromete a no imponer ninguna medida nueva que restrinja el ingreso en el mercado o la

[3] La información de este apartado proviene de la Guía para la lectura de las Listas de compromisos específicos y de las Listas de exenciones del artículo II (NMF), página web de la OMC: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/guide1_s.htm, fecha de consulta: 7 de septiembre de 2011.

prestación del servicio. Así, los compromisos específicos tienen como objetivo dar a los agentes económicos de otros países la garantía de que no se modificarán en detrimento de ellos las condiciones de entrada y operatividad en el mercado en cuestión. Esos compromisos sólo podrán retirarse o modificarse mediante acuerdo entre los Miembros; no obstante, se podrán añadir o mejorar compromisos en cualquier momento.

En conexión con los sectores o subsectores abarcados, la Lista debe indicar, respecto de cada uno de los cuatro modos de suministro, toda limitación mantenida en cuanto al acceso a los mercados o al TN. Esto significa que hay ocho anotaciones para cada compromiso, las cuales indican la presencia o ausencia de limitaciones al acceso a los mercados o al TN con respecto a cada modo de suministro. Las Listas se dividen en cuatro columnas: en la primera columna se consigna el sector o subsector objeto de compromiso; en la segunda las limitaciones al acceso a los mercados; en la tercera las limitaciones al TN, y en la cuarta columna los gobiernos pueden consignar todo compromiso adicional no sujeto a consignación en Listas en el marco del acceso a los mercados o del TN.

Es por lo anterior que, para efectos de este artículo, la columna pertinente es la tercera; es decir, la que establece las limitaciones al TN, pues ésta cambia por completo el contexto del principio de TN bajo el AGCS, pues a diferencia del GATT, la obligación de TN en este contexto se supedita a que los compromisos contraídos en las listas no señalen limitación alguna al trato referido, ya que de hacerlo, esta obligación se diluye, por decirlo de alguna manera, o bien se anula (dependiendo si sólo es una limitación parcial o si ésta es total; i.e. el *grado* de obligación contraída, como se verá un poco más adelante). Es decir, el TN se otorgará en la medida en la que los compromisos inscritos en la respectiva lista no señalen lo contrario. Como podemos advertir, lo anterior es diametralmente distinto a lo que sucede dentro del contexto del GATT dentro del cual el TN es una obligación general. Es de suma importancia resaltar esta diferencia en los contextos, ya que éste ayudará en la conclusión respecto de la hipótesis aquí planteada.

Consecuentemente, al amparo del AGCS "[t]odo Miembro que desee mantener limitaciones al TN — o sea, medidas que tengan por efecto la concesión de un trato menos favorable a los servicios extranjeros o a los proveedores de servicios extranjeros — debe hacerlas constar en la tercera columna de su Lista".[4]

En cuanto a la cláusula de NMF, me parece importante señalar que el contexto bajo el AGCS también es distinto al de la cláusula relativa en el GATT, en virtud de que en el AGCS se permiten establecer exenciones a la aplicación del artículo II, aplica lo mismo que lo señalado para el TN en el sentido de que sería igualmente redundante pretender tener dos acuerdos comerciales que contienen la misma obligación e interpretarla con el mismo significado. Por lo tanto, resulta evidente que se le debe dar un significado distinto al artículo II del AGCS.

Existe también una forma en particular de consignar los compromisos en las Listas, pues las anotaciones hechas en la Lista de un Miembro que comportan un compromiso jurídicamente vinculante indican la presencia o ausencia de limitaciones al acceso a los mercados y, en virtud del tema aquí examinado, al TN, en relación con cada uno de los cuatro modos de suministro, respecto del sector, el subsector o la actividad enumerados. En este sentido, en relación con el *grado* de obligación contraída respecto del otorgamiento del TN, el Miembro en cuestión deberá inscribir en su Lista, en la parte pertinente al sector y

[4] *Idem*.

modo de suministro, la anotación "NINGUNA" en caso de no haber limitación alguna para el otorgamiento del TN. Sin embargo, no hay que perder de vista que, en virtud de que las dos partes que componen las listas, si la anotación antes mencionada se establece en la primera parte; i.e. "Compromisos horizontales", la ausencia de limitaciones será aplicable a todos los sectores incluidos en la Lista. Por su parte, si la anotación "Ninguna" se señala en la segunda parte de la Lista; esto es, en la parte relativa a "Compromisos específicos sectoriales" esto significará que respecto de un *sector en particular* no habrá limitaciones al TN.

B. *Relación con el GATT*

Por cuanto hace a la relación del AGCS con el GATT, ésta es estrecha, pues varios artículos del AGCS se basan o utilizan terminología y conceptos que también se utilizan o aplican tanto al GATT como al comercio de mercancías. De acuerdo con Condon, estas semejanzas se refieren a que las excepciones generales contenidas en el artículo XIV del AGCS utilizan términos idénticos a las utilizadas en el artículo XX del GATT, el cual también establece las excepciones aplicables al comercio de mercancías. En este orden de ideas, la jurisprudencia (a diferencia de las cláusulas de TN y de NMF del AGCS) del artículo XX del GATT ha sido aplicada para interpretar el artículo XIV del AGCS. Asimismo, de acuerdo con Hufbauer y Stephenson[5], dentro del marco del AGCS las reglas básicas establecidas en el GATT se hacen extensivas al acuerdo que regula el comercio de servicios, principios que incluyen el TN, el relativo a la NMF, así como la transparencia en la regulación.

No obstante esta estrecha relación entre ambos acuerdos comerciales y la aparente similitud en el GATT y en el AGCS respecto del principio de TN y el de NMF, las claras diferencias en el texto de los artículos que contienen los principios antes referidos tanto en el GATT como en el AGCS e igualmente las diferencias en el contexto de cada acuerdo, me parece, apoyan la hipótesis descrita, en el sentido de que los criterios aplicables a las cláusulas de NMF y TN para el GATT no pueden aplicarse de manera automática a las mismas cláusulas contenidas en el AGCS. Es decir, los artículos II y XVII del AGCS no pueden interpretarse de la misma manera que los artículos I y III del GATT.

La relación entre ambos acuerdos ha sido materia de varios asuntos; a saber *CE-Bananos III, Canadá-Autos* y *Canadá-Publicaciones*, en los que el OA estableció que:

> […] Podría considerarse que determinadas medidas están comprendidas exclusivamente en el ámbito del GATT de 1994, cuando afectan al comercio de mercancías como tales. Otras medidas, en cambio, podrían considerarse comprendidas exclusivamente en el ámbito del AGCS, cuando afectan al suministro de servicios como tales. Sin embargo, hay una tercera categoría de medidas que podrían considerarse comprendidas tanto en el ámbito del GATT de 1994 como en el del AGCS. Son las medidas que se refieren a un servicio relacionado con determinada mercancía o a un servicio suministrado conjuntamente con determinada mercancía. En todos los casos incluidos en esta tercera categoría, la medida de que se trate podría ser examinada tanto en el marco del GATT de 1994 como en el del AGCS. No obstante, si bien la misma medida podría ser examinada en el marco de ambos Acuerdos, los aspectos específicos de la misma que se examinen a la luz de uno u otro Acuerdo podrían ser diferentes. En el contexto del GATT de 1994, la atención se centraría en la forma en que la medida afecta a las mercancías involucradas. En el marco del AGCS, la atención se centraría en la forma en que la medida afecta al suministro del servicio o a los proveedores de servicios involucrados. Si determinada medida afecta al suministro de un servicio

[5] Gary Hufbauer & Sherry Stephenson, *op cit*.

> relacionado con determinada mercancía será examinada en el marco del GATT de 1994 o en el del AGCS, o en el de ambos Acuerdos, sólo podrá decidirse en cada caso concreto. Esa fue también nuestra conclusión en el informe del OA sobre *Canadá - Publicaciones.* [6]

Podemos así observar que una misma medida puede examinarse bajo el GATT y bajo el AGCS debido a aspectos distintos que contenga la medida en cuestión. Resulta inoperante que se le de el mismo significado al TN y a la NMF en los dos acuerdos, puesto que como ya vimos el contexto es claramente diferente. Ello, debido a las materias reguladas en ambos acuerdos comerciales, el lenguaje utilizado en los mismos y las particularidades del AGCS respecto de la aplicación de la obligación de TN (esto es, la Lista) y la relativa a NMF, la cual también permite exenciones a su aplicación. Además, el principio de la interpretación eficaz (i.e. el principio de efecto útil) de los tratados, que mencionamos arriba, no permite esta interpretación, puesto que daría como resultado una redundancia.

C. *Diferencias entre GATT y AGCS*

La diferencia entre el GATT y el AGCS más notable es la relativa a la flexibilidad de un acuerdo comercial como lo es el AGCS en relación con el GATT, toda vez que mientras en el GATT las obligaciones no están sujetas a negociación, en el AGCS sí lo están, al tener la posibilidad de establecer listas de compromisos específicos para efectos de otorgar el TN o bien, listas de exenciones para el trato de NMF como se verá en la parte correspondiente. De esta forma, sostienen Hufbauer y Stephenson, cada Miembro tendrá, bajo el sistema del AGCS, varias opciones respecto del nivel de liberalización del comercio de servicios, dependiendo de los objetivos que ellos mismos establezcan en este sentido. En el mismo sentido, cada Miembro puede decidir abrir el acceso a sus distintos mercados sin limitación alguna, con ciertas limitaciones o con absolutamente todas las limitaciones y en consecuencia, no abrir el acceso a sus mercados.

Esto significa que, mientras la obligación de otorgar el TN bajo el artículo III del GATT no depende del nivel de acceso de las mercancías al mercado ni de la existencia de comercio del producto bajo consideración, como lo señaló el OA en *CE-Amianto*[7] y tampoco está sujeto a limitaciones, la misma obligación contenida en el artículo XVII del AGCS sí está sujeto a estas limitaciones. Es decir, las diferencias relativas a la estructura y el funcionamiento entre los dos acuerdos implican importantes diferencias de contexto, el cual se debe considerar bajo la regla general de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969 (“Convención de Viena”).

Otra gran diferencia entre ambos acuerdos es el documento que se utiliza para clasificar las mercancías por un lado, es decir, Sistema Armonizado, y el relativo para la clasificación de servicios, esto es, la Clasificación Central Productos (“CPC” por sus siglas en inglés[8]). La CPC tiene por objetivo proveer de un marco para la comparación internacional de estadísticas relacionadas con productos, así como para servir como guía para el desarrollo o revisión de esquemas de clasificación de productos y servicios, con la finalidad de

---

[6] 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.

[7] Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.

[8] Central Product Classification.

armonizarlos de manera tal que sean compatibles con estándares internacionales. Así, antes de la CPC no existía clasificación internacional alguna que cubriera la totalidad del espectro de los servicios existentes.

No obstante lo anterior, la CPC no provee una clasificación tan detallada como el Sistema Armonizado del GATT; razón por la cual su uso no es fidedigno a la hora de clasificar los diversos servicios.

Además de la CPC existe otro documento que se utiliza en la OMC para la clasificación de de servicios: la Lista de clasificación sectorial de los servicios[9], la cual se basa en la CPC para clasificar los servicios en distintos sectores. De esta manera, tenemos que existe otro documento a tomar en cuenta para efectos del análisis de la "similaridad" bajo el AGCS. Al respecto, el OA en *Estados Unidos-Juegos de Azar*[10] señaló para la elaboración de la Lista de clasificación sectorial de los servicios se tuvieron en cuenta, en la medida de lo posible, las observaciones que fueron realizadas por las partes negociadoras sobre el proyecto inicial de dicha lista en mayo de 1991. De igual forma sostuvo que ésta podrá ser objeto de nuevas modificaciones.

Por último, es importante hacer notar que con esta lista se puede, una vez más, observar el contexto tan diferente que gira alrededor del AGCS y el GATT. Esto, debido a que para el primero existen dos documentos de clasificación (aunque uno se base en el otro) y el GATT únicamente el Sistema Armonizado.

Teniendo en cuenta la forma de interpretar tratados internacionales a la luz del derecho internacional público y de conformidad con lo que se ha establecido en la OMC, el mecanismo de solución de controversias también previsto en el sistema de la OMC y habiendo explicado el contexto del AGCS, revisemos en las siguientes partes la cláusula de TN y la de NMF bajo el GATT y el AGCS con la finalidad de que al terminar el presente trabajo podamos concluir sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia del GATT respecto de las principales obligaciones (TN y NMF) al AGCS.

III. Principio del Trato Nacional

1. *Introducción*

En esta parte abordaremos y analizaremos los criterios emitidos al amparo del GATT y el AGCS por los diversos grupos especiales, así como por el OA; revisaremos y analizaremos la doctrina de TN respecto del AGCS e igualmente lo analizaremos a la luz de las reglas de interpretación de la Convención de Viena. Lo anterior, con la finalidad de establecer la aplicabilidad de la jurisprudencia del GATT al AGCS, tema del presente trabajo.

El principio de TN es fundamental cuando se habla del sistema jurídico que rige la OMC, Se refiere a que los Miembros de la OMC deberán otorgar a los productos importados igualdad en las condiciones de competencia que las otorgadas a los productos nacionales. Más específico, el objetivo general y fundamental del artículo III es evitar el

[9] Documento MTN/GNS/W/120 del 10 de julio de 1991.

[10] *Cfr*. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas que afectan el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, párrafo 172.

proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores.[11] Es por lo anterior que la cláusula de TN se aplica a discriminación de *iure* y *de facto*.

2. *Trato Nacional en el GATT y en el AGCS*

La disposición del GATT que establece la obligación de TN es el artículo III:

> Artículo III*
> Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores
>
> 1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.*
>
> 2. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1[12].
> […]
>
> 4. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto.

Por su parte, el principio de TN en el AGCS se encuentra contenido en el artículo XVII y reza de la siguiente manera:

> Artículo XVII
> Trato nacional
>
> 1. En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares[13].

---

[11] Informe del Órgano de Apelación, *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*; WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R; adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 13.

[12] Este párrafo tiene una Nota Interpretativa, misma que señala lo siguiente: "Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto, y, por otra parte, un producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar."

[13] Este párrafo tiene una nota al pie, la 10, la cual establece lo siguiente: 10 "No se interpretará que los compromisos específicos asumidos en virtud del presente artículo obligan a los Miembros a compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios pertinentes."

> 2. Todo Miembro podrá cumplir lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.
>
> 3. Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.

La jurisprudencia emitida por los diferentes grupos especiales y el OA ha definido criterios que permiten fijar si determinada medida adoptada por cualquier Miembro de la OMC es incompatible o no con el principio de TN al amparo del GATT; sin embargo, esto no ha sido igual para la cláusula de TN bajo el AGCS. En virtud de lo anterior, estudiaremos ambas disposiciones a la par, con la finalidad de hacer un comparativo respecto de los criterios que rigen para una y otra disposición.

A. *Párrafo 1 del artículo III del GATT*

Dado que para el AGCS no existe una disposición como la enunciada en el párrafo 1 del GATT, aquí únicamente revisaremos la jurisprudencia que se ha emitido con motivo del acuerdo que rige para las mercancías.

En conexión con el párrafo 1, el OA en Japón-Bebidas alcohólicas II, estableció que la finalidad del párrafo 1 del artículo del GATT que establece el principio de TN es la de sentar una guía para los demás párrafos de dicho artículo; es decir, para la comprensión e interpretación de las obligaciones que se establecen en los demás párrafos que forman parte del artículo en cuestión. Es por ello que:

En suma, el párrafo 1 del artículo III constituye parte del contexto del párrafo 2, del mismo modo que constituye parte del contexto de cada uno de los demás párrafos del artículo III. Cualquier otra lectura del artículo III tendría el efecto de vaciar de sentido el texto del párrafo 1, lo que violaría el principio fundamental de la efectividad en la interpretación de tratados. Coherentes con este principio de efectividad, y con las diferencias textuales en las dos frases, creemos que el párrafo 1 del artículo III informa la primera frase y la segunda frase del párrafo 2 del mismo artículo de diferentes formas[14].

Así pues, el párrafo 1 del artículo III enuncia el principio general de TN, mismo que es de aplicación general entre los Miembros de la OMC al amparo de GATT.

B. *Párrafo 2 del artículo III del GATT*

El párrafo 2 del artículo III del GATT está compuesto por dos frases, mismas que han sido interpretadas tanto por un Grupo Especial como por el OA. Asimismo, como se señaló, el párrafo aquí comentado cuenta con una nota interpretativa, la cual recordamos:

> Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto, y, por otra parte, un producto directamente competidor o que

[14] Informe del Órgano de Apelación, *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, op. cit.*, páginas 17-18.

puede sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar.

Pasemos ahora al análisis de cada una de las frases contenidas en el párrafo 2 del artículo III del GATT. Asimismo, llevaremos a cabo un análisis conjunto del artículo XVII del AGCS y de esta forma examinar si es posible la aplicación de los criterios aquí establecidos para el TN en el AGCS.

a. Primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT

Así, la primera frase ha sido interpretada como que el párrafo 1 del artículo aquí señalado informa o se permea en la primera frase del párrafo 2 del mismo, pues se establece que toda medida que sujete los productos importados a impuestos superiores a los establecidos para los productos nacionales es incompatible con dicha frase. Asimismo, el OA reconoce que la primera frase del párrafo 2 no manifiesta de manera expresa el principio general contenido en el párrafo 1. Sin embargo, aclara que dicha omisión o referencia expresa debe tener algún sentido, el cual según el propio OA es:

> [..] simplemente que para mostrar que una medida tributaria es incompatible con el principio general establecido en la primera frase no es necesario establecer la presencia de una aplicación protectora separadamente de los requisitos específicos incluidos en la primera frase. No obstante, esto no significa que el principio general del párrafo 1 del artículo III no se aplique a esa frase. Por el contrario, creemos que la primera frase del párrafo 2 del artículo III es, en efecto, una aplicación de ese principio general. El significado ordinario de la primera frase del párrafo 2 conduce inevitablemente a esa conclusión.[15]

Es por ello que el OA concluye que:

> Leída en su contexto y a la luz del objeto y finalidad general del Acuerdo sobre la OMC, la primera frase requiere un examen de la conformidad de una medida tributaria interna con el artículo III, consistente en determinar, en primer lugar, si los productos importados y nacionales gravados son "similares" y, en segundo lugar, si los impuestos aplicados a los productos importados son "superiores" a los aplicados a los productos nacionales similares. Si los productos importados y nacionales son "productos similares", y si los impuestos aplicados a los productos importados son "superiores" a los aplicados a los productos nacionales similares, la medida será incompatible con la primera frase del párrafo 2 del artículo III[16] [énfasis añadido].

De lo antes transcrito, es claro que para que una medida sea incompatible con la primera frase del artículo III del GATT es necesario que se cumplan dos supuestos; a saber: que los productos importados a los que se les aplica una medida sean “similares” a los nacionales y que las cargas o los impuestos “sean superiores” a los que se aplican a éstos.

La jurisprudencia OMC ha determinado cuatro criterios para analizar el concepto “producto similar”. De acuerdo con el OA en *CE-Amianto,* estos criterios son únicamente instrumentos que permiten dotar de significado al concepto antes aludido, debido a que no están contenidos en ningún tratado internacional y por lo tanto, no so obligatorios y mucho menos se tratan pues de criterios “cerrados”. Es decir, el análisis deberá hacerse caso por caso.[17]

Los cuatro criterios son los siguientes:

---

[15] *Ibidem*, página 14.
[16] *Ibidem*, página 22.
[17] Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op. cit.*, párrafo 102.

a) Uso final de un producto en un mercado determinado.
b) Gustos y hábitos del consumidor, los cuales difieren en cada país.
c) Las propiedades, naturaleza y calidad de los productos.
d) Clasificación arancelaria.

Los primeros tres criterios antes señalados se establecieron en el Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera.[18] En el Informe del OA en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, se consideró el cuarto criterio[19].

A continuación analizaremos cada uno de los criterios mencionados para determinar si cierto producto califica o no como "similar" y si los mismos criterios pueden servir para determinar si los servicios y los proveedores de servicios son similares en el contexto del artículo XVII del AGCS.

a.1 Uso final de un producto en un mercado determinado.

En este sentido, el Grupo Especial en *México-Impuestos sobre refrescos* analizó el uso final específico del azúcar de remolacha y el de caña para concluir que dado que la industria del refresco puede utilizar indistintamente cualquiera de los dos azúcares, el uso final es el mismo y por tanto, se cumple con este criterio para establecer si un producto es o no "similar".

Asimismo, en *CE-Amianto*, el OA sostuvo que al momento de llevar a cabo el análisis, los grupos especiales y el propio OA deben tomar en cuenta los distintos usos finales de los productos, ya que "sólo formándose el cuadro completo de los distintos usos finales de un producto, puede evaluar un grupo especial la importancia del hecho de que los productos compartan un número limitado de usos finales.[20]"

Ahora bien, para efectos del análisis del principio de TN a la luz del AGCS, todo indica que el criterio en este momento examinado es aplicable al acuerdo encargado de regir el comercio de servicios, ya que sí es posible establecer o definir el uso final de un servicio en un mercado determinado.

a.2 Gustos y hábitos del consumidor.

Este criterio se refiere a las percepciones y comportamiento de los consumidores de los potenciales "productos similares" en el país importador. En este sentido, Condon señala que el análisis de "similaridad" aquí supone una relación de competencia entre dos productos y dado que los gustos y hábitos del consumidor varían de país en país, se desprende que este criterio atiende a los consumidores del país que importa[21]. Siguiendo lo anterior, en *CE-Amianto*, el OA afirmó que '…"[e]n particular, en un mercado donde haya obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia, es muy posible que exista una demanda latente" de un producto. […] Señalamos que, en tales situaciones, "puede ser sumamente

[18] IBDD 18S/106, adoptado por las partes contratantes el 2 de diciembre de 1970.
[19] Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op cit.*, página 16.
[20] Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op. cit.*, párrafo 119.
[21] *Cfr.*, Condon Bradly, *op cit.*

pertinente examinar la demanda latente" que está suprimida por los obstáculos reglamentarios.'[22]

Al igual que el anterior, el criterio sobre gustos y hábitos del consumidor es aplicable al comercio de servicios, pues a través de este los Miembros de la OMC pueden probar la "similaridad" de sus servicios y de sus sujetos nacionales que proveen el mencionado servicio.

En virtud de lo anterior, una vez determinado que los servicios sí gozan de la característica de "similaridad" me parece atinado el criterio sostenido por el Grupo Especial en *CE-Bananos III* en el sentido de que son proveedores de servicios similares aquellas entidades que suministren servicios similares[23]. De esta manera, desde un muy particular punto de vista, primero habrá que analizar el concepto de "servicios similares" para luego analizar si los proveedores de dichos servicios cumplen con ese carácter. Este tema se retomará cuando más adelante ventilemos un poco lo que la doctrina ha señalado al respecto.

a.3 Propiedades, naturaleza y calidad de los productos.

Para determinarlo se ha recurrido no sólo a las propiedades físicas, sino también a la composición y estructura molecular, así en *México-Impuestos sobre los refrescos* el Grupo Especial sostuvo que:

> [d]e conformidad con sus propiedades físicas y composición química, el azúcar de remolacha y el azúcar de caña son formas de sacarosa (una combinación de glucosa y fructosa enlazadas) de estructura molecular idéntica. La diferencia principal entre estas dos formas de azúcar es la fuente de donde provienen, o sea, el azúcar de remolacha y el azúcar de caña, respectivamente.
> Tanto el azúcar de remolacha como el azúcar de caña son edulcorantes y, más precisamente, edulcorantes nutritivos o edulcorantes con contenido calórico (a diferencia de los edulcorantes no nutritivos o no calóricos, como la sacarina). Como tales, ambos pueden ser utilizados como edulcorantes en la producción industrial de diversos productos, incluidos los refrescos y jarabes a que se refiere la presente diferencia[24]. [énfasis añadido]

El presente criterio utilizado para determinar si hay o no "similaridad" bajo el GATT no es, en mi opinión, aplicable para efectos del análisis para el TN bajo el AGCS, toda vez que este criterio versa, según lo han interpretado los grupos especiales y el OA como más adelante se confirmará, sobre características materiales o físicas atribuibles a los productos en cuestión. Por tanto, es materialmente imposible pretender aplicar el criterio de propiedades, naturaleza y calidad de los productos a servicios, en virtud de que estamos ante bienes tangibles. En todo caso, podrá aplicarse el análisis relativo a la naturaleza de los servicios, como se verá más adelante.

a.4 Clasificación arancelaria.

---

[22] Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op cit.*, párrafo 123.

[23] *Cfr*. Informe del Grupo Especial en *Comunidades Europeas- Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/R/ECU, del 22 de mayo de 1997, párrafo 7.322.

[24] Informe del Grupo Especial en *México-Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R, del 7 de octubre de 2005, párrafos 8.30 y 8.31. Énfasis añadido. También se consideraron la composición y estructura molecular en *CE – Amianto* (informe del Órgano de Apelación).

El OA en *Japón-Bebidas alcohólicas II* consideró este criterio útil, siempre y cuando sea lo bastante detallado para que cumpla con la finalidad de establecer si dos productos son "similares". El criterio aquí referido tampoco es aplicable al AGCS, en virtud de la deficiencia existente en la clasificación de servicios contenida en la CPC.

Así las cosas, siendo evidente que en este sentido el Sistema Armonizado aplicable para el GATT contiene una descripción sumamente detallada de todos los productos, esto facilita el determinar si hay o no "similaridad" de mercancías en caso de disputa. Esto no es el caso de la CPC, ya que se queda a un nivel de cuatro dígitos en la clasificación arancelaria, provocando que la categoría de servicios sea en extremo amplia, situación que no es de utilidad en caso de disputa.

Al respecto, la doctrina[25] sostiene que a lo mucho este criterio puede dar cuenta de una presunción de similaridad, mas no de un criterio certero.

Una vez establecidos los criterios para verificar si los productos en una disputa son "similares" habrá que precisar si los impuestos o cargas interiores aplicados a los productos similares importados son "superiores a" los aplicados a los productos nacionales.

Pues bien, los términos "superiores a" se han interpretado en el sentido de que:

> [p]or más escasa que sea la cuantía en que el impuesto es "superior", esa cuantía es excesiva. "La prohibición de los impuestos discriminatorios, enunciada en la primera cláusula del párrafo 2 del artículo III, no está supeditada a un "criterio de los efectos sobre el comercio" ni está matizada por una norma *de minimis.*[26]" [énfasis añadido]

Derivado de lo anterior se desprende que no es necesario un efecto sobre el comercio ni un nivel *de minimis* de los impuestos discriminatorios para concluir que la medida va en contra de la primera frase del párrafo 2, artículo III del GATT.

En relación con los criterios establecidos para comprobar que existe la "similaridad", examinemos un poco lo que la doctrina ha sostenido al respecto, pues recordemos que en el AGCS se hace referencia a "servicios similares" y a "proveedores de servicios similares", situación que evidentemente trae a colación el tema de este artículo.

Al respecto, Mireille Cossy[27] analiza de igual manera el concepto antes referido atendiendo no sólo a asuntos resueltos mediante el GATT, sino también aquellos resueltos en paneles del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN"). Asimismo, se remite a la negociación que se llevó a cabo con motivo del AGCS. Cossy observa que el concepto aquí estudiado se encuentra en un nivel de abstracción en demasía, cuyas causas podrían ser debido a la poca jurisprudencia emitida por disputas dentro del ámbito del AGCS, así como poco interés de los órganos encargados de acotar el significado de dicho concepto.

Además, sostiene Cossy, existen otros factores que dificultan la emisión de criterios para definir qué se entiende por "similaridad" cuando se refiere a servicios y proveedores de servicios; a saber: el hecho de que los servicios son intangibles; lo complicado de trazar una línea divisoria entre producto y su respectivo proceso de producción; la particularidad

---

[25] Mireille Cossy, autora que se examinará más adelante.

[26] Informe del Órgano de Apelación, *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op cit.*, página 17. *Vid*, *inter alia*, Informe del Grupo Especial, *México-Impuesto sobre los refrescos, op cit.*, párrafo 8.52

[27] *Cfr*. Cossy Mireille, *Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?*, documento de trabajo de la OMC ERSD-2006-08, septiembre de 2006.

de que en el AGCS los servicios pueden ser suministrados a través de los cuatro modos ya señalados; el hecho de que no sólo se habla de "similaridad" respecto de servicios, sino que se incluye a "proveedores de servicios"; la falta de una nomenclatura a detalle (similar a la existente para el GATT; es decir, Sistema Armonizado vs. CPC), así como la especificidad de algunos servicios. Aunado a lo anterior, subsiste el problema respecto de que el AGCS no dilucida o da cuenta de ningún tipo de guía o criterio a seguir para determinar qué debe entenderse por el multicitado concepto.

Cossy evoca la concepción que en un principio se tuvo en la Ronda Uruguay sobre los conceptos de "servicios" y "proveedores de servicios", ya que les fue reconocida cierta inseparabilidad. Para la autora lo anterior podría dar como resultado una ampliación en el alcance de la obligación de TN y por tanto un efecto liberalizante mucho mayor de dicha obligación[28]. Asimismo, según Cossy, implicaría una mayor incidencia en la capacidad regulatoria de los Miembros. Ligado a lo señalado, la carga de la prueba se convertiría en un proceso algo más complicado, ya que el Miembro que aduce violación a principio de TN tendría, *prima facie*, que demostrar la "similaridad" no sólo de servicios, sino también de los proveedores de los mismos. A raíz de esto, surge otra pregunta: ¿es realmente necesario establecer el concepto de "similaridad" para servicios y proveedores de servicios por separado? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿cuál de ellos prevalece? Sobre este punto, me parece que hasta el momento, dada la jurisprudencia emitida, podría pensarse que prevalece el concepto de "servicios", puesto que el tema ha sido discutido de manera más "profunda" que el concepto de "proveedores de servicios". De igual forma, recordemos que según la jurisprudencia, si un proveedor suministra servicios "similares" se entiende proveedor con el mismo carácter.

Otros autores como Nicoladïs y Trachtman ven relevancia en el hecho de que el artículo XVII del AGCS menciona de manera expresa los dos conceptos. Esto es lo que en la academia se conoce como examen "disyuntivo", a través del cual ambos conceptos debieran ser evaluados, pero de manera separada. Esta teoría también es aceptada por Krajewski, cuyo análisis se enfoca más hacia la preocupación respecto de que un examen cumulativo del concepto "servicios" y "proveedores de servicios" no permitiría que un Miembro tratara por razones válidas a los diferentes proveedores de servicios de manera distinta, toda vez que se declararía inválida la medida en cuestión por discriminar entre servicios similares. Bajo el esquema del examen disyuntivo, se tendría que probar la "similaridad" tanto de los servicios como de los proveedores de los mismos.

Cossy plantea que esta distinción en cuanto a regulación para, por un lado, servicios y, por el otro, proveedores de servicios sería difícil llevarlo a un plano práctico, ya que es una distinción simulada, puesto que rompe con el carácter de inseparabilidad del que se habló líneas más arriba[29]. Asimismo, reconoce que la inclusión de ambos conceptos puede significar que una misma medida puede afectar a los servicios y/o a los proveedores de servicios; razón por la cual el examen de similaridad dependerá de si determinada medida afecta a los servicios, a los proveedores de servicios o bien, a ambos.

Cossy va más allá al explicar que la diferente redacción de los modos de suministro contenidos en el artículo I párrafo 2 puede servir de guía. Lo anterior en virtud de que los

[28] No perdamos de vista que al amparo del AGCS, la obligación de TN es un compromiso específico, cuyo alcance es determinado por los Miembros en sus respectivas listas.

[29] Reconocido en la Ronda Uruguay.

modos 1 (del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro) y 2 (en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro) se refieren únicamente a "servicios", mientras que los modos 3 (por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro) y 4 (por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro) lo hacen tanto a "servicios" como a los "proveedores de servicios".

Cossy nota que esta diferencia entre "servicios" y "proveedores de servicios" no detona la problemática que acontece en el AGCS en otros tratados internacionales relacionados con el comercio como por ejemplo, el TLCAN. En éste, de manera específica el capítulo 12 (comercio transfronterizo de servicios), se hace referencia a "prestadores de servicios" y no a "servicios", lo que implica, según Cossy, tiene cabida la comparación. De igual forma, el capítulo 11 (inversión) utiliza los conceptos "inversionistas de otra Parte" e "inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte" en dos párrafos distintos, lo que puede indicar que en una disputa puede versar sobre un inversionista o bien, respecto de una inversión.

No obstante lo anterior, Cossy reconoce que al final la correlación existente entre "servicios" y "proveedores de servicios" deberá ser precisada por el criterio que se adopte para a su vez determinar lo que se entiende por "similaridad".

Existe también lo que se denomina "similaridad a través de los modos de suministro", concepto bajo la cual los servicios y los proveedores de servicios serán similares en virtud de la naturaleza en cuestión sin importar el modo mediante el cual sean suministrados. Así, todos los servicios y proveedores de servicios dentro de un mismo sector serán considerados como "similares"; i.e. bajo lo anterior, los 4 modos de suministro podrán ser utilizados para proveer servicios similares. Según Cossy, el argumento más fuerte de los que sostienen dicho concepto es que del texto del artículo XVII no se desprende que el modo de suministro sea relevante para efectos de darle significado al concepto "similaridad"[30]. En este sentido, concluye que la obligación contraída con motivo del artículo XVII, esto es, la obligación de TN, debe ser acotada para y por cada modo de suministro, de manera independiente.

La multicitada autora llevó a cabo una serie de exámenes de cada uno de los cuatro criterios utilizados para el GATT al amparo del AGCS. Su conclusión considera que de los cuatro criterios, los más afortunados en el contexto del comercio de servicios son el relativo a uso final de un producto en un mercado determinado y el de gustos y hábitos del consumidor, toda vez que se enfocan el la sustitución del servicio desde un punto de vista del consumidor final.

Los criterios sobrantes, a saber: propiedades, naturaleza y calidad de los productos y clasificación, son deficientes porque en el primer caso, si bien son intangibles los servicios, los paneles se podrían enfocar en características intrínsecas (e.g. costos, insumos y particularidades de los servicios suministrados); sin embargo, el problema sería determinar qué tan profundo debe ser ese análisis intrínseco. En cuanto a la clasificación, este criterio resulta insuficiente, ya que la CPC puede a lo mucho dar cuenta de una presunción de

[30] Este fue el criterio seguido en Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*; WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R; adoptado el 19 de junio de 2000.

similaridad, puesto que dos o más servicios pueden caer dentro de una misma categoría, situación que no lo hace un documento del todo confiable para estos efectos. No obstante lo mencionado, Cossy también concluye que lo anterior se centra únicamente en "servicios" y deja de lado el análisis de los "proveedores de servicios", por lo que no resuelven el problema aquí planteado.

Otra teoría estudiada por Cossy, y formulada en un principio para el GATT, es la del "objeto y efecto de una medida", teoría bajo la cual un panel no sólo debe considerar si una distinción en el marco regulatorio respecto de productos tiene un objetivo de *buena fe*, sino debe además considerar si dicha medida crea un efecto proteccionista a favor de los productos nacionales. No obstante esto, una medida sí puede implicar distinciones legales entre productos, siempre y cuando no tenga por objeto lo anterior; es decir, ni un objetivo ni un efecto proteccionista de la producción nacional. En este sentido, establece la autora, habría determinación de "similaridad" de probarse que la medida en cuestión tiene como objeto y efecto la protección de los productos del Miembro que la implementó[31].

La teoría antes explicada fue rechazada no sólo por el Grupo Especial y el OA en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, en el marco del GATT[32], sino que lo fue también para efectos del AGCS, ya que en *CE-Bananos III*, el OA determinó que:

> Consideramos que ni en el artículo II ni en el artículo XVII del AGCS hay fundamento para sostener que el objeto y efecto de una medida sean de alguna forma pertinentes a la determinación de si la medida en cuestión es incompatible con esas disposiciones. En el marco del GATT la teoría del "objeto y efecto" deriva del principio establecido en el párrafo 1 del artículo III según el cual los impuestos y otras cargas interiores, así como otras reglamentaciones "no deberían aplicarse a los productos importados nacionales de manera que se proteja la producción nacional". No hay en el AGCS una disposición análoga[33].

Por último, Cossy analiza el concepto de "circunstancias similares" utilizada en el contexto del TLCAN, el cual fue examinado en el asunto de "Servicios de transporte transfronterizo", controversia en la que México adujo incumplimiento a los artículos 1202 (TN en servicios transfronterizos) y 1203 (trato de la NMF en servicios transfronterizos) por parte de Estados Unidos al no eliminar una moratoria impuesta para dar trámite a las solicitudes de las empresas transportistas propiedad de nacionales mexicanos para otorgarles permiso de operar en los estados fronterizos americanos. Bajo este asunto, el Panel encargado de su resolución tuvo que interpretar y definir el alcance de la frase "circunstancias similares" en el sentido de que si la comparación puede aplicarse a "prestadores de servicio" sobre una base de país a país o más bien, debe aplicarse a los solicitantes individuales para prestar el servicio. Al respecto, el Panel sostuvo que en relación con "circunstancias similares" contenido en el artículo 1202 del TLCAN, esta frase puede incluir adecuadamente trato diferenciado en términos de las condiciones especificadas en el artículo 1402 del FTA (que es el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá por sus siglas en inglés); sin embargo, "…el trato diferencial no puede ser mayor que el necesario por motivos normativos específicos tales como la seguridad y que

[31] De aplicarse este examen, el efecto de una medida en el mercado sería parte integral del examen de similaridad, sostiene Cossy.

[32] *Grosso modo*, de acuerdo con la autora, el rechazo fue por el temor de tener que descifrar los motivos intrínsecos de los reguladores al momento de dictar una medida, así como el alto nivel de subjetividad que esto implica.

[33] Informe del Órgano de Apelación en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 241.

dicho trato diferenciado debe ser equivalente al trato dado a los prestadores de servicios nacionales"[34]. Asimismo, el Panel consideró poco probable que a partir de la frase señalada pueda mantenerse un obstáculo muy significativo al comercio de servicios al amparo del TLCAN.

De esta forma, Cossy afirma que dicho concepto tampoco ofrece más guía respecto del alcance de la comparación entre nacionales y extranjeros que la que ofrece el concepto "servicios similares y proveedores de servicios". Asimismo, observa que un panel del TLCAN reconoció que "circunstancias similares" permite diversas interpretaciones en el plano abstracto, pero también en determinado contexto; es decir, dada una disputa en particular. Aunado a lo anterior, la autora establece que debido a la escasez de jurisprudencia respecto de "circunstancias similares", el concepto tampoco, al igual que para el AGCS, tiene criterios fijos para saber cuándo estamos frente a éstas[35].

Concluido el análisis de los elementos de la primera frase aquí examinado, estudiemos ahora la segunda frase contenida en el mismo párrafo y artículo.

b. Segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT

Tomando en cuenta la Nota Interpretativa del artículo III del GATT más arriba, el OA[36] ha establecido que ésta junto con la segunda frase tienen un valor jurídico semejante, toda vez que ambas pertenecen a un tratado internacional. Así, dicha nota tiene alcance acotado, pues no altera ni suplanta el texto de la segunda frase, sino que únicamente dilucida el significado otorgado a ésta; razón por la cual ambos textos deben, según la jurisprudencia emitida, leerse de manera conjunta para así darle el significado correcto que los redactores del GATT formularon en relación con el principio de TN enunciado en el párrafo 2 y en particular en su segunda frase.

En conexión con lo anterior, examinemos ahora el criterio adoptado sobre la segunda frase ya señalada. El OA en *Japón-Bebidas alcohólicas II* afirmó que el párrafo 2 del artículo III remite de manera expresa al párrafo 1 del mismo, ya que "contiene una prohibición general de aplicación de "impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1."[37]

Por lo tanto, según lo afirmado por dicho órgano, los impuestos y cargas interiores no podrán ser aplicados a los productos, ya importados ya nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

Así pues, dicha remisión expresa al párrafo 1 del mismo artículo tiene por efecto que al aplicar la frase aquí estudiada se establezcan tres supuestos a explorar para que se afirme

[34] Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Panel arbitral establecido en términos del Capítulo veinte en el asunto "Servicios de transporte fronterizo" del 5 de febrero de 2001, párrafo 258.

[35] El Panel que resolvió el asunto *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits del 7 de agosto de 2005 rechazó la aplicación de los cuatro criterios seguidos para el GATT, toda vez que el capítulo 11 del TLCAN se refiere a "circunstancias similares" y no ya a "productos similares, directamente competitivos o sustituibles entre sí", lo que de acuerdo con el panel "…demuestran que no se pueden traspolar las disposiciones aplicables a productos a aquellas aplicables a inversiones". *Methanex Corporation v. United Status of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 7 de agosto de 2005 *apud*, Cossy Mireille, *op. cit*.

[36] *Ibidem*, página 18.

[37] Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit*, páginas 17 y 18.

que una medida es incompatible con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT. A saber:

1) si los productos importados y los productos nacionales son productos "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" y que compiten entre sí;
2) si los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí no están sujetos "a un impuesto similar"; y,
3) si se aplican impuestos diferentes a los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí "de manera que se proteja la producción nacional".

Pasemos a los criterios adoptados para cada uno de los incisos antes señalados.

b.1 Productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí

Según la jurisprudencia[38], ésta se trata pues de una categoría mucho más amplia que la enunciada en la primera frase del párrafo 2, i.e. productos “similares”, ya que se puede estar ante productos importados y productos nacionales que no satisfacen de manera estricta los criterios utilizados para establecer la “similaridad” en productos. Así, si los anteriores no se satisfacen, no cabe hablar de incompatibilidades en relación con la primera frase del párrafo 2, ya que dicha disposición no será aplicable.

Lo anterior, debido a que:

> Los productos "similares" son una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí: todos los productos similares son, por definición, productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, mientras que no todos los productos "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" son productos "similares."[39]

En virtud de lo anterior, se desprende que la categoría de “productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí” es más amplia que la de productos “similares”, toda vez que como se dijo en el análisis llevado a cabo respecto de “similaridad”, ésta debe interpretarse en sentido restringido. Por lo tanto, de conformidad con lo razonado por el OA en *Corea-Bebidas alcohólicas*, los productos perfectamente sustituibles entre sí se analizarán al amparo de la primera frase del párrafo 2 del artículo III por ser más restringido su alcance, mientras que los productos imperfectamente sustituibles entre sí lo harán de acuerdo con la segunda frase del párrafo 2 del artículo antes mencionado[40], debido a lo amplio de dicha categoría.

De igual forma, “[l]a expresión "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" describe un determinado tipo de relación entre dos productos, uno importado y el otro nacional. De la formulación de la expresión resulta evidente que la esencia de esa relación es que los productos están en competencia[41]”. En este sentido, el contexto en donde se da esta relación de competencia es sin lugar a dudas el mercado, pues es en éste

[38] *Idem*.

[39] Informe del Órgano de Apelación en *Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/AB/R, y WT/DS84/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999, párrafo 118.

[40] *Idem*.

[41] *Ibidem*, párrafo 114.

en el que los consumidores decidirán entre el producto importado o bien, el producto nacional.

Asimismo, la gama de productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí se deberá determinar caso por caso.

Finalmente, el criterio para determinar que ciertos productos pertenecen a esta categoría es la elasticidad de sustitución, pues ésta da cuenta de si tienen o no un mismo uso final. Sin embargo, el Grupo Especial en *Corea-Bebidas alcohólicas* afirmó que no obstante la utilidad de los análisis cuantitativos, éstos no son necesarios.[42]

El criterio respecto de la elasticidad, en particular, resulta interesante para efectos del análisis de la "similaridad" de servicios, toda vez que se relaciona con la opinión esgrimida a propósito del criterio de gustos y hábitos del consumidor, toda vez que ahí señalé que en mi opinión ese criterio es aplicable al comercio de servicios, pero tomando en cuenta la tasa de sustitución existente entre los servicios objeto de análisis. Además, me parece que para nuestros efectos, el análisis o la metodología establecida con motivo del concepto de "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" es atinada, ya que toma en cuenta la elasticidad de sustitución, en ese caso, de los productos, por lo que bien podría ser aplicada al comercio de servicios. De esta manera, podemos aplicar el criterio relativo a gustos y hábitos del consumidor, pero aplicándolo con la metodología utilizada para analizar este concepto en lo que hace a la elasticidad. En consecuencia tendremos que la "similaridad" de servicios se dará dentro de un contexto de mercado (como es obvio que sucede) en el que los consumidores decidirán entre un servicio proporcionado por un nacional o por un servicio proporcionado por un nacional de otro Miembro de la OMC y el criterio a definir la mencionada similaridad será la elasticidad de sustitución, pues ésta también dará cuenta si el servicio tiene la misma finalidad. No obstante, en el caso de servicios, me parece sí es importante y necesario llevar acabo los análisis cuantitativos, pues como se verá más adelante, el análisis cuantitativo será de gran utilidad para determinar la "similaridad" de los servicios.

Lo anterior reconociendo evidentemente que en el AGCS no está contenida una frase equivalente a la señalada[43]. Es simplemente aplicar una metodología en la que convergen conceptos como lo es la tasa de sustitución. Así, de ninguna manera se pretende aquí suponer que existe una frase parecida a la vista; por el contrario, se está de acuerdo en que, como bien lo dijo el Grupo Especial que resolvió *CE-Bananos III*, el alcance del compromiso establecido en el artículo XVII en el AGCS se delimita por el criterio en el que se establece que el cumplimiento de dicho artículo se enmarca dentro de un compromiso específico "…en el sentido de que será obligatorio para un Miembro sólo en relación con sectores o subsectores que ese Miembro haya inscrito en su lista y en la medida especificada en la misma.[44]" De aquí que el principio de TN únicamente aplica en la medida en que el Miembro en cuestión haya especificado en su respectiva lista. Por último, en relación con el criterio descrito, me parece igualmente importante señalar que todo parece indicar que el concepto esgrimido en el artículo XVII del AGCS es más estrecho que el contenido en la segunda frase del artículo III del GATT, ya que aplicando la regla general de interpretación

[42] Informe del Grupo Especial en *Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/R, del 17 de septiembre de 1998, párrafo 10.42.

[43] "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí".

[44] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, párrafo 7.305

contenida en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena respecto de la literalidad del texto de un tratado, en el texto del artículo XVII no se contiene un concepto equivalente a "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí"; por el contrario, únicamente se hace referencia una vez más al concepto de "similaridad", concepto que a la luz de la jurisprudencia del GATT es, como se vio, un concepto más estrecho. Sin embargo, el concepto de similaridad en el artículo XVII del AGCS debe ser más amplio que el mismo concepto en la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT por dos razones. Primero, el mismo concepto es más amplio en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT, como se verá más adelante. Segundo, el hecho de que los Miembros pueden restringir la aplicación del artículo XVII por medio de sus listas de compromisos específicos permite una interpretación más amplia de este concepto en el contexto del AGCS.

b.2 No sujetos "a un impuesto similar"

Esta expresión es distinta a la utilizada en la frase 1 del párrafo aquí comentado; i.e. "superiores a", por tanto requiere de otro criterio para ser analizada.

El criterio requerido se refiere a "…esta diferencia de tributación debe ser superior a una diferencia de *minimis* para que en un caso determinado se pueda considerar que los productos no están sujetos a un impuesto similar.[45]" En estos casos, la determinación de si una diferencia particular de tributación es de *minimis* o no deberá hacerse de manera casuística.

En conclusión, para establecer que los productos importados considerados productos directamente competidores o sustituibles entre no están sujetos a un "impuesto similar" son necesarios dos elementos; a saber: que la carga del impuesto aplicado a los productos importados sea mayor a la de los productos nacionales directamente competidores o sustituibles entre sí y que la carga impositiva no sea, en ningún caso, de *minimis*.

b.3 De manera que se proteja la producción nacional

Al respecto, no se refiere a la intención de los legisladores de determinado país Miembro de la OMC, sino que es una cuestión de cómo se aplica la medida. Así pues, en diversos informes se determinó que para probar que se está ante una medida que aplicada a productos importados directamente competidores o sustituibles entre sí de los productos nacionales, que no están sujetos a un impuesto similar de manera que se proteja la producción nacional es menester atender al diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. Por tanto, en la medida en la que se analice cómo se aplica la medida en cuestión y de dicho análisis se desprenda que de la aplicación de los distintos métodos de tributación existe un efecto de discriminación o de protección en perjuicio de los productos importados, dicha medida será incompatible con la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3 del GATT[46].

---

[45] Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit*, página 20.

[46] Vid. Informe del Órgano de Apelación en Canadá-Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997 e Informe del Grupo Especial del GATT en Japón-Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto a los vinos y bebidas alcohólicas importados, IBDD 34S/94.

En relación con estos dos últimos criterios, me parece que no pueden aplicarse al TN referido en el AGCS, puesto que como se vio en la jurisprudencia del GATT, éstos van aunados al concepto de "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" y dado que en el texto del artículo que prevé el principio de TN para el AGCS no contiene un supuesto de esa naturaleza no podemos aplicar criterios sin bases jurídicas sólidas y por tanto, infundados. Asimismo, están referidos a cargas tributarias y este no es el caso para el TN en el AGCS. Es decir, el alcance del artículo XVII del AGCS es más amplio que el del artículo III:2 del GATT, dado que el primero se aplica a "todas las medidas que afecten al suministro de servicios", mientras que el segundo se limita a los "impuestos interiores u otras cargas interiores". También, es potencialmente más amplio que la combinación de los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT, porque no se restringe a las reglamentaciones interiores.

C. *Párrafo 4 del artículo III del GATT*

De la interpretación del párrafo 4 del artículo III hasta ahora emitida se infiere que al igual que en el párrafo 2 del artículo referido, éstos se tratan de expresiones específicas del principio enunciado en el párrafo 1 de dicho artículo, toda vez que el principio general de TN enunciado en el párrafo 1 permea tanto al párrafo 2 como al 4. Es por ello, que para una adecuada interpretación del párrafo 4 es necesario fijar nuestra atención en el párrafo 1 y no en el párrafo 2, ya que el primero es el que guía e informa, a pesar de que en el párrafo aquí analizado se utilicen conceptos usados igualmente en el párrafo 2 como es el caso de "productos similares". Es por esto, que tiene que haber una armonía con el párrafo 4 y el objetivo de párrafo 1; es decir, evitar el proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores, por un lado, y la interpretación que se le de al párrafo 4 por el otro. Esta coherencia en relación con cualquier ley, reglamento o prescripción.

Asimismo, según el OA en *CE-Amianto*, a pesar de que los párrafos 2 y 4 utilizan el concepto arriba aludido, éstos son diferentes toda vez que el párrafo 2, a diferencia del 4, establece dos obligaciones distintas en cada una de sus frases. Es en virtud de este caso que, la interpretación del concepto "productos similares" en ambos párrafos es distinta; por ello:

> [a]l interpretar el párrafo 4 del artículo III no hay que tener presentes las mismas consideraciones, porque el "principio general" formulado en el párrafo 1 del artículo III se expresa en el párrafo 4 del artículo III, no mediante dos obligaciones distintas, como ocurre en el caso de las dos frases del párrafo 2 del artículo III, sino mediante una única obligación que se refiere solamente a los "productos similares"[47].

Aunado a lo anterior, el concepto de "producto similar" del párrafo 4 es respecto de la relación de competencia que pueda existir entre dos o más productos, ya que al informar al párrafo 4 aquí comentado el principio establecido en el párrafo 1 busca frenar que los países Miembros utilicen leyes fiscales domésticas, así como otros reglamentos interiores con la finalidad de menoscabar la relación de competencia entre un producto importado y otro nacional con miras a proteger este último. Asimismo, habrá que ponderar la similitud de productos nacionales e importados a la luz de la relación mencionada en el párrafo de arriba; en particular, analizando la naturaleza y medida de la relación de competencia entre ambos productos.

[47] Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op. cit.*, párrafo 96.

En conexión con lo anterior, parece importante delimitar el alcance del concepto "producto similar" utilizado en el párrafo 2 y el usado en el párrafo 4, pues según los criterios adoptados por la OMC el alcance del párrafo 4 es más amplio que el del párrafo 2; sin embargo, el párrafo 4 no es de ninguna manera más amplio que "…el alcance combinado, en lo que se refiere a los productos, de las dos frases del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994.[48]"

Antes de avanzar en el análisis del concepto "productos similares" al amparo del párrafo 4, es importante aclarar que se requieren, además de tratarse de "productos similares", de otros dos supuestos para hablar de una violación al párrafo antes señalado; a saber:

> […] 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 de estos productos en el mercado interior' y que los productos importados reciban 'un trato menos favorable' que el concedido a los productos similares de origen nacional.[49]

En dicho sentido, la palabra "afectar", según el OA en *CE-Amianto*, implica que determinada medida tenga "efectos para"; sin embargo, que una medida tenga "efectos para" da pie a que se desarrollen diversas interpretaciones. Es por lo anterior que, se ha adoptado el siguiente criterio: el término "abarca" se refiere "…a cualquier ley o reglamento que pueda modificar desfavorablemente las condiciones de la competencia entre los productos nacionales y los productos importados[50]" y no ya únicamente disposiciones que incidan de manera directa en las condiciones compra o venta.

En relación con el tercer supuesto a cumplirse para hablar de una medida incompatible con el párrafo 4; i.e. que el producto similar importado reciba un "trato menos favorable" que el otorgado a su símil nacional, el Miembro que aduce aquella no sólo debe demostrar que se trata de productos similares en el entendido del párrafo 4[51] y que la medida afecta en el sentido ya referido, sino que además es menester demostrar que el producto importado similar es tratado de manera menos favorable que el nacional. En este sentido, nótese una vez más cómo el principio enunciado en el párrafo 1[52] se introduce en el párrafo analizado, puesto que se ha determinado que "[s]i existe un 'trato menos favorable' del grupo de productos importados 'similares', 'se protege', inversamente, al grupo de productos 'similares' de origen nacional"[53].

Pues bien, la interpretación concedida al concepto "trato menos favorable" versa sobre la evaluación que deberá llevarse a cabo con la finalidad de precisar si la medida en cuestión altera las condiciones de competencia en el mercado de que se trate de tal forma que perjudica la posición en éste de los productos similares importados. Es por esto que "[u]na diferencia formal de trato entre los productos importados y los productos nacionales

---

[48] *Ibidem*, párrafo 99.

[49] Informe del Órgano de Apelación en *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 130.

[50] Informe del Grupo Especial en *Canadá-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*; WT/DS139/R, WT/DS142/R; 11 de febrero de 2000, párrafo 10.80.

[51] Como se señaló arriba, visto desde el punto de vista de una relación de competencia.

[52] Esto es, evitar el proteccionismo de la producción nacional, a través de medidas interiores.

[53] Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto op. cit*, párrafo 100.

similares no es, por consiguiente, ni necesaria ni suficiente para demostrar una infracción del párrafo 4 del artículo III.[54]"

En este sentido, recordemos que por la misma redacción del artículo XVII del AGCS, éste y el párrafo aquí estudiado tienen semejanzas. Al respecto, en relación con el principio del TN al amparo del AGCS, éste ha sido poco interpretado, pues en la jurisprudencia existente los Grupos de Trabajo no han profundizado como sí lo han hecho para el GATT para efectos de determinar cuándo una medida adoptada por un Miembro es incompatible con dicho principio. Así, actualmente la disposición del AGCS que contiene el principio aludido carece de criterios definidos para probar la incompatibilidad de medidas.

Sin embargo, a pesar de lo escueto de los criterios a continuación exploramos lo que se ha vertido con dicho propósito. De esta manera, el Grupo Especial en *CE-Bananos III* observó que la expresión "trato no menos favorable" contenida en el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS se refiere a que los Miembros deberán otorgar condiciones de competencia no menos favorables para los servicios y proveedores de servicios extranjeros "…independientemente de que se logre mediante la aplicación de medidas formalmente idénticas o formalmente diferentes[55]. De esta manera, los párrafos 2 y 3 del mismo artículo se acogen a la misma interpretación, dando como resultado que no se les imponen a los Miembros obligaciones adicionales a las establecidas en el párrafo 1. De la misma forma, dicha expresión incluye tanto discriminación *de facto* como *de iure*.[56]

Aclarado lo anterior, repasemos ahora los elementos a examinar con la finalidad de determinar cuándo una medida es violatoria del principio aquí referido al amparo del AGCS.

De igual forma, es necesario probar tres elementos:

i. Que el Miembro de quien se aduce incumplimiento ha asumido un compromiso en un sector y un modo de suministro pertinentes,
ii. Que el Miembro de quien se aduce el incumplimiento al TN ha adoptado o aplicado una medida que afecta al suministro de servicios en ese sector y/o modo de suministro y
iii. Que la medida otorga a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato menos favorable que el que dispensa a los servicios o a los proveedores de servicios similares del Miembro que se supone está violando el principio de TN y por tanto el artículo XVII del AGCS.

Respecto al elemento relativo a que el Miembro de quien se aduce incumplimiento ha asumido un compromiso en un sector y un modo de suministro pertinentes, el Grupo Especial en cuestión no lo examinó a profundidad, toda vez que constató que el Miembro demandado contrajo un compromiso pleno por cuanto hace al TN. Ello, debido a que dicho Miembro "…inscribió[57] en la primera columna, bajo el título "Sector o subsector", el sector "Servicios comerciales al por mayor". […] También figura inscrito el número correspondiente de la

[54] Informe del Órgano de Apelación en *Corea-Carne vacuna op. cit*, párrafo 137.

[55] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, Párrafo 7.309.

[56] A esta conclusión llegó el Órgano de Apelación en *CE-Bananos III, op. cit.*, en el contexto del artículo II del AGCS y aclaró que dicha conclusión no se circunscribe al asunto en ese momento examinado, por lo que se deberá seguir en casos que presenten la misma cuestión.

[57] Se refiere a la inscripción en la Lista de Compromisos Específicos.

CPC[58]". Por esta razón, el Grupo Especial no se pronunció más sobre el primer elemento a analizar en el sector.

Para el segundo elemento, consistente en que el Miembro de quien se aduce el incumplimiento al TN ha adoptado o aplicado una medida que afecta al suministro de servicios en ese sector y/o modo de suministro, el Grupo Especial únicamente retomó su criterio en relación con la interpretación vertida con motivo de las palabras "que afecten"; i.e. que dichas palabras deben interpretarse de en sentido amplio. Al respecto, no se pronunció de manera detallada.

Por último, el tercer elemento a demostrar; esto es, que la medida otorga a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato menos favorable que el que dispensa a los proveedores de servicios similares del Miembro que se supone está violando el principio de TN y por tanto el artículo XVII del AGCS, consta a su vez de cuatro cuestiones que deben abordarse:

i. La definición de la presencia comercial y de los proveedores de servicios.
ii. Si los operadores en el sentido de los reglamentos de la CE sobre el banano son proveedores de servicios de conformidad con el AGCS.
iii. La definición de servicios en el ámbito de los compromisos de la CE.
iv. En qué medida los servicios y proveedores de servicios de origen diferente son similares.

Parece importante aclarar que dichas cuestiones están íntimamente ligadas con el asunto que se resolvió; i.e. *CE-Bananos III* y por tanto podrían dar la impresión de no ser aplicables de manera general[59]. Sin embargo, es la única fuente de interpretación con la que se cuenta hasta el momento.

Finalmente, el Grupo Especial en *CE-Bananos III* sostuvo respecto del párrafo 3 del artículo XVII[60] que "[…] un trato formalmente idéntico puede, sin embargo, considerarse trato menos favorable si modifica adversamente las condiciones de competencia de los servicios o proveedores de servicios extranjeros.[61]"

No obstante lo anterior, en relación con el párrafo 3 del artículo ya referido del AGCS se observa que la redacción de dicho párrafo se basa en buena medida en lo establecido en la interpretación que se llevó a cabo para el GATT; es decir, la interpretación no aporta un significado relevante, pues ambos conceptos son referidos a las condiciones en el mercado, pero aplicando un lenguaje distinto: en el caso de la jurisprudencia del GATT se refiere a que las condiciones de competencia en el mercado relevante sean alteradas; en el caso del AGCS, donde la fuente es el mismo tratado, a que éstas se modifiquen adversamente.

---

[58] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit*, párrafo 7.305. La CPC se refiere a la Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas (CPC), la cual es a los servicios lo que el Sistema Armonizado para la Codificación de Mercancías a las mercancías, ya que en aquella se establecen las clasificaciones pertinentes a los servicios., como se señaló en el parte inicial.

[59] Como por ejemplo, los cuatro criterios para determinar si determinados productos gozan de "similaridad" al amparo del GATT.

[60] Recordemos que el párrafo 3 del artículo XVII del AGCS dispone lo siguiente: "Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro".

[61] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op cit*, párrafo 7.327.

Los negociadores del AGCS fueron concientes de la jurisprudencia relevante del GATT cuando redactaron el párrafo 3 del artículo XVII del AGCS. Haciendo un ejercicio de interpretación respecto del concepto "trato menos favorable" establecido en el artículo XVII del AGCS y aplicando la regla general interpretación establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena, podemos observar que el sentido corriente[62] del término "modificar" es distinto al término "alterar" (no perder de vista que este término no figura en el texto del párrafo 4 del artículo III del GATT, sino que deviene de la interpretación); a saber:

(ii) modificar. (Del lat. *modificāre*).

1. tr. Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes.

2. tr. *Fil*. Dar un nuevo modo de existir a la sustancia material. Se usa también en sentido moral.

3. tr. p. us. Limitar, determinar o restringir algo a cierto estado en que se singularice y distinga de otras cosas. U. t. c. prnl.

4. tr. p. us. Reducir algo a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia. U. t. c. prnl.

Por tanto, tomando en cuenta el significado 3 de la definición antes transcrita, del artículo XVII me parece que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si el Miembro en cuestión limita, determina o restringe las condiciones de competencia o el acceso al mercado de los servicios similares o proveedores de servicios similares de otro Miembro al momento de suministrarlos en el territorio del primero, de manera tal que lo distinga de los servicios similares o proveedores de servicios similares nacionales.

No obstante lo anterior, Federico Ortino[63] analiza varios asuntos con motivo del "trato menos favorable" y concluye que la revisión o el análisis de esta expresión dentro del contexto del artículo XVII debe versar sobre el impacto adverso y desproporcionado que recae sobre los servicios y proveedores de servicios extranjeros; asimismo, que la medida en cuestión debe ser la causa de dicho impacto adverso, el cual además debe ser más que *de minimis*. Por último, afirma que para determinar la desproporcionalidad se debe atender a una comparación en conjunto de los servicios y proveedores de servicios en cuestión. Es decir, tomando en consideración tanto a los servicios y proveedores de servicios nacionales como a los servicios y proveedores de servicios extranjeros.

De igual manera, Mitsuo Matsushita[64] señala, en relación con el TN bajo el AGCS, que dado que el AGCS no interactúa o no se relaciona con los típicos instrumentos comerciales, tales como los aranceles y está limitado a las negociaciones que se den entre los diferentes Miembros, éstas pueden referirse a cualquier medida, incluyendo cualquier medida que potencialmente pueda entrar en el ámbito del artículo XVII. Por esto, según Matsushita, dicho artículo puede ser abordado desde dos perspectivas; a saber, desde la perspectiva del *contenido* o bien, desde el punto de vista del *listado*. Así, desde la perspectiva de *contenido*, el artículo XVII cubre potencialmente toda medida abarcada por el AGCS. Desde esta perspectiva, aquellas medidas que entren en los artículos VI (relativo a la reglamentación nacional) o XVI (referente a acceso a los mercados) se consideran un subconjunto de las medidas abarcadas por el artículo XVII. Es decir, vistas las medidas comprendidas en el

[62] Diccionario de la Real Academia Española, www.rae.es, fecha de consulta: 7 de septiembre de 2011.

[63] Ortino Federico, The Principle of non-discrimination and its exceptions in GATS: Selected legal issues, documento presentado en la conferencia "Conflict and Crises?-The WTO after Hong Kong", Viena, 24 y 25 de abril de 2006.

[64] Matsushita, *Trade in Services*, The World Trade Organization, segunda edición, Oxford University Press, 2006, Capítulo 8.

artículo XVII como el género y las medidas comprendidas en los artículos señalados como la especie.

Desde una perspectiva del *listado*, explica Matsushita, el ámbito del artículo en comento es bastante más estrecho, pues cubre potencialmente todas las medidas que afectan a los servicios, excepto la suma de los artículos VI y XVI, correspondientes a reglamentación nacional y acceso a los mercados. Sostiene, sin embargo, que esto no significa que un Miembro no pueda otorgar TN a medidas que establezcan requisitos de calificación (medida que se inserta en el artículo VI del AGCS, relativo a la reglamentación nacional) o a cualquier persona moral, de conformidad con el artículo XVI (acceso a los mercados). No obstante esta última observación, Matsushita también deja claro que los Miembros tampoco están obligados a otorgar TN a las medidas señaladas a manera de ejemplo.

El autor referido retoma el análisis vertido por el Grupo Especial en *CE-Bananos III* y el OA respecto de los tres elementos a examinar para efectos de probar inconsistencias con el artículo XVII[65]. En esta línea de análisis observan que los elementos señalados deben presentarse de manera cumulativa. Seguido de dicha observación, Matsushita desglosa y analiza éstos sosteniendo lo que a continuación se señala.

En relación con el hecho de que se requiere que el Miembro cuya medida quiere combatirse haya asumido un compromiso en un sector y un modo de suministro pertinentes, afirman que la respuesta a este examen se encuentra contenida en las listas de concesiones de cada Miembro.

Respecto de que se requiera que el Miembro de quien se aduce el incumplimiento al TN haya adoptado o aplicado una medida que afecta al suministro de servicios en ese sector y/o modo de suministro sostienen que en este punto, la parte con la carga de la prueba deberá demostrar, por lo menos, quién provee el servicio y cómo es afectado por dicho servicio.

De lo sostenido por Matsushita se advierte que, al igual que los grupos especiales y el OA que han resuelto controversias a propósito del AGCS, y en particular TN, los expertos en derecho de la OMC tampoco tienen claro qué criterios aplicar para el análisis relevante, ya nuevos ya los existentes con motivo del GATT; más aún, únicamente han traído la problemática a colación, pero tampoco se han pronunciado al respecto. En este sentido, Cossy es la única que hasta el momento ha explorado un poco más el tema como se vio en párrafos anteriores.

En cuanto al análisis de "similaridad" al amparo del párrafo 4 del artículo III, el OA en *CE-Amianto* retomó el criterio vertido en su informe sobre *Japón-Bebidas alcohólicas* respecto de que el concepto de "similaridad" es relativo, pues dependiendo del contexto y las circunstancias del caso en cuestión al que se le aplique la disposición que contiene el concepto de "producto similar" podrá tener distintos significados. Más aún, el OA que resolvió el asunto *CE-Amianto* sostuvo que aquella disposición que contenga el concepto señalado deberá interpretarse tomando en cuenta las reglas de interpretación de los tratados, de conformidad con la Convención de Viena; así, a la disposición en cuestión deberá

[65] Recordemos estos elementos: i) que el Miembro de quien se aduce incumplimiento ha asumido un compromiso en un sector y un modo de suministro pertinentes, ii) que el Miembro de quien se aduce el incumplimiento al TN ha adoptado o aplicado una medida que afecta al suministro de servicios en ese sector y/o modo de suministro y iii) que la medida otorga a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato menos favorable que el que dispensa a los proveedores de servicios similares del Miembro.

dotársele de significado considerando el contexto y el objeto y fin de la disposición misma, pero también del tratado en el que ésta se ubique.

Al igual que para la interpretación del párrafo 2 del artículo III del GATT, para dotar de significado al concepto "productos similares" del párrafo 4 del mismo, los grupos de trabajo encargados de resolver las controversias suscitadas se han basado en el informe del Grupo de Trabajo sobre los Ajustes fiscales en frontera. Por ello, para efectos del párrafo ahora examinado, los cuatro criterios de "similaridad" señalados para el párrafo 2 también son aquí analizados. Comencemos pues con el examen de los cuatro criterios[66]:

a. Uso final de un producto en un mercado determinado

Al respecto, el criterio adoptado versa en el sentido de que quien examine la posible "similaridad" de productos bajo este criterio deberá hacerlo tomando en cuenta todos los posibles usos finales que se le puedan atribuir a éstos, ya sean equivalentes o bien, diferentes.

b. Propiedades, naturaleza y calidad de los productos

Del examen llevado a cabo por el OA en *CE-Amianto* se desprende que se deberán estudiar meticulosamente las características físicas de un producto. Con especial atención, deberán analizar aquellas características físicas que repercutan en la relación de competencia entre éstos.

Asimismo, en caso de que los productos físicamente sean diferentes y aún así se afirme que son "similares", el que aduce dicha calidad deberá remitirse a los demás criterios de tal manera que a través de éstos demuestre que existe una relación de competencia existente entre el producto importado y el producto nacional. De aquí, deviene que otro punto a considerar al momento de analizar los cuatro criterios es que se deben valorar la totalidad de las pruebas que se presentan y no hacerlo de manera parcial.[67]

c. Gustos y hábitos del consumidor

La interpretación aquí otorgada es en el sentido de que "…los gustos y hábitos de los consumidores son importantes para determinar la "similitud" [toda vez que en] particular, en un mercado donde haya obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia, es muy posible que exista una demanda latente de un producto'. En consecuencia "… un Miembro puede presentar pruebas de la existencia en ese mercado de una demanda latente, o suprimida, de los consumidores, o pruebas de las posibilidades de sustitución procedentes de un tercer mercado apropiado.[68]"

d. Clasificación arancelaria

Al respecto, véase el criterio expuesto para el párrafo 2 del artículo III del GATT.

---

[66] Recordemos que los cuatro criterios son: (i) uso final de un producto en un mercado determinado, (ii) gustos y hábitos del consumidor, (iii) propiedades, naturaleza y calidad de los productos y (iv) clasificación arancelaria.

[67] A manera de ejemplo, en el caso de *CE-Amianto*, el Órgano de Apelación estimó que el GE incurrió en error al no ponderar los riesgos para la salud como prueba para demostrar la "similaridad" de los productos de conformidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT.

[68] *Ibidem*, párrafo 123. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación en *Corea-Bebidas alcohólicas, op. cit.*

En virtud de que se han hecho las observaciones pertinentes en relación con los cuatro criterios señalados, examinemos por último un poco más de lo que se ha establecido en la escasa doctrina sobre el TN dentro del contexto del AGCS.

En este sentido, Bradly Condon retoma la pregunta objeto de este artículo: ¿hasta qué punto es aplicable la jurisprudencia emitida sobre el principio de TN con motivo del GATT al mismo principio enunciado en el AGCS? Y al respecto, recuerda que lo que al momento se ha sostenido por los diferentes paneles; esto es, que el OA de hecho, ha aplicado jurisprudencia del GATT al AGCS, pero para efectos de dilucidar el significado de la palabra "necesarias" contenida en el artículo XIV, el cual establece las excepciones generales aplicables al AGCS y cuyo correlativo en el acuerdo sobre mercancías es el artículo XX. No obstante, el autor también observa que no se ha aplicado el mismo criterio para efectos de definir el concepto de "similaridad" respecto de los servicios y los proveedores de servicios. Así, Condon sostiene que dado que ni dentro de aquellas disputas que versan sobre mercancías se ha aplicado el mismo método de interpretación del concepto "producto similar"; i.e. GATT, Acuerdo sobre Subvenciones y el Acuerdo Antidumping, es poco probable que se pueda aplicar la jurisprudencia formulada para el concepto antes señalado aplicable a mercancías al concepto de "similaridad" pero aplicable a servicios y proveedores de servicios.

En cuanto a los servicios y proveedores de servicios similares, Matsushita recuerda el criterio del Grupo Especial en *CE-Bananos III* de que "…en la medida en que las entidades suministran esos servicios similares, son también proveedores de servicios similares[69]". Asimismo, en el informe, sostienen los autores, el OA también rechaza el examen a la luz de la teoría del "objeto y efecto de una medida" para efectos de determinar o valorar la consistencia de una medida con el artículo XVII del AGCS. Ello, en virtud de los mismos argumentos esgrimidos cuando se examinó a Cossy.

Finalmente, repasan de manera amplia que la medida en cuestión otorgue a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato menos favorable que el que dispensa a los proveedores de servicios similares del Miembro. Sobre el particular mencionan que, basado en el informe tanto del Grupo Especial como del OA en *CE-Bananos III*, para establecer una violación al artículo XVII del AGCS, se esperaría que el Miembro que afirma la incompatibilidad de una medida requiera demostrar que los distribuidores de banano de las CE son tratados de manera más favorable que a sus contrapartes como resultado de una medida que regula el comercio de servicios y no como consecuencia de una medida que regula el comercio de mercancías, de la cual ambas partes pueden beneficiarse en términos económicos. Matsushita señalan lo anterior dentro del contexto de la disputa en *CE-Bananos III*, así que me parece, su comentario no figura como una posible interpretación, debido a que está contextualizado. No obstante, en lo personal lo traduzco de la siguiente manera: el Miembro que afirma que una medida es incompatible con el artículo XVII del AGCS deberá demostrar que los servicios y proveedores de servicios nacionales son tratados de manera más favorable que los servicios y proveedores de servicios nacionales. Esto a su vez, me parece sigue dentro de los parámetros establecidos para el GATT y por tanto, no se puede considerar como una "nueva" interpretación de la expresión "trato menos favorable".

De lo anterior se desprende que tanto Condon como Matsushita emiten breves opiniones respecto del tema aquí tratado; sin embargo, tampoco analizan a fondo esta problemática y

[69] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit*, párrafo 7.322.

por tanto tampoco sugieren, en la línea de Cossy, parámetros o criterios que pudieran ser aplicables al tema en cuestión. Consecuentemente, lo que hacen es más una recopilación de lo emitido bajo el AGCS tanto por los grupos especiales como por el OA.

En todo caso, Matsushita tocan esta cuestión desde un punto de vista teórico al hablar de las dos perspectivas con las que se puede abordar el artículo XVII, pero tampoco proponen una metodología para el análisis del artículo señalado.

Consecuentemente, tampoco la doctrina aclara la problemática alrededor del TN en el AGCS, ya que ésta carece de los elementos necesarios para poder llevar el análisis correspondiente.

3. *Conclusiones*

Hemos llegado al final de la presente parte y pareciera más sencillo concluir que para efectos de la interpretación del principio de TN, no son aplicables los criterios esgrimidos a propósito del artículo III del GATT, ya que el TN contenido en el artículo XVII del AGCS se compone de supuestos distintos a los contenidos en el acuerdo relativo a mercancías. Sin embargo, como también se vio, existen algunos puntos en los que los criterios que hoy en día prevalecen para el TN en el GATT le son aplicables al símil en el AGCS.

Suponer tajantemente que los criterios del GATT no figuran ni siquiera a modo de guía para la interpretación del TN en el AGCS, me parece, sería un retroceso debido a que nos encontraríamos en un punto en el que no existe ninguna base para resolver disputas que sobrevengan por el comercio de servicios. Esto, ya que la doctrina tampoco ha esclarecido o puntualizado qué o cómo debe entenderse el TN en el marco del comercio de servicios.

Desde mi punto de vista, los criterios del GATT de TN que podrían utilizarse para TN en el artículo XVII del AGCS son los que a continuación expongo.

De acuerdo con lo que se analizó, podemos afirmar que no todos los cuatro criterios establecidos para interpretar “productos similares” (uso final de un producto en un mercado determinado; gustos y hábitos del consumidor; propiedades, naturaleza y calidad de los productos; y clasificación arancelaria), pueden ser aplicables en el AGCS, y los que sí resulten aplicables, evidentemente será en una grado distinto al que se aplican para el GATT. En este sentido, por lo distinto del objeto de ambos tratados (por un lado mercancías y por el otro, servicios), por el funcionamiento de los dos tratados (por un lado la obligación general del GATT que no depende de los compromisos específicos y que no permite limitaciones, y por otro lado, la obligación del AGCS que sí los permite), así como por la redacción de los respectivos artículos del GATT y del AGCS me parece imposible traspolarlos y por ello, habrá que adecuarlos al contexto referido. A manera de recapitulación, a continuación explicaremos el por qué.

En relación con la “similaridad” hay dos criterios que sí pueden aplicarse para determinar cuándo estamos en presencia de un servicio similar; a saber, “uso final en un mercado determinado” y “gustos y hábitos del consumidor”. En cuanto al primero, concuerdo definitivamente con Cossy, pues respecto de servicios sí es posible establecer el para qué de un servicio o bien, el objeto de su suministro. No obstante esto y con la finalidad de adecuarlo al contexto de un servicio, me parece más atinado referirme a este criterio como “finalidad del servicio”. En relación con el criterio de “gustos y hábitos del consumidor”, igualmente se afirmó que este criterio sí resulta aplicable, pues igualmente es medible en servicios el impacto en las preferencias de los consumidores. Por lo tanto, este criterio debe aplicarse y analizarse a la luz de la tasa de sustitución, ya que este concepto económico refleja, me parece, el objetivo del criterio aquí expuesto. En cuanto al criterio de

"propiedades, naturaleza y calidad de los productos" se dijo que para el análisis de la "similaridad" en el contexto de TN, este criterio definitivamente no debe contar para determinar la "similaridad de servicios", en virtud de que estamos ante objetos distintos respecto de los tratados y es claro que este criterio se desarrollo dentro de un esquema de bienes tangibles (productos) y el TN aquí analizado se da dentro de un contexto de bienes intangibles (servicios). Asimismo, aunque tal vez podría argüirse que si bien es verdad que el criterio de propiedades efectivamente no es aplicable, sí lo son el de naturaleza y calidad. También es cierto que dicho examen ya se contiene en los análisis de "finalidad del servicio en un mercado determinado" (criterio de uso final en un mercado determinado para el GATT) y "gustos y hábitos del consumidor", puesto que en el primer caso, dependiendo de la naturaleza del servicio será la finalidad del mismo y para nuestro segundo caso, en función de la calidad del servicio en cuestión se posicionará en el gusto de los consumidores finales de dicho servicio.

Por otro lado, tenemos el criterio de la "clasificación arancelaria", criterio sobre el que se sostiene que de ninguna manera nos sirve para dilucidar "similaridad" en servicios, debido a la deficiencia existente en el documento que clasifica los servicios en un intento por tener lo que para el GATT es el Sistema Armonizado.

En cuanto a la "similaridad" de proveedores, estoy de acuerdo con el criterio emitido en *CE-Bananos III*, bajo el cual se asevera que serán proveedores de servicios aquellos que suministren un servicio definido como "similar". Entonces, primero habrá que determinar la "similaridad" de servicios para definir si estamos, por tanto, ante proveedores con el mismo carácter.

Asimismo, y aquí concuerdo con Cossy, el hecho de que se hable de cuatro modos de suministro de servicios vuelve imposible la estricta aplicabilidad de los criterios utilizados para determinar la "similaridad" en el GATT, ya que éstos, y en conexión con lo arriba mencionado, ni siquiera prevén un caso así. Más aún, pareciera complicar la cuestión que en dos modos de suministro se hable de "servicios" y en los dos restantes se señalen "servicios" y "proveedores de servicios" pues surge la interrogante de si ¿serían aplicables los mismos criterios por cuanto hace a servicios "similares" en los cuatro modos de suministro? En lo personal considero que sí, pues determinados tanto la metodología como los criterios que permitan definir cuándo se está ante servicios "similares" será posible aplicarla a los cuatro modos de suministro en virtud de que éstos serán establecidos de manera abstracta para que así puedan ser aplicados y analizados *in casu*, dependiendo la medida en disputa.

Por último, me parece importante hacer notar que la obligación de TN bajo el AGCS, a diferencia del GATT, es en relación con los compromisos específicos expresamente establecidos por los Miembros en sus respectivas listas; razón por la cual, también me parece que dicha obligación tiene un alcance bastante más limitado en el artículo XVII del AGCS. Lo anterior, debido a que, como se señaló, existen las listas de compromisos específicos y por el otro, está la condicionante del artículo I del AGCS; i.e. que la medida afecte el comercio de servicios.

De esta manera, ciñéndonos a las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena, creo que el TN en el AGCS tiene una alcance más estrecho, pues el artículo XVII se refiere claramente a "[e]n los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse"; por lo que, indubitablemente, habrá que recurrir a dicha lista para determinar en dado caso el alcance de esta obligación, de tal manera que si el sector está inscrito en la Lista, observando las condiciones y salvedades, se

le podrá dar TN. De lo contrario, este trato no será obligatorio, ya que no es una obligación general.

En virtud de que este artículo analiza la interpretación aplicable a las reglas de no discriminación contenidas en el AGCS, a continuación examinaremos y analizaremos de igual manera el principio de la NMF.

IV. El Principio de la Nación Más Favorecida

1. *Introducción*

En esta parte analizaremos la cláusula de NMF contenida en el artículo II del AGCS examinando para ello tanto la jurisprudencia emitida bajo el GATT y el AGCS, como la doctrina existente para el principio referido y establecido en el AGCS. Así, podremos definir si los criterios que hoy en día se utilizan; es decir, los existentes para el GATT, para analizar posibles incompatibilidades a tan importante cláusula son aplicables para la cláusula equivalente en el AGCS, tema central de este artículo.

Pues bien, el principio de NMF es, según la jurisprudencia y la doctrina, la piedra angular del sistema comercial multilateral[70], ya que establece que "…los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial […], se tiene que hacer lo mismo con todos los demás Miembros de la OMC[71]". Es decir, prohíbe la discriminación entre productos o servicios (si se trata en el primer caso al amparo del GATT o bien, del AGCS en el segundo) similares originarios o destinados de o a los territorios de las demás partes contratantes. Por tanto, un Miembro no puede otorgar ventajas o concesiones más favorables de las que otorga a los demás Miembros.

No obstante lo anterior, el principio aquí referido admite excepciones establecidas en los propios tratados. En el caso del GATT, las excepciones son la Cláusula de Habilitación[72]; el artículo XX, el cual establece excepciones generales a las obligaciones contenidas en el tratado; el artículo XXI que permite excepciones por un tema de seguridad, y el artículo XXIV, el cual permite el establecimiento de uniones aduaneras y zonas de libre comercio.

En el caso de AGCS, una exención al cumplimiento del principio de NMF se fija en el artículo que prevé esta obligación; i.e. el artículo II, ya que éste dispone en su párrafo 2 que un Miembro podrá mantener o aplicar una medida que no sea compatible con la cláusula NMF, siempre y cuando dicha medida esté contenida en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en dicho anexo[73]. Así, a

[70] *Cfr*. Informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Autos*, *op. cit.*, párrafo 69.

[71] Entender la OMC: información básica. Los principios del sistema de comercio, página de la OMC: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm, fecha de consulta: 7 de septiembre de 2011.

[72] La Cláusula de Habilitación se encuentra contenida en el documento GATT L/4903, 28 de noviembre de 1979, IBDD S26/221 y permite la concesión de un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, siempre y cuando se cumplan las condiciones y requisitos de procedimiento al efecto establecidos, así como que se trate de una de las cuatro medidas a las cuales se les puede aplicar el trato diferenciado y más favorable.

[73] El Miembro que establezca una medida incompatible con el principio de NMF deberá describirla en el anexo aquí señalado, indicando al Miembro al que se le aplicará el trato más favorable, así como la duración de la exención. En este sentido, éstas no podrán, en principio, durar más de 10 años, razón por la cual actualmente están siendo revisadas.

partir de la entrada en vigor del AGCS se le dio a los Miembros la posibilidad de establecer, por una única ocasión, una medida que constituyera una exención a la obligación de NMF.

Asimismo, se prevén excepciones; a saber, el artículo V, ya que prevé la celebración de tratados de libre comercio entre Miembros de la OMC; el artículo XIV que establece excepciones generales al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el AGCS, y el artículo XIV bis, el cual también dispone excepciones relativas a la seguridad. Nótese que los artículos XIV y XIV bis son los equivalentes en el AGCS a los artículos XX y XXI del GATT.

Iniciemos ahora con el análisis de la cláusula de NMF con la finalidad de examinar si los criterios que a continuación veremos y que se formularon con respecto al principio NMF del GATT, son aplicables a su símil en el AGCS.

2. *Trato de NMF en el GATT y en el AGCS.*

Con motivo de la aplicación del GATT del 1994, tanto los grupos especiales como el OA han emitido la suficiente jurisprudencia como para determinar si una medida es o no incompatible con dicho acuerdo. Lo anterior es relevante toda vez que en el GATT de 1994 se establece por primera vez, la obligación de NMF. Por ello, para delimitar hasta qué punto es aplicable la jurisprudencia del GATT de 1994 al AGCS, tema que es el que aquí se examina, parece importante primero considerar en qué sentido versa la interpretación que el OA ha sostenido en relación con la exigencia de NMF.

A continuación, citamos la disposición que contiene la cláusula NMF en ambos tratados, es decir, el artículo I:1 del GATT y el artículo II del AGCS.

El GATT establece lo siguiente:

> Artículo I
> Trato general de la nación más favorecida
>
> Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

Por su parte, el AGCS señala:

> Artículo II
> Trato de la nación más favorecida
>
> 1. Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.
>
> 2. Un Miembro podrá mantener una medida incompatible con el párrafo 1 siempre que tal medida esté enumerada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en el mismo.

> 3. Las disposiciones del presente Acuerdo no se interpretarán en el sentido de impedir que un Miembro confiera o conceda ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente.

Dentro del contexto GATT, los grupos especiales y el OA de la OMC han interpretado el artículo I del GATT de 1994. Por ejemplo, el Grupo Especial en *Indonesia-Automóviles*[74] hizo eco del criterio sostenido en *CE-Bananos III*[75], el cual señala que para poder afirmar una incompatibilidad con el artículo I del GATT de 1994 es necesario atender a los siguientes tres elementos:

i. Que la medida conceda una ventaja de las que se incluyen en el párrafo 1 del mismo artículo;
ii. Que la ventaja no se conceda a los productos similares de todos los Miembros, y
iii. Que dicha ventaja se conceda de manera condicionada.

Ahora bien, el término "ventaja" fue interpretado en sentido amplio, es decir, en el sentido de que no se refiere a ciertas ventajas concedidas a determinados productos similares de algunos miembros, sino a cualquier ventaja que se conceda a un producto similar de cualquiera de los demás Miembros.[76]

Con respecto al análisis del concepto "productos similares", éste ha sido interpretado en varios informes de los grupos especiales y el OA y en el *Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera*[77]. En este sentido, se ha establecido que para determinar si son productos similares se deberá atender a un criterio casuístico. Sin embargo, hay poca jurisprudencia de la OMC sobre el alcance de este concepto en el contexto del artículo I:1 del GATT; ya que la mayor parte de la jurisprudencia considera este término en el contexto del artículo III del GATT.

De acuerdo con el informe antes señalado, se sugiere se atiendan a tres criterios; sin embargo, éstos han sido aplicados por los grupos especiales y el OA en varias controversias. Como hemos mencionado anteriormente, dichos criterios son los siguientes: las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, su uso final en un mercado determinado, los gustos y hábitos del consumidor, y la clasificación arancelaria de los productos.

Finalmente, en relación con el tercer elemento a analizar para efectos de señalar si existe incompatibilidad de alguna medida adoptada por algún Miembro de la OMC, la jurisprudencia al efecto ha sostenido que el término "incondicional" contenido en el artículo I del GATT de 1994 debe ser interpretado como "no limitado ni sujeto a ninguna condición"[78].

Así, una vez delimitado la interpretación que le han dado los grupos especiales y el OA al artículo I del GATT de 1994, es momento de analizar la forma en que han procedido tanto los grupos especiales como el OA al efectuar la interpretación del artículo II, mismo

---

[74] 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.

[75] Informe del Órgano de Apelación en *CE-Bananos III*, *op.cit.*

[76] *Cfr*. Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, *op. cit*. párrafo 79.

[77] Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, *op. cit*.

[78] *Cfr*. Informe del Órgano de Apleación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit*., página 16.

que es el equivalente del artículo en este punto examinado en el AGCS. Más aún, se revisará si la jurisprudencia hasta el momento emitida con motivo de la cláusula de NMF retoma o se basa en algún punto en los criterios o elementos establecidos para el artículo I del GATT de 1994.

Antes de iniciar cualquier análisis sobre la cláusula NMF es importante comenzar analizando el artículo I del AGCS, toda vez que, como a continuación se verá, el propio artículo II guarda una estrechísima relación con el artículo mencionado, pues hace referencia a dicho artículo al señalar que "(c)on respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo". Así, se hace imperiosa la necesidad de primero analizar el artículo I del AGCS para así luego examinar la cláusula de NMF, tema de este artículo.

El artículo I del AGCS establece lo siguiente:

> Artículo I
> Alcance y definición
> 1. El presente Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios.
> 2. A los efectos del presente Acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:
> a) del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;
> b) en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro;
> c) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;
> d) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.
> 3. A los efectos del presente Acuerdo:
> a) se entenderá por "medidas adoptadas por los Miembros" las medidas adoptadas por:
> i) gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; y
> ii) instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.
> En cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en el marco del Acuerdo, cada Miembro tomará las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia por los gobiernos y autoridades regionales y locales y por las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio;
> b) el término "servicios" comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales;
> c) un "servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales" significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.

Haciendo uso de los instrumentos de interpretación que provee la Convención de Viena; es decir, los artículos 31 y 32, el Grupo Especial en el asunto *CE-Bananos III*[79] interpretó el sentido corriente del término "que afecten", contenido en la primera frase del artículo I del AGCS. Así, sostuvo que de dichas palabras no entrañan una limitación del alcance del AGCS, puesto que se refiere a las medidas por lo que hace a su efecto; consecuentemente, pueden ser de cualquier tipo o bien, estar relacionadas con cualquier ámbito normativo. De dicha interpretación se desprende por tanto, que las palabras "que afecten" deben entenderse en sentido amplio.

La interpretación anterior se confirmó con el análisis que llevó a cabo el mismo grupo especial respecto del artículo 32 de la Convención de Viena, ya que en virtud de la labor preparatoria del AGCS se constató que "…los redactores del AGCS sabían que, según se

[79] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, párrafo 4.614.

interpretaba en informes anteriores de otros grupos especiales del GATT, las palabras que afecten se referían no sólo a las leyes y reglamentos que rigen directamente las condiciones de venta o de compra sino, además, a todos los que puedan alterar en forma adversa en el mercado interior las condiciones de la competencia entre el producto de origen nacional y el producto de importación"[80] Como puede observarse, en la interpretación de las palabras "que afecten" sí se atendió a lo ya establecido para el GATT. Al respecto, parece obvio este proceder, pues estamos ante las mismas palabras y por tanto, respetando el artículo 31 de la Convención de Viena, es menester que atendiendo al sentido corriente de estos términos y al contexto y fin del AGCS es enteramente posible aplicar el alcance establecido para el GATT.

Más aún el Grupo Especial, igualmente en *CE-Bananos III* sostuvo que

> [e]n su sentido corriente, la palabra "afectar" denota una medida que tiene "un efecto sobre", y ello indica un amplio campo de aplicación. Esta interpretación se ve reforzada por las conclusiones de grupos especiales anteriores en el sentido de que las palabras "que afecte" en el contexto del artículo III del GATT de 1947 tiene un alcance más amplio que términos tales como "regular" o "regir"[81].

Otra indicación del sentido amplio de las palabras aquí estudiadas es que en el AGCS se utiliza la palabra "suministro" mas no "prestación" para referirse a cuando se provee un servicio. De esta manera, el Grupo Especial afirmó que '…la expresión elegida "suministro de un servicio", comprende una gama de actividades más amplias que aquella que se abarcaría, de haber escogido los redactores el término "prestación". Así se ha ampliado la gama de medidas normativas sujetas a la aplicación del AGCS.'[82]

De igual forma, toda vez que el artículo XXVIII del AGCS establece las definiciones para dicho acuerdo, el Grupo Especial encargado de la solución de esta disputa sostuvo que la definición de "medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios" contenida en el apartado "c" del referido artículo[83] debe tomarse con un carácter ilustrativo en virtud de que en esta definición menciona la palabra "abarca" y ésta denota este carácter ilustrativo. Más aún, para demostrar lo anterior, el Grupo Especial también interpretó las palabras "referente a", llegando a la conclusión de que "…las palabras "referentes a" no describen ninguna medida que afecte al comercio de servicios, sino más bien aquello que esas medidas pueden regular[84].

Es de esta manera que, el Grupo Especial constató que "…*el AGCS abarca cualquier medida adoptada por un Miembro que afecte al suministro de un servicio sin tener en cuenta si esa medida rige directamente el suministro de un servicio o regula otras*

---

[80] *Ibidem* párrafo 7.281.

[81] Informe del Órgano de Apelación en *CE-Bananos III op. cit*, párrafo 220.

[82] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, párrafo 7.281.

[83] El artículo XXVIII del AGCS establece lo siguiente:

Definiciones. A los efectos del presente Acuerdo: […]

c) "medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios" abarca las medidas referentes a: i) la compra, pago o utilización de un servicio; ii) el acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Miembros, y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; iii) la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Miembro en el territorio de otro Miembro para el suministro de un servicio;

[84] *Ibidem*, párrafo 7.280.

cuestiones pero afecta de todas formas al comercio de servicios."[85] Esta interpretación la retomó el Grupo Especial que resolvió *Canadá-Autos.*[86]

Asimismo, el mismo grupo especial que resolvió *Canadá-Autos* advirtió que para el análisis del artículo I no sólo hay medidas que afectan el comercio de mercancías para las cuales aplica el GATT y medidas que afectan el comercio de servicios cuyo análisis se lleva de conformidad con el AGCS, sino que hay una tercera categoría: medidas que se refieren a un servicio relacionado con determinadas mercancías o bien, medidas que se refieren a un servicio suministrado conjuntamente con mercancías[87]. Por esto, para determinar incompatibilidades a las obligaciones establecidas en el AGCS, el examen de una medida deberá hacerse caso por caso. De aquí que ninguna medida está excluida *a priori* del ámbito de aplicación del AGCS.

De igual forma, nos parece conveniente hacer notar que en *CE-Bananos III*, el Grupo Especial observó que una medida es abarcada por el AGCS si tiene efectos continuados, no obstante que haya entrado en vigor con anterioridad al 1 de enero de 1995, fecha en la que entró en vigor el acuerdo que regula el comercio de servicios. El efecto continuado antes mencionado se refiere a que la medida que se controvierte sigue siendo aplicada, sigue estando en vigor, fue adoptada o siguió siendo adoptada por el Miembro en cuestión a pesar de que entró en vigor con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del AGCS. Lo anterior se sostuvo debido a un argumento de la CE el cual versó sobre la línea de que el régimen de importación de banano adoptado y aplicado por la CE no debía examinarse a la luz del artículo I del AGCS, sino solamente a la luz de los artículos II y XVII en virtud de que fueron promulgadas antes que el acuerdo sobre servicios. La CE basó dicho argumento en el artículo 28 de la Convención de Viena[88]; sin embargo, el Grupo Especial aclaró que la situación de la CE fue contraria a lo que estipula el artículo antes señalado, pues las medida controvertida no dejó de existir una vez que entró en vigor el AGCS, por lo que se les consideró como medidas continuadas y por tanto con efectos después del 1 de enero de 1995. Sobre el particular, el OA no pudo pronunciarse, toda vez que el punto apelado versa, según el propio OA, sobre una cuestión de hecho y no de derecho, por tanto una constatación de semejante calidad no está dentro del alcance de las facultades del referido órgano.

El Grupo Especial en *CE-Bananos III* también observó que el párrafo 1 del artículo I del AGCS "…constituye una obligación general que, en principio, es aplicable en forma general por todos los Miembros a todos los sectores de servicios, no sólo a los sectores o subsectores con respecto a los cuales se hayan contraído compromisos específicos. Cualquier excepción a esta obligación general debería preverse explícitamente en conformidad con las disposiciones del AGCS".[89]

---

[85] *Ibidem* párrafo 7.285. El énfasis es añadido.

[86] Informe del Grupo Especial en *Canadá- Autos, op. cit.*, párrafo 10.231.

[87] *Cfr. Ibidem*, párrafo 10.233.

[88] Este artículo establece la irretroactividad de los tratados y dice: [l]as disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que un intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

[89] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, párrafo 7.298.

De lo anterior se desprende que los grupos especiales que examinaron el artículo I del AGCS no llevaron a cabo ningún análisis respecto de cómo debe interpretarse este artículo y lo que es más, sobre la metodología de interpretación en relación con dicho acuerdo.

No obstante lo anterior, el OA en *Canadá-Autos* retomó el criterio establecido en el asunto *Estados Unidos-Camarones*[90], con la finalidad de interpretar el orden en el cual se debe analizar el articulado del AGCS, afirmando que:

> […] un grupo especial no puede prescindir de "la estructura y lógica fundamental" de una disposición al decidir el orden indicado de los pasos seguidos en su análisis, so pena de correr el riesgo de llegar a resultados viciados. De forma análoga, en el presente caso la estructura y lógica fundamental del párrafo 1 del artículo I, en conexión con el resto del AGCS, requiere que la determinación de si una medida está, de hecho, abarcada por el AGCS, se efectúe *antes* de que pueda evaluarse la compatibilidad de esa medida con cualesquiera obligaciones sustantivas establecidas en ese Acuerdo.[91]

De conformidad con lo anterior, para efectos de analizar, por tanto, el artículo II del AGCS, es necesario primero llevar el análisis casuístico de la medida en cuestión a la luz del artículo I del AGCS para así, determinar si dicha medida está dentro del ámbito del acuerdo señalado. Es por esta razón que, siguiendo este criterio, en esta parte se analiza de igual manera, primero el artículo I del AGCS para luego pasar con el tema central de este artículo; a saber, aplicación de los criterios para el examen del principio de NMF bajo el GATT al mismo principio contenido en el AGCS.

Finalmente, el OA en *Canadá-Autos* consideró para el análisis del artículo I del AGCS no sólo su texto, sino también el contenido en el artículo XXVIII, así haciendo una interpretación sistemática consideró que:

> [t]eniendo presentes esas disposiciones del tratado, consideramos que para determinar si una medida pertenece a las que afectan al comercio de servicios deben examinarse dos cuestiones jurídicas fundamentales: en primer lugar, si hay "comercio de servicios" en el sentido del párrafo 2 del artículo I; y, en segundo lugar, si la medida en cuestión "afecta" a ese comercio de servicios en el sentido del párrafo 1 del artículo I.[92]

De la cita anterior se desprende que el Grupo Especial o el OA que revise controversias al amparo del AGCS deberá, antes de llevar a cabo cualquier análisis, indagar respecto de si aplica el artículo I, para lo cual a su vez se deberá examinar si existe el "comercio de servicios" de conformidad con cualquiera de las cuatro formas señaladas en el párrafo 2 del propio artículo I.

El siguiente paso será analizar si la medida que se pretende impugnar como incompatible con alguna obligación sustantiva "afecta" al comercio de servicios antes señalado.

En este orden de ideas, para efectos de definir "servicios", Matsushita[93] observa que la Lista de Clasificación Sectorial de Servicios se basa en el Sistema de Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas, el cual es conocido como "CPC" y es el equivalente

---

[90] Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 119.

[91] Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, *op cit*., párrafo 151. El subrayado es añadido.

[92] *Ibidem*, párrafo 155.

[93] Matsushita, *op cit*.

al Sistema Armonizado que se utiliza para efectos de la clasificación arancelaria al amparo del GATT de 1994.

Ahora bien, respecto a la definición de "medidas que afectan" al comercio de servicios, los mismos autores retoman lo que al efecto han establecido los diferentes grupos especiales, así como lo que ha sostenido el OA. Sin embargo, su análisis se desarrolla alrededor del cuestionamiento sobre si en virtud de una medida en particular "que afecta" el comercio de servicios, dado el texto del artículo I, debe o no aplicarse el AGCS en su totalidad; es decir, si dada un medida específica cuya aplicación afecta el comercio de servicios es motivo suficiente como para afirmar que todo el AGCS es aplicable. Al respecto, Matsushita se refieren a la jurisprudencia emitida por el OA referente a la interpretación amplia del término "afectar" con el propósito de extender el alcance del multireferido acuerdo y reconoce que de la amplia interpretación concedida al término "afectar" no se sigue que no se lleve a cabo el análisis de la medida a la luz del artículo I del AGCS. En conexión con lo anterior, aseguran que la obligación por parte de quien resuelva una controversia que trate sobre el particular se encuentra en la jurisprudencia de *Canadá-Autos*[94], en la que el grupo especial que resolvió la controversia afirmó que hay dos cuestiones a examinar antes de decidir si una medida afecta el comercio de servicios, argumento que se reprodujo con anterioridad[95]. No obstante dicha aseveración y de reconocer que dicho examen se ha llevado a cabo en diversas controversias, los autores se posicionan en la interrogante respecto de si una total prohibición también puede ser considerada como una medida que afecta el comercio de servicios. En *Estados Unidos-Juegos de Azar*[96] el grupo especial sostuvo que una medida cuyo efecto sea la prohibición total de proveer determinado servicio de acuerdo con lo que estipula el artículo I del AGCS será considerada dentro del ámbito de aplicación del referido acuerdo, toda vez que tiene un claro efecto; i.e. la prohibición total de dichos servicios *per se*. En lo personal concuerdo con el informe, toda vez que de la amplia interpretación vertida con motivo de las palabras "que afecte" supone que las prohibiciones entren en el alcance del artículo I del AGCS pues indudablemente tendrán un efecto en el comercio de servicios y por tanto alteraran de modo adverso las condiciones de competencia de determinado servicio en el mercado interno del Miembro de que se trate.

De la conclusión antes aludida, Matsushita resuelve que para efectos del análisis sobre si una medida tiene efectos o no sobre el comercio de servicios es menester que se identifique de forma específica la medida que afecta. Por tanto, el Miembro con la carga de la prueba deberá en todo momento evidenciar de qué manera la medida en cuestión afecta el suministro del servicio, quién provee el servicio en cuestión y cómo dicho servicio es proveído en un mercado determinado.[97]

Asimismo y con motivo del ya referido "efecto continuado" que se describió anteriormente, el autor examina la pregunta que surgió a raíz de *CE-Bananos III* a propósito de la aplicación de medidas con anterioridad a la entrada en vigor del AGCS[98].

---

[94] Vid. Supra.

[95] Las dos cuestiones son: (i) si existe el comercio de servicios con arreglo al artículo I:2 y (ii) si la medida en cuestión *afecta* el comercio de servicios en el sentido del artículo I:1.

[96] Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, WT/DS285/R, adoptado el 10 de noviembre de 2004.

[97] *Cfr.* Matsushita *op cit*.

[98] 01/enero/1995.

Como bien se mencionó, tanto el grupo especial como el OA interpretaron que aunque una medida haya sido adoptada o aplicada por primera vez con anterioridad a la entrada en vigor del AGCS, pero sigue vigente o bien, sigue vigente su aplicación ésta sigue dentro del ámbito de aplicación del artículo I del AGCS y por consiguiente es susceptible de escrutinio y más aún, del análisis para determinar si el Miembro que la aplica contraviene cualquiera de las obligaciones contraídas con motivo del acuerdo de servicios ya referido.

A propósito de lo anterior, Matsushita evoca la pertinencia e importancia de dicha interpretación para efectos del análisis de las obligaciones generales (como lo es la cláusula de NMF y la cláusula de TN) contenidas en el acuerdo de servicios aquí analizado.

Comencemos ahora con el análisis del artículo II del AGCS, con el propósito de determinar si los criterios emitidos con motivo de la cláusula de NMF contenida en el GATT son igualmente aplicables a la cláusula de NMF del AGCS. Para efectos de lo anterior, el artículo aquí examinado establece la obligación de NMF; es decir, la obligación de otorgar a los servicios o proveedores de servicios de cualquier Miembro el mismo trato que se le conceda a los servicios o proveedores de servicios del Miembro más favorecido. Es decir, establece la obligación de otorgar una igualdad de trato entre servicios o proveedores de servicios extranjeros. No obstante lo anterior, el AGCS permite exenciones a la obligación de NMF cuando la medida esté incluida en la lista de exenciones que al efecto se elabore por cada Miembro y cumpla las condiciones ahí establecidas, según se menciona en el párrafo 2 del artículo II del AGCS. De igual forma, como se señaló en su momento, también se prevén excepciones a la obligación de NMF al amparo de los siguientes artículos: artículo V, el cual establece la celebración de tratados de libre comercio entre Miembros de la OMC; el artículo XIV que dispone excepciones generales al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el AGCS, y el artículo XIV bis, el cual también marca excepciones relativas a la seguridad.

El artículo II del AGCS dicta a la letra:

> Artículo II
> Trato de la nación más favorecida
> 1. Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.
> 2. Un Miembro podrá mantener una medida incompatible con el párrafo 1 siempre que tal medida esté enumerada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en el mismo.
> 3. Las disposiciones del presente Acuerdo no se interpretarán en el sentido de impedir que un Miembro confiera o conceda ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente.

Del texto del artículo, así como de la jurisprudencia que se analizará a continuación, se desprende que hay cinco elementos a examinar para efectos de determinar si una medida es incompatible con el artículo II antes transcrito. Dichos elementos son:

i. Que la medida esté abarcada por el AGCS;
ii. Que la medida en cuestión no otorgue un trato menos favorable;
iii. Que la medida se aplique a servicios similares y proveedores de servicios similares;

iv. Que el trato no menos favorable se otorgue incondicionalmente, y
v. Que la medida no esté enlistada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II (y cumpla con las condiciones ahí establecidas).

A continuación analizaremos cada uno de los elementos mencionados a la luz de lo que la jurisprudencia ha sostenido respecto de éstos y la posible aplicación de la jurisprudencia emitida con motivo del GATT.

A. *Que la medida esté abarcada por el AGCS*

Como quedó demostrado en párrafos anteriores, el artículo II del AGCS guarda una estrechísima relación con el artículo I del mismo acuerdo, ya que éste hace mención expresa de dicha relación. Como hemos dicho, así quedó confirmado por el Grupo Especial en el asunto *CE-Bananos III*.

B. *Que la medida en cuestión no otorgue un trato menos favorable*

Al respecto, los reclamantes en *CE-Bananos III*, entre otras observaciones, afirmaron "…que el artículo II del AGCS se aparta de la formulación empleada en el párrafo 1 del artículo I del GATT y se refiere a un "trato no menos favorable" y no a "cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad". En su opinión, esto denota la elección deliberada de los redactores de atenerse al mismo criterio de trato establecido en el párrafo 1 del artículo XVII"[99]

Sobre el particular, el Grupo Especial indicó que

> la formulación tanto del artículo II como del artículo XVII del AGCS procede del criterio de trato no menos favorable que figura en el artículo III del GATT relativo a las disposiciones de TN ("no deberán recibir un trato menos favorable") y que según la interpretación general de los informes de grupos especiales anteriores se refiere a las condiciones de competencia en el mercado interior entre productos nacionales y productos importados similares.[100]

Como podemos advertir, el Grupo Especial aquí interpretó ambas disposiciones del AGCS; es decir, TN y NMF con la interpretación expresada para el párrafo 4 del artículo III del GATT.

Ahora bien, el Grupo Especial en *CE-Bananos III* señaló que para efectos de analizar el artículo II del AGCS es necesario atender a dos elementos:

> i. que el país reclamado ha aplicado una medida comprendida en el marco del AGCS (en cuyo caso aplica el análisis del artículo I de dicho acuerdo) y
> ii. que la medida en cuestión "…concede a los servicios o a los proveedores de servicios originarios de los países reclamantes un trato menos favorable que el que otorga a servicios o proveedores de servicios similares de cualquier otro país."[101]

En relación con el primer punto, el análisis a llevarse a cabo es el que se desprende del artículo I del AGCS. Esto confirma la inquebrantable relación entre los artículos I y II del acuerdo que regula el comercio de servicios. Asimismo, se deberá examinar la posibilidad

[99] Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 7.299.
[100] *Ibidem*, párrafo 7.302.
[101] *Ibidem*, párrafo 7.344.

de que el Miembro en cuestión haya listado la medida adoptada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, mismo que de conformidad con el párrafo 2 del citado artículo es la única manera a través de la cual un Miembro mantenga una medida incompatible con la cláusula de NMF y que se examinará más adelante.

Respecto al segundo punto, habrán de analizarse dos cuestiones según el Grupo Especial. Por un lado la similaridad y por el otro, si el Miembro en cuestión otorga un trato menos favorable que el que concede a servicios o proveedores de servicios análogos de cualquier otro país[102] (Miembro de la OMC). Continuemos con el análisis que se ha vertido de la expresión "trato menos favorable" para después continuar con el concepto de "similaridad".

El OA en *CE-Bananos III* tampoco profundizó en el análisis de la expresión "trato no menos favorable", pues no determinó el alcance de dicha frase o bien, no se centró en las implicaciones o efectos que estas palabras tienen bajo el AGCS. Únicamente se refirió al tipo de discriminación que debe incluirse en la expresión referida, pues dijo que "…la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo II del AGCS debe interpretarse de modo que incluya tanto la discriminación *de facto* como la discriminación *de iure*. Debemos dejar claro que no limitamos nuestra conclusión a este caso."[103]

Más aún, en conexión con el asunto *Canadá-Autos*, el Grupo Especial determinó que las medidas en disputa otorgaban un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo II del AGCS, en virtud de que "…sus beneficios se otorgan a un grupo limitado e identificable de fabricantes/mayoristas de vehículos de motor de algunos Miembros, seleccionados sobre la base de criterios como la presencia manufacturera en un año de referencia dado."[104] Sin embargo, como se aprecia tampoco establecieron los criterios relevantes para definir cuándo una medida es incompatible con la obligación general de NMF contenida en el artículo II del AGCS.

En relación con la interpretación que llevó a cabo el Grupo Especial en *CE-Bananos III* sobre las palabras "trato no menos favorable" contenidas en el artículo II del AGCS y referentes a la cuestión de si dicho artículo se aplica únicamente a discriminación de *iure* o formal, el OA consideró que el análisis no fue del todo adecuado. Lo anterior toda vez que el Grupo Especial basó el análisis del artículo II del AGCS en los informes que se emitieron para la interpretación del principio de TN tanto para el GATT (artículo III) como para el AGCS (artículo XVII), no tomando en cuenta los criterios vertidos para la cláusula de NMF. Es por esto, que el OA, al revisar el informe del asunto en *CE-Bananos III* afirmó que ni las disposiciones relativas ni la práctica anterior relacionada con la interpretación del artículo III del GATT respecto de la obligación de TN "…no son necesariamente pertinentes a la interpretación del artículo II del AGCS[105]". En todo caso, sostuvo, habrían realizado una labor de interpretación más certera si se hubieran basado tanto en las disposiciones como en la práctica seguida para la cláusula de NMF en el GATT. Así, en conexión con el tema central de este artículo, el anterior es el único indicio que hasta ahora se ha emitido de que respecto de la posibilidad de aplicar criterios del GATT al AGCS y en particular, respecto de la obligación NMF. No obstante, tampoco es de mucha utilidad este

[102] *Cfr*. *Ibidem*, párrafo 7.346.
[103] *Cfr*. *Ibidem* párrafo 234.
[104] *Cfr*. Informe del Grupo Especial en *Canadá-Autos op cit.*, párrafo 10.262.
[105] *Cfr*. *Ibidem* párrafo 231.

criterio, ya que no lo afirma de manera contundente; es decir, únicamente lo sostiene de manera hipotética. Más aún, no llevan a cabo ningún análisis de la aplicación de dicha interpretación al principio de NMF bajo el AGCS, de modo que, me parece, no se traduce en avance alguno.

Considero que el "trato no menos favorable" bajo la cláusula de NMF, también hace referencia a una condición de mercado, de la misma manera que se entiende para el GATT (para ambos principios) y, en la medida de lo posible y como se observó, para el TN en el AGCS. De esta forma y tomando en cuenta el lenguaje utilizado en el AGCS; específicamente, la redacción en este sentido de la cláusula de TN, así como el principio de efectividad de los tratados, el trato que reciban los servicios y proveedores de servicios "similares" nacionales de determinado Miembro no podrá ser de tal forma que modifique las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios "similares" de otros miembros o bien, restrinja o limite el acceso de éstos a los diversos mercados en los cuales se desarrollen las actividades comerciales. Asimismo, coincido con Federico Ortino[106], quien afirma que los grupos especiales deben basar su análisis en determinar si la medida en cuestión puede *potencialmente* dar como resultado que se aplique de manera que se otorgue un trato menos favorable y no centrarse en si de hecho ha sido aplicada de manera que se otorgue un trato menos favorable.

A. *Que la medida se aplique a servicios similares y proveedores de servicios similares*

En relación con la similaridad, el Grupo Especial en *CE-Bananos III* únicamente determinó que:

> […] la naturaleza y características de las transacciones al por mayor como tales, al igual que cada una de las relativas a los servicios relacionados y subordinados mencionados en la nota a la sección 6 de la CPC, son "similares" cuando se suministran en relación con servicios comerciales al por mayor, independientemente de que estos servicios se suministren con respecto al banano comunitario y ACP tradicional, por una parte, o a banano de terceros países o ACP[107] no tradicional, de otro. Efectivamente, parece que cada una de las diferentes actividades de servicios consideradas por separado son virtualmente la misma y sólo pueden distinguirse haciendo referencia al origen del banano respecto del cual se está ejecutando la actividad de servicio. De la misma manera, a nuestro juicio, en la medida en que las entidades suministran esos servicios similares, son también proveedores de servicios similares"[108].

Es decir, en la controversia en cuestión, el grupo encargado de su solución no analizó a detalle el concepto de similaridad contenido o a que hace referencia el artículo II del AGCS y únicamente sostuvo que en la medida en la que haya servicios "similares" habrá también proveedores de servicios "similares". Criterio con el cual, de acuerdo con lo señalado en la parte anterior, estoy de acuerdo, pues me parece que no podemos analizar por separado ambos conceptos toda vez que existe una dependencia natural entre el concepto de "proveedores de servicios similares" y "servicios similares".

Para el concepto de "similaridad" dentro del contexto de NMF al amparo del AGCS, tanto en *CE-Bananos III* como en *Canadá-Autos*, los respectivos grupos especiales no

[106] Ortino Fedrico, *op cit.*
[107] África, Caribe y Pacífico.
[108] *Cfr*. Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 7.322.

analizaron la similaridad de los servicios y proveedores de servicios. En el caso de *Canadá-Autos*, no lo hizo porque el Canadá no negó que lo fueran. Es así como se excluyó el realizar el análisis relativo a dicho término, resultando en la situación que hoy se presenta: una falta de definiciones respecto del alcance de tan importante principio del sistema de comercio de la OMC.

El OA en *Canadá-Autos* tampoco dilucidó el alcance del tema de esta parte. Únicamente sostuvo, a manera de reprimenda al grupo especial encargado de revisar el asunto mencionado, lo siguiente:

> [e]l párrafo 1 del artículo II exige esencialmente una comparación entre el trato otorgado por un Miembro a los "servicios y a los proveedores de servicios" de cualquier otro Miembro y el trato concedido a los servicios "similares" y a los proveedores de servicios "similares" de "cualquier otro país". *El Grupo Especial debería haber establecido en primer lugar, sobre la base de esos elementos jurídicos esenciales, su interpretación del párrafo 1 del artículo II y haber formulado a continuación constataciones fácticas en relación con el trato otorgado a los servicios comerciales al por mayor y a los proveedores de servicios comerciales al por mayor para vehículos de motor de diversos Miembros con presencia comercial en el Canadá.* Por último, el Grupo Especial debería haber aplicado su interpretación del párrafo 1 del artículo II a los hechos constatados *[énfasis añadido]*.[109]

Es decir, solamente manifiestan que el Grupo Especial que revisó este asunto no fundamenta su conclusión sobre la incompatibilidad de las medidas adoptadas por Canadá, pero, de igual forma, evitan pronunciarse sobre cómo deben ser interpretadas las expresiones “servicios similares”, “proveedores de servicios similares” y “trato no menos favorable”. Más aún señalaron que:

> Dada la complejidad de la materia objeto del comercio de servicios y la novedad de las obligaciones derivadas del AGCS, consideramos que las alegaciones formuladas al amparo del AGCS merecen profunda atención y deben ser objeto de un análisis cuidadoso. *Dejamos la interpretación del artículo II del AGCS para otro caso y otro momento* [énfasis añadido].[110]

En relación con el tema aquí examinado, a pesar de la falta de jurisprudencia en este sentido, me parece que pueden ser igualmente aplicables los criterios que se estimaron pertinentes para el análisis de la “similaridad” de servicios y proveedores de servicios contenidos en el TN; es decir, uso final o finalidad de un servicio en un mercado determinante (nótese que aquí ya se adecua al contexto del AGCS) y gustos y hábitos del consumidor. Los criterios restantes (a saber, propiedades, naturaleza y calidad, así como clasificación arancelaria o bien, clasificación de conformidad con la CPC) no me parecen pertinentes en este análisis por las razones expuestas en la parte anterior.

B. *Que el trato no menos favorable se otorgue incondicionalmente*

Respecto del elemento de condición para el principio de NMF; es decir, que el trato no menos favorable se otorgue incondicionalmente, no se ha llevado a cabo análisis alguno para efectos del AGCS. Lo anterior ni de parte de los grupos especiales, el OA ni por la doctrina. Sin embargo, me parece que dado que la redacción es la misma para ambos acuerdos comerciales en cuanto hace a la condición, es decir, “inmediata e

[109] Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, *op. Cit.*, párrafo 171. El subrayado es añadido.
[110] *Ibidem* párrafo 184.

incondicionalmente", sí es posible aplicar aquí la interpretación vertida para el artículo I del GATT. De esta forma, entendemos que al amparo del AGCS el término "incodicionalmente" será interpretado como que el "trato no menos favorable" establecido en el párrafo 1 del artículo II deberá otorgarse sin que esté limitado o sujeto a condición alguna.

C. *Que la medida no esté enlistada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II (y cumpla con las condiciones ahí establecidas)*

Al respecto, dado que no hay ningún criterio emitido, recurrimos entonces a lo que se ha dicho en este sentido en el plano académico. Nelly Pérez Manjarrez[111] explica que el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II se compone de dos tipos de documentos; a saber, las listas de exenciones y las solicitudes de exenciones. En el primer caso cada Miembro determinó al momento de la entrada en vigor del AGCS una relación de exenciones, la cual se compone de la descripción del sector o subsector que abarca la exención; una descripción de la medida, misma que deberá contener una explicación de por qué es incompatible con la obligación de NMF; el país o países a los cuales se les aplica dicha exención; la duración de la exención (la cual no podrá ser superior a un periodo igual a diez años, pero podrá ser revisada), y las condiciones que hacen necesaria aplicar la exención.

Por su parte, la solicitud de exenciones es la solicitud realizada una vez entrado en vigor el AGCS y es otorgada por el Consejo del Comercio de Servicios. Para todo otorgamiento, el consejo referido deberá indicar las circunstancias que motivaron la exención, los términos y condiciones de la misma, así como su fecha de expiración. De lo anterior, se desprende que en el caso de la lista de exenciones, ésta es la que acordaron las partes antes de la entrada en vigor del AGCS, mientras que las solicitudes de exención son las que se han ido o serán negociadas durante la vigencia de AGCS entre los Miembros de la OMC.

Examinemos el análisis que la doctrina ha llevado a cabo de la obligación sustantiva referente a la NMF. Pues bien, al igual que en relación con el artículo I del AGCS, la doctrina que examina el artículo II agrupa lo hasta ahora dicho por la jurisprudencia. Así, Condon observa que lo dispuesto por el artículo II del AGCS no requiere de un compromiso específico, como sí lo requiere la aplicación del principio de TN, según lo visto en la parte anterior, ya que la cláusula de NMF se aplica a todas las medidas que tengan un impacto en el comercio de servicios o los proveedores de servicios a manera de obligación general. Es decir, se trata de una obligación general.

Sin embargo, una medida que en principio resulta o puede resultar incompatible con el contenido de la cláusula antes mencionada puede, no obstante, ser aplicada por estar a su vez prevista en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II[112].

---

[111] Cfr., Pérez Manjarrez América Nelly, Las prácticas desleales en el comercio internacional de servicios (el caso del transporte marítimo), UNAM, México, 1997, páginas 77, 78 y 70.

[112] El Anexo aquí referido establece lo siguiente: 1) En el presente Anexo se especifican las condiciones en las cuales, al entrar en vigor el Acuerdo, un Miembro quedará exento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1 del artículo II. 2) Toda nueva exención que se solicite después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC recibirá el trato previsto en el párrafo 3 del artículo IX de dicho Acuerdo 3) El Consejo del Comercio de Servicios examinará todas las exenciones concedidas por un plazo de más de cinco años. El primero de estos exámenes tendrá lugar a más tardar cinco años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. 4) En cada examen, el Consejo del Comercio de Servicios: a) examinará si subsisten

Asimismo, el autor antes referido repasa que, dada la jurisprudencia al efecto emitida, la obligación de "trato no menos favorable" aplica tanto a discriminación *de facto* como *de iure.*

Al evocar la jurisprudencia emitida con motivo de la cláusula de NMF, Condon sostiene que lo dispuesto en el primer párrafo del artículo II del acuerdo en comento exige "una comparación entre el trato otorgado por un Miembro a los 'servicios y a los proveedores de servicios' de cualquier otro Miembro y el trato concedido a los servicios 'similares' y a los proveedores de servicios 'similares' de 'cualquier otro país'[113]. En este sentido, el autor señala que en el asunto *Canadá-Autos*, el Grupo Especial encargado de su resolución concluyó que serán proveedores de servicios similares al amparo del artículo II del AGCS aquellos que suministren los *mismos* servicios. Sin embargo, una vez más nos encontramos ante la disyuntiva de que al momento no se ha establecido un criterio jurisprudencial que de cuenta de lo que se entiende por "similar" para efectos del AGCS.

Por último, el documento que es publicado en la página oficial de la OMC para efectos de la interpretación del artículo II recoge la interpretación emitida vertida en la jurisprudencia[114]. Así, establece que para examinar si una medida es compatible con la disposición que contiene la obligación de NMF es necesario llevar a cabo el estudio en diversos pasos. A saber, que la medida en cuestión esté dentro del alcance del AGCS; es decir, que sea compatible con el artículo I del acuerdo antes mencionado[115]. Una vez comprobado lo anterior, el siguiente paso será evaluar la consistencia de la medida con los requisitos que ordena el artículo II:1. Finalmente, el documento antes referido señala que la disposición de NMF aplica tanto a discriminación *de iure* como *de facto*.

Como podemos observar, de lo hasta ahora mencionado, no hay nada que pueda calificar como doctrina aplicable únicamente al trato NMF bajo el AGCS, puesto que lo que se ha hecho es más una especie de recopilación. Sin embargo, en esta parte se señala lo que los expertos en el tema han escrito únicamente con la finalidad de enfatizar la falta de criterios doctrinales que puedan dar luz sobre cómo interpretar las disposiciones aquí estudiadas.

3. *Conclusiones*

En esta parte examinamos lo que hasta ahora se ha dicho sobre la obligación general de NMF tanto por la jurisprudencia emitida para dos acuerdos; esto es, el GATT y el AGCS y también por los expertos en derecho de la OMC. Sin embargo, en virtud de los escasos

---

aún las condiciones que motivaron la necesidad de la exención; y b) determinará, en su caso, la fecha de un nuevo examen.

5. La exención del cumplimiento por un Miembro de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1 del artículo II del Acuerdo con respecto a una determinada medida expirará en la fecha prevista en la exención.

6. En principio, esas exenciones no deberán exceder de un plazo de 10 años. En cualquier caso, estarán sujetas a negociación en posteriores rondas de liberalización del comercio.

7. A la expiración del plazo de la exención, el Miembro notificará al Consejo del Comercio de Servicios que la medida incompatible ha sido puesta en conformidad con el párrafo 1 del artículo II del Acuerdo.

[113] Condon Bradly J., *op cit.*, página 600.

[114] De manera más precisa, la jurisprudencia referida es la siguiente: informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, respectivamente, en *Canadá-Autos op. cit.*, así como informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, respectivamente, en *CE-Bananos III, op. cit.*

[115] Cumpliendo, a su vez, con todo el análisis a realizar para concluir que una medida es compatible o entra dentro del alcance del artículo I del AGCS.

criterios formulados respecto del principio NMF para el AGCS, el resultado es que el análisis para el principio NMF es menor en extensión que el llevado a cabo con motivo del TN.

Podemos advertir que existe una innegable relación entre el artículo I y el artículo II del AGCS, toda vez que éste hace una referencia expresa al primero. Es por esta estrecha relación que, según la jurisprudencia, es necesario para efectos de analizar si una medida es incompatible con alguna disposición del AGCS y en este caso en particular, el artículo que prevé la cláusula de NMF, que primero se demuestre que dicha medida está abarcada por el artículo I y por tanto está dentro del alcance del AGCS. En virtud de lo anterior, las conclusiones a las que se ha llegado en relación con el artículo I del AGCS es que la expresión "que afecten" en el contenido debe entenderse en sentido amplio. Ello, pues el término *per se* denota que una medida tiene un "efectos sobre" y por tanto no entraña limitación alguna. Esta interpretación, de acuerdo con la fuente señalada, se confirma por el uso del término "suministro" y no ya "prestación" para efectos de referirse al hecho de proveer los servicios relevantes, pues aquella incluye una mayor gama de actividades a las encuadradas en el término "prestación". En esta misma línea de análisis, se ve incluida una tercera categoría de medidas en contraposición con las medidas que sólo se refieren a mercancías (y que serán analizadas bajo el GATT) y aquellas que únicamente se refieren a servicios (en cuyo caso, se estudiarán bajo el AGCS); a saber, medidas que se refieren a un servicio relacionado con determinadas mercancías o bien, medidas que se refieren a un servicio suministrado conjuntamente con mercancías. Consecuentemente, ninguna medida está, por tanto, excluida a priori del ámbito de aplicación del AGCS. Asimismo, una medida será abarcada si tiene efectos continuados.

De igual forma, en relación con el artículo ahora comentado, el párrafo 1 constituye una obligación general, ya que se deberá aplicar independientemente de los sectores o subsectores inscritos en las listas de compromisos específicos, por lo que cualquier excepción deberá ser de conformidad con las excepciones previstas en el propio AGCS. Además de analizar si la medida es abarcada por el AGCS, el intérprete deberá también revisar si existe el "comercio de servicios", para lo cual atenderá a los cuatro modos de suministro previstos en el AGCS.

Respecto de la materia de esta parte, la cláusula de NMF, se repasó lo que tanto los grupos especiales como el OA han sostenido; así, se dijo que son cinco elementos a analizar para determinar si una medida es incompatible con el artículo II del AGCS: (i) que la medida esté abarcada por el AGCS, (ii) que la medida en cuestión no otorgue un trato menos favorable, (iii) que la medida se aplique a servicios similares y proveedores de servicios similares, (iv) que el trato no menos favorable se otorgue incondicionalmente y (v) que la medida no esté enlistada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II (y cumpla con las condiciones ahí establecidas). En cuanto al punto (i), el análisis es el ya visto para el artículo I. Del estudio del punto (ii), se desprendió que hoy en día no hay criterios firmes de lo que se debe entender por "trato no menos favorable" para el artículo II del AGCS; sin embargo, aquí se analizó la posibilidad de aplicar el criterio vertido con motivo de la misma expresión contenida en el artículo XVII del mismo acuerdo. Así, se dijo que dicha expresión goza de igual manera de un carácter económico, por lo que se deberá interpretar en el sentido de que el trato que reciban los servicios y proveedores de servicios "similares" nacionales de determinado Miembro no podrá ser de tal forma que modifique las condiciones de competencia en detrimento de los servicios y proveedores de servicios "similares" de otros Miembros o bien, restrinja o limite el acceso

de éstos a los diversos mercados en los cuales se desarrollen las actividades comerciales. En conexión con el punto (iii), *grosso modo*, no se ha analizado la problemática envuelta en el artículo II, pues se ha decidido dejar el análisis "…para otro caso y otro momento". Sin embargo, desde mi punto de vista, a dichos conceptos le son aplicables los criterios convenidos en este artículo para TN, evidentemente sin perder de vista que en este caso es respecto de servicios y proveedores de servicios extranjeros, mientras que para el caso del TN es relativo a servicios y proveedores de servicios nacionales por un lado y servicios y proveedores de servicios extranjeros por el otro. Es decir, como se dijo anteriormente, el concepto de similaridad bajo el artículo XVII permite una interpretación más amplia en virtud de que los Miembros pueden restringir la aplicación del TN, no así para el trato de NMF toda vez que se trata de una obligación general. De esta forma, podemos notar que el acordeón de similaridad[116] para el concepto de NMF bajo el AGCS será más estrecho, mientras que para el TN será más amplio.

Por último, en cuanto a los puntos (iv) y (v), en ninguno de los dos casos se han emitido criterios que nos den luz sobre su interpretación; sin embargo, en el caso del punto (iv), por cuanto hace a la condicionante, me parece que son aplicables los criterios del GATT, ya que la redacción es la misma para ambas cláusulas de NMF; esto es, "inmediata e incondicionalmente". En este sentido, para efectos de esquematizar lo anterior, me gustaría mencionar un ejemplo de las medidas que pudieran violar el otorgar inmediata e incondicionalmente" el trato señalado en el artículo II: en el caso de *Bélgica- Subsidios familiares*[117], Bélgica aplicó una exención de aranceles a productos comprados por entidades gubernamentales provenientes de países que tenían implementado determinado tipo de sistema de subsidios familiares, como Luxemburgo, Holanda, Francia, Italia, Suecia y el Reino Unido. Por ello, el Grupo Especial del GATT determinó que lo anterior era inconsistente con el párrafo 1 del artículo I del GATT, ya que condicionaba el acceso a la exención sobre un criterio no pertinente; i.e. se estaba discriminando entre países a base de cierto tipo de sistema de subsidios familiares.

En virtud de lo anteriormente expuesto, en la próxima parte se explorarán los criterios que a mi juicio pueden ser utilizados para efectos de dotar de significado y alcance no sólo a la cláusula aquí estudiada, sino también a la referente al TN. De esta manera, si bien no se establecerán criterios determinantes y definitivos, sí se ofrecerán criterios que desde mi perspectiva podrían ayudar en la interpretación de tan importantes principios.

De esta manera, aquellos criterios del GATT que no sean aplicables al principio de NMF contenido tanto en el AGCS tendrán este carácter de "inaplicables", toda vez que se trata de materias distintas: por un lado bienes tangibles como lo son los productos y por el otro, bienes intangibles como lo son los servicios, aunado a los proveedores de dichos servicios supuesto que no es abarcado por el acuerdo que regula el comercio de mercancías.

Me parece que la distinción entre la cláusula del GATT y la del AGCS, respectivamente y en relación con NMF no pretende entorpecer ninguno de los dos acuerdos. En consecuencia, también resulta obvio que si existe esta separación de cláusulas y más aún, se utilizan diferentes expresiones es menester dotar de criterios aplicables por un lado al

[116] El "acordeón de similaridad" es un concepto que utilizó el Órgano de Apelación en *Japón- Bebidas alcohólicas II, op cit.*, para explicar la diferencia entre el alcance del concepto de "similaridad" en los párrafos 2 y 4, respectivamente, del artículo III del GATT.

[117] Informe del Grupo Especial del GATT, BISD 1S/59

principio de NMF aplicable al comercio de productos y por el otro al principio de NMF aplicable al comercio de servicios. Para ello, que mejor que utilizar aquellos que ya existen y que son perfectamente adaptables al contexto del AGCS y pensar o definir aquellos que hacen falta. Finalmente, creo importante enfatizar que no puede generalizarse ni en sentido afirmativo ni en sentido negativo respecto de la aplicación de los criterios disponibles actualmente, ya que en cualquier disputa bajo el derecho de la OMC es necesario atender a las particularidades del caso y de las disposiciones por aplicar.

V. Propuestas sobre criterios para aplicar artículos II y XVII del AGCS

1. *Introducción*

En las partes anteriores se analizaron los principios angulares del sistema de intercambio comercial dentro del contexto de la OMC; es decir, el principio de TN y el de NMF vistos bajo el GATT y el AGCS, respectivamente. Lo anterior con la finalidad de determinar si los criterios aplicables a TN y a NMF del GATT son igualmente aplicables a estas cláusulas contenidas en el AGCS, tema del presente trabajo.

De lo analizado hasta el momento, podemos advertir que si bien no todos los criterios emitidos para el GATT son aplicables al AGCS, los que sí resultan aplicables son, sin embargo, insuficientes para llevar a cabo el análisis de las disposiciones II y XVII del AGCS. En este orden de ideas, el presente trabajo no pretende únicamente exaltar las deficiencias con las que hoy en día se enfrentan los Miembros de la OMC en relación con el AGCS; por el contrario, el propósito de este artículo será proponer criterios que, junto con los criterios comentados en las partes pasadas, son a mi juicio aplicables para efecto de analizar el principio de TN y el de NMF bajo el AGCS.

A continuación se desarrollarán criterios para determinar cuándo estamos ante “servicios similares”, “proveedores de servicios similares” y “trato menos favorable” para el artículo II y el XVII. El examen se hará en este orden.

2. *Criterios aplicables al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*

En mi opinión, los criterios que son aplicables para definir la presencia de “servicios similares” son los siguientes.

A. *Servicios similares*

Para efectos de determinar el concepto de “servicios similares” considero que son aplicables tres criterios, a reserva de que pudieran proponerse otros o bien, incrementar el análisis de cualquiera de los aquí propuestos. Es importante hacer notar que los tres devienen de los criterios utilizados para el GATT, pero insertándolos en el contexto de servicios. Los criterios son: a) Naturaleza del servicio suministrado; b) Finalidad del servicio en un mercado determinado; y, c) Gustos y hábitos del consumidor. Empecemos con el primero de los criterios enunciados. Al final se expondrá un ejemplo para así examinar la aplicación de los presentes criterios.

a. Naturaleza del servicio suministrado

El criterio de “naturaleza del servicio suministrado” versa sobre la esencia y característica del servicio; es decir, se analizará el servicio en función de sus cualidades, de aquellas que le dan determinado carácter o bien, lo distinguen de servicios que son

semejantes. De esta manera será posible distinguir entre servicios que aparentemente son iguales.

b. Finalidad del servicio en un mercado determinado

El criterio "finalidad del servicios en un mercado determinado" se refiere al fin o al por qué del suministro del servicio en determinado mercado. Por tanto, este criterio atenderá al objeto o motivo del suministro del servicio. Es evidente que este criterio es el equivalente al de "uso final de un producto en un mercado determinado" para el GATT; sin embargo, como señalé cuando se analizó la posibilidad de aplicar los criterios del GATT al AGCS, desde mi perspectiva había que adecuar el criterio al comercio de servicios, ya que todo servicio está encaminado a un fin, por el cual se lleva a cabo. El término "finalidad" me parece atinado dentro del contexto de servicios.

c. Gustos y hábitos del consumidor

En cuanto a este criterio, como bien mencioné, me inclino más a pensar en un criterio que refleje de manera más objetiva las preferencias de los consumidores del servicio a suministrar, como lo es la elasticidad de sustitución. Para ello es pertinente, desde mi óptica, la metodología seguida para el análisis relacionado con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT cuando se analiza la frase "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" y se señala la elasticidad de sustitución como elemento determinante. De esta manera, podremos aplicar el criterio relativo a gustos y hábitos del consumidor, el cual se contiene en el análisis para determinar la "similaridad" bajo el GATT, pero aplicando la metodología utilizada para analizar la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT. En consecuencia tendremos que la "similaridad" de servicios se dará dentro de un contexto de mercado en el que los consumidores decidirán entre un servicio proporcionado por diferentes agentes (ya sea que nos ubiquemos en la cláusula de TN o bien, la de NMF) y el criterio para definir la mencionada similaridad será la elasticidad de sustitución, la cual, en conexión con el criterio anterior, nos dará luz respecto de si el servicio tiene la misma finalidad. Esto implica que el alcance del "acordeón" de la similaridad en el AGCS se acerca más al alcance del mismo en el artículo III:4 del GATT que en la primera frase del artículo III:2 del GATT.

Lo anterior reconociendo que únicamente se trata de aplicar una metodología en la que convergen conceptos como lo es la tasa o elasticidad de sustitución.

B. *Proveedores de servicios similares*

En conexión con el criterio para determinar cuándo estamos ante proveedores de servicios que califiquen como "similares", como lo señalé en su momento, estoy de acuerdo con el único criterio plasmado para efectos de la "similaridad" en la jurisprudencia[118] en el sentido de que serán proveedores de servicios similares, aquellos que suministre servicios similares. Así, la "similaridad" de los proveedores estará sujeta a que efectivamente los servicios lo sean. He llegado a compartir este criterio, pues me parece que los proveedores de determinado servicio deben compartir ciertas características (si no es que todas) para que puedan ser capaces de suministrar éste.

[118] El criterio lo emitió el Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op cit*.

C. *Trato no menos favorable*

El criterio para analizar la expresión "trato no menos favorable" para ambas cláusulas, es decir, la cláusula de TN y la cláusula de NMF, será determinar si la medida o medidas en cuestión modifican las condiciones de competencia de los servicios y proveedores de servicios, ya sea aplicando el principio de TN o bien el de NMF en detrimento de los servicios y proveedores de servicios "similares" de otros miembros o bien, restrinja o limite el acceso de éstos a los diversos mercados en los cuales se desarrollen las actividades comerciales. Asimismo, se deberá demostrar el trato menos favorable para por un lado "servicios similares" y por el otro "proveedores de servicios similares", pero de manera cumulativa. Lo anterior atendiendo a la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena, toda vez que tanto el artículo II como el XVII, ambos del AGCS, hacen referencia a "servicios y proveedores de servicios". Además, atendiendo al principio de efectividad y con la finalidad de dar una interpretación eficaz a ambas cláusulas respecto del "trato no menos favorable", para el principio de TN y el trato de NMF, se deberá demostrar que el trato menos favorable es en relación con el trato que se le otorga a los servicios Y proveedores de servicios de otro Miembro de la OMC.

En relación con la interpretación de la frase "…a sus propios servicios similares *o* proveedores de servicios similares" del artículo XVII, me parece importante hacer notar la siguiente cuestión. Los acuerdos OMC son igualmente auténticos en español, inglés y francés. En este orden de ideas, hay que resaltar que en la versión en inglés del artículo XVII del AGCS se hace referencia a que el "trato no menos favorable" deberá ser en relación con *"…its own like services and service suppliers"* y en la versión francesa en relación con *"…ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires"*. De lo anterior, se desprende que hay discrepancia entre la versión en español y las versiones en inglés y francés, respectivamente, pues estas dos últimas utilizan el término "y" (*and* y *et*), mientras que en la versión en español se refiere al "trato no menos favorable que se otorgue "…a sus propios servicios similares *o* proveedores de servicios similares". Consecuentemente, en atención al artículo 33 de la Convención de Viena, se presume que los términos tienen igual sentido en los tres idiomas. Sin embargo, claramente el sentido de los términos "*o*" e "*y*" en español, "*or*" y "*and*" en inglés y "*ou*" y "*et*" en francés es diferente, por lo que se deberá adoptar la interpretación que mejor concilie los textos. En este orden de ideas, me parece que la interpretación que mejor concilia los textos será aquella en la que se interprete de igual forma la frase señalada para los artículos II y XVII respecto del otorgamiento del mejor trato. De esta manera, tenemos que se interpretará la versión en español de tal manera que se deberá demostrar que el "trato más favorable" es otorgado a los servicios similares Y a los proveedores de servicios similares del Miembro que presumiblemente aplica una medida incompatible con el TN. Así, para ambos principios se aplicará una interpretación cumulativa de la frase "…a sus propios servicios similares *o* proveedores de servicios similares".

Lo anterior en virtud de que, siguiendo con la interpretación que se estableció en las partes anteriores, el concepto de "similaridad" se interpretó de la misma forma para el principio de TN y para el principio de NMF. Aunado a lo anterior, las negociaciones de los acuerdos en la OMC se llevan a cabo en inglés. Una vez concluida la anterior, se traducen al español y al francés, por lo que la discrepancia en español se debe a errores en la traducción, lo que no significa que las partes hayan querido que se interpretara la frase "…a sus propios servicios similares *o* proveedores de servicios similares" de manera que únicamente se deba

probar el trato más favorable respecto de ya sean los servicios similares o bien, los proveedores de servicios similares; es decir, de manera separada.

Pues bien, estos son los criterios que propongo para efectos de analizar los tres conceptos relevantes cuando se habla de TN o NMF al amparo del AGCS. La intención es aportar elementos para el análisis para poder dilucidar la complicada y evadida problemática alrededor de los principios fundamentales del AGCS. Concuerdo con Cossy, quien apuntó la falta de interés en el tema puede deberse al escaso desarrollo del régimen jurídico para el comercio de servicios.

Ahora toca el turno de aplicar los criterios antes expuestos, para lo cual a continuación pondremos un ejemplo: para efectos del artículo XVII del AGCS, México tiene compromisos específicos en materia de servicios financieros; por tanto, cumpliendo con las condiciones estipuladas en la Lista de Compromisos Específicos, México está obligado a otorgar TN a los servicios similares y proveedores de servicios similares de los otros Miembros de la OMC. Igualmente, en virtud de que es una obligación general, está obligado a otorgar trato de NMF a los servicios similares y proveedores de servicios similares de otros Miembros. Ahora bien, supongamos que una institución bancaria ("Banco") proveniente de España decide suministrar servicios clasificados bajo la CPC 8113, la cual corresponde a "Préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, *créditos personales*, créditos hipotecarios, factoraje y financiación de transacciones comerciales", a través del modo de suministro 3[119], ubicando una de sus sucursales en México cumpliendo las condiciones impuestas para suministrar este tipo de servicio (e.g constituirse como Institución de banca Múltiple y cumpliendo con el porcentaje de inversión extranjera, tenencia accionaria, entre otros). El Banco se dedica a otorgar créditos automotrices, los cuales se incluyen dentro de la CPC antes señalada.

Por su parte, en México existen sociedades denominadas "casas de empeño", las cuales, *grosso modo,* mediante la firma de un contrato otorgan préstamos contra la entrega de un bien mueble que garantice el préstamo. Estos préstamos también se incluyen en la CPC 8113.

Supongamos que México aplica una medida que entró en vigor en 2008 y que consiste en que las Instituciones de Banca Múltiple que tengan inversión extranjera, además de las condiciones establecidas en la Lista de Compromisos suscrita por México, deberán obtener un permiso emitido por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ("SHCP"). Sin embargo, la medida en cuestión exime de dicho permiso a las Instituciones de Banca Múltiple que únicamente tengan inversión mexicana o bien, provenga de Brasil por ejemplo, pues México busca suscribir tratados de libre comercio con dichos países (éstos no se han suscrito; siguen en negociaciones y por lo mismo México busca mejorar relaciones económicas).

Como se señala, tanto los suministrados por el Banco como los suministrados por la casa de empeño, de conformidad con la CPC entran en la categoría "Servicios Financieros", subcategoría "Servicios bancarios y otros servicios financieros (excluyendo seguros)" y a su vez dentro del subconjunto relativo a la CPC 8113 "Préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, factoraje y financiación de transacciones comerciales".

[119] Presencia comercial: servicio suministrado por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro.

En virtud de lo anterior, la pregunta sería: en caso de disputa en la que se aduce que se violan las cláusulas de TN y NMF ¿se consideran estos servicios como "servicios similares"? Hagamos pues el análisis a la luz de los criterios propuestos:

-Servicios similares:

a) Naturaleza del servicio suministrado:

La naturaleza de ambos servicios es la de otorgar créditos (préstamos) de carácter personal, puesto que el Banco otorgará créditos automotrices que evidentemente entran en el subconjunto "Préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, factoraje y financiación de transacciones comerciales", toda vez que se considerarán créditos personales.

Por su parte, las casas de empeño otorgan préstamos en efectivo (créditos personales), independientemente de la finalidad del dinero.

Como se advierte, ambas personas morales suministran el mismo servicio, de conformidad con la naturaleza del servicio, ya que ambos servicios están dotados de las mismas cualidades: otorgar créditos personales, cumpliendo los requisitos señalados por cada entidad.

b) Finalidad del servicio en un mercado determinado:

Como se señaló, este criterio atiende al fin o motivo del suministro del servicio. Derivado de lo anterior, el servicio prestado por el Banco y por las casas de empeño tiene por objetivo el proveer efectivo para los fines determinados por los consumidores.

c) Gustos y hábitos del consumidor:

Para verificar la aplicación de este criterio se deberá realizar un estudio económico. Sin embargo, para efectos del presente ejercicio y asumiendo que se llevó a cabo el estudio referido, supongamos que los consumidores prefieren solicitar créditos en instituciones bancaria, pues lo consideran más seguro, toda vez que en caso de algún contratiempo en el suministro del servicio pueden acudir a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros ("CONDUSEF"), mientras que respecto de las casas de empeño, la autoridad a la que los consumidores pueden acudir depende de la constitución social de la casa de empeño en cuestión; así, podrán acudir a la Procuraduría Federal del Consumidor ("PROFECO") o bien, a la CONDUSEF.

Asimismo, los consumidores perciben que los bancos están más regulados por las autoridades mexicanas; en consecuencia, se sienten más seguros solicitando créditos personales y, en particular, créditos automotrices a través de las instituciones del sistema financiero. Derivado de lo anterior, los consumidores perciben como sustituibles ambos servicios, ya que para solicitar un crédito toman en cuenta a ambos proveedores del servicio.

Por su parte, las casas de empeño, a pesar de que requieren, *grosso modo*, lo mismo pueden llevarlo a cabo en una menor escala, pues de entrada se establecerán en su propio país (situación que representa un menor costo), y para suministrar el servicio no se requiere de tanta infraestructura. Lo anterior, evidentemente no generalizando, puesto que habrá casas de empeño cuya infraestructura sea igual o mayor a la de una institución del sistema financiero. Esto se deberá analizar (al igual que cada uno de los criterios, bajo las particularidades de casa caso).

De la aplicación de los tres criterios aquí propuestos, observamos que en tres de los tres criterios coinciden ambos servicios (naturaleza, finalidad y gustos y hábitos del consumidor), por lo que podemos concluir que se trata de "servicios similares". Consecuentemente, de conformidad con el criterio esgrimido para determinar cuándo califican los proveedores como "similares", se deduce que los proveedores de servicios califican igualmente como proveedores.

En conexión con el "trato menos favorable", también se requerirá un estudio técnico con la finalidad de probar, de manera objetiva, que la medida aplicada modifica las condiciones de competencia de los servicios y proveedores de servicios en detrimento de los servicios y proveedores de servicios "similares" de otros miembros o bien, restringe o limita el acceso de éstos a los diversos mercados en los cuales se desarrollen las actividades comerciales. Suponiendo que dicho estudio se lleva a cabo, para probar incompatibilidades con el AGCS se deberá demostrar lo siguiente:

-TN:

El estudio en cuestión deberá demostrar que el trato menos favorable se otorga tanto a los servicios financieros ubicados en el subconjunto "Préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, factoraje y financiación de transacciones comerciales" como al Banco español en virtud de la aplicación de la medida que exige, de manera adicional, el permiso expedido por la SHCP, medida que no se aplica a los nacionales. Es decir, se deberá demostrar que el trato menos favorable es en relación con el trato otorgado a los servicios financieros nacionales *y* a los proveedores de servicios financieros nacionales. Es decir se requerirá probar que es respecto de ambos.

-NMF:

Igualmente, el estudio en cuestión deberá demostrar que el trato menos favorable se otorga tanto a los servicios financieros ubicados en el subconjunto "Préstamos de todo tipo, incluidos, entre otros, créditos personales, créditos hipotecarios, factoraje y financiación de transacciones comerciales" como al Banco español en virtud de la aplicación de la medida que exige, de manera adicional, el permiso expedido por la SHCP, medida que no se otorga a las inversiones en instituciones de banca múltiple brasileñas. Al igual que para el TN, para la cláusula de NMF se deberá probar que el trato menos favorable es en relación con el trato que se le otorga a los servicios financieros *y* proveedores de servicios financieros provenientes de Brasil.

Pues bien, a través del ejercicio realizado se ilustra, *grosso modo*, la aplicación de los criterios aquí propuestos.

3. *Conclusiones*

Así, a manera de repaso, en esta parte se asentaron de manera teórica criterios que a mi juicio pueden ayudar a interpretar las cláusulas de TN y de NMF contenidas en el AGCS. Los anteriores se refieren para servicios similares a "naturaleza del servicio suministrado", "finalidad del servicio en un mercado determinado" y "gustos y hábitos del consumidor". Para proveedores de servicios similares, el criterio será que en la medida en que los servicios sean similares también lo serán los proveedores de dichos servicios. Finalmente, el criterio

para determinar "trato menos favorable" deberá atender a la modificación en las condiciones de mercado que la medida combatida tenga como efecto.

VI. Conclusiones generales

Hemos llegado al final del presente trabajo y me parece importante que para efectos de enunciar una conclusión final, es importante recordar la hipótesis central que se planteó en un principio. Así, la hipótesis que aquí se esbozó fue la siguiente: los criterios utilizados en la jurisprudencia emitida con motivo de los principios TN y NMF del acuerdo que rige el comercio de mercancías; es decir, el GATT, no son aplicables a las cláusulas relativas a los mismos principios, correspondientes al acuerdo que rige el comercio de servicios; esto es, el AGCS.

Derivado del análisis llevado a cabo, a continuación presentaré las conclusiones a las que he arribado. Como hemos visto, los criterios emitidos para los principios de TN y de NMF no pueden traspolarse de manera automática a las mismas disposiciones del AGCS, en virtud de que abarcan materias distintas: productos (bienes tangibles) y servicios (bienes intangibles). Esta circunstancia marca una clara pauta de que cada acuerdo comercial debe tener sus criterios para determinar el alcance de su articulado. Además, en el AGCS para efectos de los principios estudiados, se prevén dos supuestos de similaridad; i.e. "servicios similares" y "proveedores de servicios similares", hecho que sin duda complica el aplicar de una manera estricta los criterios enunciados para el GATT, el cual sólo prevé el supuesto de "productos similares" y cuyos parámetros fueron pensados en virtud de, como se señaló, bienes tangibles y con una infraestructura jurídica mucho más completa. Esto, en virtud de que como sabemos, los bienes cuentan con una descripción bastante más definida o específica que los servicios. De la misma forma, para efectos de los productos existe toda una práctica igualmente establecida, conocida y consensuada por los Miembros de la OMC, situación que no es la misma para el comercio de servicios, pues recordemos que el AGCS tiene apenas 14 años de vigencia.

No obstante lo anterior, analizando cada uno de los conceptos contenidos en los principios de TN y NMF contenidos en el AGCS (es decir, "similaridad" y "trato no menos favorable") a la luz de los elementos proporcionados por el GATT, pude advertir que en algunas aristas los criterios ya referidos son aplicables, circunstancia que como mencionamos, también reconoció Mireille Cossy. Dadas las diferentes materias de los acuerdos, deben aplicarse los criterios mencionados haciendo una adecuación para el AGCS.

De esta manera, pude percatarme que para efectos de la "similaridad" de servicios en ambos principios, los criterios para el GATT que sí son aplicables al referido concepto en el AGCS son el de "uso final en un mercado determinado" y "gustos y hábitos del consumidor"; sin embargo, serán aplicables con ciertas particularidades, toda vez que se adaptaran al contexto del comercio de servicios. Por lo tanto, el criterio relativo a "uso final de un producto en un mercado determinado" será equivalente en el AGCS al criterio denominado en el presente trabajo como "finalidad del servicio en un mercado determinado". Por su parte, respecto del criterio de "gustos y hábitos del consumidor" para el AGCS, éste deberá analizarse a la luz de la elasticidad de sustitución entre servicios (tasa de sustitución del mismo), con la finalidad de que refleje de manera objetiva las preferencias de los consumidores.

En cuanto al concepto "proveedor de servicios similares", estoy de acuerdo con el criterio emitido con motivo del propio AGCS, el cual dispone que serán proveedores de

servicios aquellos que suministren un servicio definido como "similar", de manera tal que la similaridad de proveedores se supedita a demostrar que los servicios lo son. Lo anterior por las razones ya expuestas.

Por último, en relación con el "trato no menos favorable" tanto para la cláusula de TN como para la relativa a NMF, el criterio al que llegué basada en el análisis realizado es que si la medida o medidas en cuestión modifican las condiciones de competencia de los servicios y proveedores de servicios, ya sea aplicando el principio de TN o bien el de NMF en detrimento de los servicios y proveedores de servicios "similares" de otros miembros, o bien, restrinja o limite el acceso de éstos a los diversos mercados en los cuales se desarrollen las actividades comerciales es evidente que se está otorgando un trato menos favorable. Además, por la redacción de cada una de las cláusulas, respecto del artículo II para probar el "trato menos favorable", se deberá demostrar que el mejor trato se le otorga a los servicios *y* proveedores de servicios de otro Miembro de la OMC; mientras que para el TN bastará con demostrar que el mejor trato lo recibe, ya sean los proveedores nacionales de servicios similares o bien, el servicio similar *per se*.

Así, hemos expuesto los criterios propuestos para efectos del análisis de los principios angulares del derecho de la OMC. Sin embargo, me parece que todavía falta mucho por definir respecto del AGCS, pues aún queda una gran labor por hacer. La más importante será, sin duda alguna, la de los grupos especiales o el OA, pues a nivel académico podrán decirse y proponerse diversos criterios o perspectivas de cómo entender el TN y la NMF bajo el AGCS, pero serán los órganos judiciales de la OMC quienes emitan criterios con un peso específico fundamental. Igualmente, los Miembros de la OMC deberán seguir ayudando en esta tarea en los próximos casos que salgan a la luz con motivo del comercio de servicios, ya que su intervención será de gran ayuda pues podrán auxiliar a los grupos especiales y al OA en el discernimiento de los criterios a aplicar, mediante su perspectiva sobre el tema. De esta forma, en la medida en que los Miembros no soliciten de manera directa que se resuelvan disputas respecto de las cláusulas aquí estudiadas, continuaremos con este debate en el plano académico exclusivamente. Por esta razón, los Miembros de la OMC deberán tener un papel más activo en las disputas que se lleven a cabo en el futuro, y estimular a los grupos especiales y el OA para que se pronuncien sobre el alcance de estas obligaciones, así como sobre la metodología para interpretar los principios de TN y NMF.

Anticipamos que el escenario antes descrito no podrá continuar por mucho tiempo, ya que el comercio de servicios está creciendo significativamente y por lo tanto creo que en un futuro no muy lejano puede haber una diferencia comercial en materia de servicios entre Miembros de la OMC. Dicha diferencia será revisada por un grupo especial y/o el OA, por lo que eventualmente dichas instituciones tendrán que aportar luz al problema analizado en este artículo.

LA "POLINIZACIÓN CRUZADA" EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN LOS CASOS DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

Bradly J. Condon[*]

Resumen:
Este artículo analiza varias cuestiones jurídicas no claramente resueltas en la jurisprudencia de la OMC que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC. ¿Cómo se deberían tratar los subsidios ambientales bajo el GATT, en el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC)? ¿Se pueden aplicar las excepciones generales del Artículo XX del GATT a otros acuerdos en el Anexo 1A? ¿Son los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal relevantes para determinar la cuestión de "productos similares" en los artículos I y III del GATT, en el Acuerdo SMC, en el Acuerdo Antidumping y en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)? ¿Cuál es el alcance de los párrafos b y g del Artículo XX del GATT y la relación entre éstos? ¿Cuál es la relación entre el artículo XX del GATT y los acuerdos ambientales multilaterales? ¿Cómo deberían interpretarse y aplicarse el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y el Acuerdo OTC dentro del contexto de medidas ambientales? Este artículo examina los puntos antes mencionados.

Palabras Clave: Interpretación de los acuerdos OMC, medio ambiente, Acuerdo sobre Agricultura, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, procesos y métodos de producción, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Artículo XX del GATT, Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Abstract:
This article analyses several unresolved issues in WTO law that may affect the WTO-consistency of environmental measures. How should the WTO deal with environmental subsidies under the GATT, the Agreement on Agriculture and the SCM Agreement? Can the general exceptions in GATT Article XX be applied to other agreements in Annex 1A? Are processing and production methods relevant to determining the issue of "like products" in GATT Articles I and III, the SCM Agreement and the Antidumping Agreement and the TBT Agreement? What is the scope of paragraphs b and g in GATT Article XX and the relationship between these two paragraphs? What is the relationship between GATT Article XX and multilateral environmental agreements? How should the SCM Agreement, TBT Agreement and SPS Agreement be interpreted and applied in the context of environmental measures? The paper explores these issues.

Keywords: Interpretation of the WTO agreements, environment, Agreement on Agriculture, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, processes and production methods,

---

[*] Titular de la Cátedra OMC y Director, Centro de Derecho Económico Internacional, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, DF, y *Senior Fellow, Tim Fischer Centre for Global Trade and Finance*, Bond University, Australia. Agradezco el apoyo de la Asociación Mexicana de Cultura y del ITAM.

Agreement on Technical Barriers to Trade, Article XX of GATT, Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures.

I. Introducción

Las medidas ambientales plantean cuestiones jurídicas con respecto a la relación entre el derecho de la OMC y el derecho ambiental internacional y la relación entre los varios Acuerdos de la OMC. Este artículo analiza varias cuestiones jurídicas no claramente resueltas en la jurisprudencia de la OMC que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC: (1) si los procesos y métodos de producción (PMPs) que no afectan al producto como tal son fundamentales para determinar la cuestión de "productos similares" en los Artículos I y III del GATT, el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre la Implementación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC); (2) la relación entre el Artículo XX del GATT, otros Acuerdos de la OMC y los acuerdos ambientales multilaterales; (3) la interpretación y aplicación del Acuerdo OTC; (4) la interpretación y aplicación del Acuerdo MSF; y (5) las subvenciones verdes bajo en GATT de 1994, el Acuerdo SMC y en el Acuerdo sobre la Agricultura. El enfoque de este artículo es sobre cuestiones jurídicas no claramente resueltas y no sobre la consistencia de medidas específicas con las disposiciones de la OMC. Sin embargo, este artículo no pretende resolver todas las cuestiones interpretativas no resueltas que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC. En particular, este artículo no analiza la consistencia de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) con el derecho de la OMC ni el efecto interpretativo de la referencia al desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC.[1] Tampoco analiza todos los acuerdos abarcados de la OMC u otros tratados internacionales que pueden ser pertinentes, como los tratados sobre la inversión extranjera y las disposiciones comerciales en los AMUMA.[2]

Hay cada vez más “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes (Anexo 1A). En 2010 y 2011 se emitieron varios informes sobre cuestiones novedosas en el contexto del Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, en los cuales la interpretación de términos en estos acuerdos se hizo a la luz de las interpretaciones de términos parecidos en contextos parecidos en el GATT. Este artículo analiza hasta qué punto la jurisprudencia sobre los términos de un acuerdo abarcado puede aplicarse a la interpretación de los términos parecidos en contextos parecidos en otros acuerdos abarcados. Este análisis se enfoca en los términos que son más relevantes para las disputas sobre el comercio y el medio ambiente en varios acuerdos abarcados: el concepto de productos similares y el lenguaje de las excepciones pertinentes del artículo XX del GATT.

---

[1] Estas cuestiones se analizan en Condon, Bradly, *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2006.

[2] Está fuera del alcance de este artículo considerar otros acuerdos abarcados. Para un análisis de estas cuestiones en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, véase Sinha, Tapen y Condon, Bradly, *Climate Change and Intellectual Property Rights for New Plant Varieties*, 15 de Octubre de 2011. Disponible en SSRN: *http://ssrn.com/abstract=1944593.*

II. "Productos similares" y los procesos y métodos de producción (PMP)

El término "productos similares" es un concepto esencial en el análisis de las obligaciones de no discriminación en los artículos I:1, III:2 y III:4 del GATT, al igual que en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF. La cuestión de si los procesos y métodos de producción (PMP) son pertinentes para determinar la similitud de los productos también tiene implicaciones en el Acuerdo sobre SMC (y el Acuerdo Antidumping), ya que el término "productos similares" es relevante para una variedad de asuntos fundamentales dentro de estos acuerdos.[3] La determinación de cuáles preocupaciones ambientales debe tomarse en consideración para determinar la similitud de productos tendría un rango muy amplio de consecuencias en el derecho de la OMC.

En *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, el Órgano de Apelación explicó que el concepto de 'similitud' es relativo y que evoca la imagen de un acordeón. La amplitud del acordeón se debe determinar por una disposición particular en la cual el término 'similar' se encuentra al igual que por el contexto y las circunstancias que prevalecen en cualquier caso en el cual la disposición pueda aplicarse.[4] La jurisprudencia sugiere que los mismos cuatro criterios que aplican para determinar la similitud de un producto en el artículo III del GATT también aplican en el contexto del artículo I del GATT.[5]

El Órgano de Apelación ha aplicado consistentemente los siguientes 4 criterios para determinar si los productos se encuentran en una relación competitiva que llevaría a la conclusión que bajo el artículo III del GATT serían productos similares: (1) las propiedades físicas, naturaleza y la calidad del producto; (2) hasta qué punto los productos pueden servir para el mismo uso o uso similar o en un mercado determinado; (3) hasta qué punto los consumidores perciben y tratan los productos como un medio alterno para satisfacer una necesidad o demanda; y (4) la clasificación arancelaria de los productos. En *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación notó que estos criterios son simples herramientas para ayudar en la tarea de examinar la evidencia relevante. Estos no se encuentran en ningún tratado ni son una lista cerrada de criterios que determinarán la caracterización legal de un producto.[6] El origen de los primeros tres criterios está en el Reporte del Grupo de Trabajo sobre *Ajustes Fiscales en Frontera*, mientras que el cuarto criterio se adhirió por paneles del GATT subsecuentes. El propósito del análisis de productos similares es tomar en cuenta la evidencia que indica si, y en qué extensión, los productos involucrados están – o pueden estar – en una relación competitiva dentro del mercado.[7]

Como el Órgano de Apelación notó en *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, la clasificación arancelaria de los productos es un criterio problemático cuando no está suficientemente detallado. Dado que el Sistema Armonizado solamente establece los seis primeros dígitos,

---

[3] Véase Bradly J. Condon, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica*, Londres, Cameron May, 2007, pp. 331-332, 417. En estos dos acuerdos este término está definido, mientras que en el GATT y el Acuerdo OTC no lo está.

[4] 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 1 de Noviembre de 1996, página 21.

[5] Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil (Indonesia – Autos)*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 14.141.

[6] Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (CE – Amianto)*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafo 102.

[7] *Ibid*, párrafo 103.

cada gobierno tiene el criterio de determinar una clasificación del producto más detallada. Además, el Sistema Armonizado no se diseñó para resolver la cuestión de si los productos son similares de acuerdo al GATT.[8] Sin embargo, si el Sistema Armonizado no puede aplicarse directamente para decidir la similitud de productos, es útil para apoyar la decisión de la similitud basado en otros criterios.

Un tema fundamental en el caso de medidas enfocadas en el impacto ambiental de productos es si los PMP pueden usarse para determinar la similitud. Algunos argumentan que, dado que los efectos del amianto fueron relevantes para determinar la similitud en *CE – Amianto* (bajo el primer y tercer criterio), los efectos ambientales en el proceso de producción son relevantes para determinar la similitud. Por ejemplo, Howse argumenta que el fallo del Órgano de Apelación en *CE – Amianto* apoya el punto de vista de que los PMP no discriminatorios son consistentes con el artículo III:4 del GATT, basado en la consideración de las preferencias del consumidor. [9] La misma evidencia puede considerarse bajo los artículos III y XX, para propósitos diferentes, según el Órgano de Apelación en *CE – Amianto*. Bajo el artículo III:4, la evidencia relacionada con los riesgos a la salud puede ser relevante en evaluar la relación de competitividad en el mercado entre los supuestos productos "similares". La misma evidencia, o similar, sirve bajo el artículo XX(b) para evaluar si un Miembro tiene suficiente fundamento para adoptar una medida inconsistente con el GATT con base en la salud humana.[10]

Sin embargo, las medidas en cuestión en *CE – Amianto* pueden distinguirse de medidas enfocadas en el impacto ambiental en el proceso de producción de un producto porque los efectos del amianto están relacionados al producto como tal, no a su método de producción. Asimismo, el argumento principal para no tener en cuenta los PMPs para determinar la similitud es que la similitud debe estar basada en las características del producto como tal. En *EU – Atún (México)*, el panel del GATT sostuvo que el término "productos similares" no aplica a los procesos de producción, sino a los productos como tales. Por lo tanto, no se permite una diferenciación entre productos basados en procesos de producción que no tienen efecto alguno en la calidad del mismo producto.[11] Debido a que el informe del GATT, *EU – Atún (México)* no fue adoptado, éste no tiene un valor normativo. Sin embargo, un grupo especial puede encontrarlo útil en la orientación de su razonamiento.[12]

No obstante, sería apropiado determinar si los PMP son pertinentes para determinar la similitud, basada en la evidencia presentada en cada caso. Si un PMP determina la relación competitiva entre dos productos en un caso en particular, el PMP debe tenerse en cuenta

---

[8] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, página 25.

[9] Robert Howse, "The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate", *Colorado Journal of Environmental Law*, 27:491, 2002, p. 515.

[10] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 115.

[11] Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún* (*Estados Unidos – Atún (México)*), DS21/R, 3 de septiembre de 1991, no adoptado, BISD 39S/155, página 41. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia* (*Estados Unidos – Cordero*), WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán* (*Estados Unidos – Hilados de algodón*), WT/DS192/AB/R, 5 de noviembre de 2001; Marceau, Gabrielle y Trachtman, Joel, "The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade", *Journal of World Trade*, 36:811, 2002, p. 857-858.

[12] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, páginas 14-15.

para determinar si los productos son similares.[13] Este enfoque sería consistente con el propósito del análisis de productos similares, de determinar si la evidencia indica que los productos implicados son – o podrían estar – en una relación competitiva en el mercado.[14] Igualmente, la relación competitiva entre productos no es estática, sino evoluciona a través del tiempo.[15] Así, un factor que no puede ser considerado relevante sobre este tema ahora podría ser relevante en el futuro.

El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)* consideró un PMP que no afecta al producto como tal.[16] La *Dolphin Protection Consumer Information Act* (DPCIA) regulaba el uso del etiquetado *dolphin-safe* estadounidense. México alegó que esta medida era inconsistente con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Esta disposición dispone que, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros, se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. El Grupo Especial señaló que el término "productos similares" no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 "es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos", era pertinente para interpretar el artículo 2.1.[17] Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT: (1) las propiedades físicas; (2) los usos finales; (3) los hábitos y preferencias de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria.[18] Los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos.[19] Además, los productos eran idénticos bajo los demás tres criterios. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares.

El papel de las preferencias de los consumidores en la determinación de la similitud es uno de los aspectos más interesantes de este caso. Sobre esta cuestión, vale la pena citar textualmente al Grupo Especial:

> La información presentada al Grupo Especial efectivamente indica que los consumidores de los Estados Unidos tienen determinadas preferencias con respecto a los productos de atún, basadas en que sean o no inocuos para los delfines, y no excluimos que esas preferencias puedan ser pertinentes para la evaluación de

[13] Para una opinión opuesta, véase Patrick Low, Gabrielle Marceau y Julia Reinaud, "*The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues*", WTO Staff Working Paper ERSD-2011-1, 12 de enero de 2011, *http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201101_e.pdf*, página 2.

[14] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 103.

[15] Agradezco a Deborah Elms por esta perspectiva. Un ejemplo es la relación competitiva entre teléfonos celulares y cámaras, que ha cambiado conforme la tecnología ha evolucionado.

[16] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México))*, WT/DS381/R. El 20 de enero de 2012 el informe del Grupo Especial fue apelado tanto por los EE.UU. como por México.

[17] *Ibid*, párrafos 7.223-7.224.

[18] *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.

[19] *Ibid*, párrafo 7.250.

> la similitud. En la medida en que las preferencias del consumidor, incluidas las preferencias sobre la forma en que se ha obtenido el producto, pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos, consideramos que *a priori* es pertinente tenerlas en cuenta en la evaluación de la similitud. Sin embargo, no estamos convencidos de que, en las circunstancias de este asunto, la consideración de las preferencias de los consumidores de los Estados Unidos relativas a la inocuidad de los productos de atún con respecto a los delfines nos deba llevar a modificar nuestra conclusión con respecto a la similitud de los productos de atún estadounidenses y mexicanos y los productos de atún originarios de cualquier otro país.[20]

En este caso, había evidencia sobre las preferencias del consumidor relativas a los PMP que no afectan al producto como tal. Mientras este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre la similitud de los productos, el Grupo Especial reconoció que los PMP pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos. Como se mencionó arriba, el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos. Fue por esta razón, y no el impacto de las preferencias en la relación de competencia, que este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre similitud.

En el asunto *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación consideró que, en los casos en que los productos son físicamente diferentes, es aun más importante aducir pruebas bajo los demás criterios de que existe una relación de competencia para demostrar que los productos son similares.[21] La misma lógica puede aplicarse al revés. En los casos en que los productos son físicamente idénticos, debe ser posible aducir pruebas bajo los demás criterios de que no existe una relación de competencia para demostrar que los productos no son similares. En *Estados Unidos – Atún II (México)*, las preferencias del consumidor determinaron la relación de competencia entre dos productos—atún inocuo para delfines y atún no inocuo para delfines—no sus características físicas ni su uso final. Por lo tanto, estos dos productos no se deben considerar como productos similares. La falta de evidencia sobre la inocuidad del atún proveniente de distintos Miembros es una cuestión distinta, aunque determinante en este caso.

Si el fin del análisis de la similitud de los productos es determinar la relación de competencia en un mercado determinado, y la inocuidad del producto determina si puede competir en el mercado o no, sería razonable esperar que este criterio pudiera ser determinante, a pesar de la similitud de los productos bajo los otros tres criterios. En tal situación, las preferencias del consumidor relativas a los PMP, que no afectan al producto como tal, podrían ser determinantes. Entonces, esto podría servir como base para determinar que tales etiquetados ambientales son consistentes con el trato nacional y la nación más favorecida en el derecho de la OMC. También podría ser relevante para el análisis de la similitud de productos bajo el Acuerdo SMC.

El informe del Grupo Especial el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* apoya, aunque de manera indirecta, que el impacto ambiental de un producto es pertinente en el análisis de la similitud.[22] El Grupo Especial consideró que, en el análisis de la similitud de productos en el contexto del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, un reglamento técnico que tiene un objetivo de salud pública legítimo no debe abordarse principalmente

[20] *Ibid*, párrafo 7.249.

[21] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 118.

[22] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor)*, WT/DS406/R, adoptado el 2 de septiembre de 2011.

desde la perspectiva de la competencia. Más bien, la ponderación de las pruebas relativas a los criterios de similitud debe prestar especial atención a la importancia del objetivo de salud pública. La manera en que determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de ellos, han de evaluarse a la luz de ese objetivo.[23] Para apoyar su interpretación, el Grupo Especial notó que el preámbulo del Acuerdo OTC dispone que los Miembros "reconoc[en] que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias ... para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente…a los niveles que considere apropiados...".[24] Este razonamiento sería aplicable a una medida ambiental también, por la referencia en el preámbulo a la protección del medio ambiente.

En el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, el impacto sobre la salud venía del producto como tal, y no de los PMP. Sin embargo, si consideramos juntos los informes de los grupos especiales en *Estados Unidos – Atún II (México)* y *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, apoyan la idea de que los PMP que no afectan al producto como tal podrían ser un criterio determinante en el análisis de la similitud de los productos.

En los informes recientes sobre el Acuerdo OTC, los grupos especiales tuvieron en cuenta la jurisprudencia del GATT sobre el término "productos similares" para interpretar este mismo término en el Acuerdo OTC, teniendo en cuenta el contexto distinto. Esta jurisprudencia sobre el término "productos similares" para interpretar este mismo término en el Acuerdo OTC debe ser pertinente para interpretar este mismo término en el GATT y en otros acuerdos abarcados que utilizan este término, como el Acuerdo SMC, mientras se tiene en cuenta el contexto de cada acuerdo. Aquí hay un buen ejemplo de la "polinización cruzada" en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

III. Artículo XX del GATT

Los párrafos b y g en el artículo XX del GATT juegan un papel fundamental en la determinación del tipo de medidas que pueden ser utilizadas para la protección ambiental. Además, el análisis bajo la cláusula introductoria del artículo XX determinará como estas medidas deben de ser aplicadas.

El artículo XX(g) aplica a medidas " 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". Esta frase implica cuatro cuestiones principales. (1) ¿Las medidas ambientales están enfocadas en conservar un "recurso natural agotable"? (2) Si un nexo jurídico se requiere entre un Miembro que promulga una medida y la agotabilidad de un recurso natural, ¿existe un nexo suficiente entre el miembro de la OMC el recurso natural agotable? (3) ¿Como debería determinar un grupo especial si una medida específica está relacionada a la conservación? (4) ¿Las medidas se "aplican conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales"?

[23] *Ibid*, párrafo 7.119.
[24] *Ibid*, párrafos 7.113-7.114.

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación interpretó el término "recursos naturales agotables" para abarcar tanto recursos naturales vivos como no vivos.[25] El Órgano de Apelación y los paneles del GATT han constatado que los siguientes son recursos naturales agotables: aire limpio;[26] tortugas marinas migratorias;[27] salmón y arenque;[28] atún;[29] y delfines.[30] En *Estados Unidos – Camarones*, debido a que las tortugas marinas migratorias estaban listados bajo CITES como especies en peligro de extinción, el Órgano de Apelación sostuvo que estos últimos son recursos naturales agotables. Los acuerdos ambientales multilaterales pueden tomarse en cuenta para determinar si un recurso en particular es un recurso natural agotable. El siguiente fragmento en *Estados Unidos – Camarones* apoya esta opinión:

> Los términos del párrafo g) del artículo XX, "recursos naturales agotables", fueron acuñados realmente hace más de 50 años. El intérprete de tratados debe leerlos a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano. Aunque el artículo XX no fue modificado en la Ronda Uruguay, el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC revela que los firmantes de ese Acuerdo eran plenamente conscientes en 1994 de la importancia y legitimidad de la protección del medio ambiente como objetivo de la política nacional e internacional. El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC…reconoce explícitamente "el objetivo de un desarrollo sostenible "….Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, advertimos que el término genérico "recursos naturales" del párrafo g) del artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino más bien "por definición, evolutivo". Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos.[31]

En *Estados Unidos – Camarones*, la referencia al objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC influyó en la interpretación del artículo XX del GATT. El preámbulo es contexto pertinente para la interpretación de acuerdo con el artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, lo cual aplica a la interpretación de los acuerdos abarcados de la OMC.[32] Sin embargo, no queda muy claro hasta qué punto esta referencia va a influir en la interpretación en otros casos.[33]

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación declaró que existía un nexo jurídico suficiente entre las tortugas marinas migratorias y los Estados Unidos, ya que éstas pasan parte de su ciclo de vida migratorio en aguas estadounidenses, sin resolver si existe

---

[25] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (Estados Unidos – Camarones)*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 128-131.

[26] Informe del Órgano de apelación, *Estados Unidos – Pautas párrafo la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos – Gasolina)*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.

[27] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

[28] Informe del Panel del GATT, *Canadá – Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar (Canadá – Arenque y salmón)*, L/6268 - 35S/98, adoptado el 22 de marzo de 1988.

[29] Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá (Estados Unidos – Atún (Canadá))*, L/5198 - 29S/91, adoptado el 22 de febrero de 1982.

[30] Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (México)*.

[31] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 129-130.

[32] Véase Condon, Bradly, *op. cit.* nota 3, p. 45.

[33] Sobre esta cuestión, véase Condon, Bradly, *op. cit.* nota 1, pp. 22, 25, 80, 117, 277, y 290-291. Véase también Alberto do Amaral Júnior, *Comércio Internacional e a Proteçao do Meio Ambiente*, Sao Paulo, Editora Atlas, 2010, pp. 59-69.

un límite jurídico implícito en los términos del artículo XX(g). En los casos en los que los efectos de problemas ambientales son globales, debe de haber un nexo lo suficientemente jurídico entre todos los Miembros de la OMC y el tema en particular, como el agotamiento del ozono o el cambio climático.

El término "relativas a" ha sido interpretado como "enfocado principalmente a", en lugar de "necesario o esencial".[34] El término "relativas a" necesita un análisis de la relación entre las medidas y la política legítima de conservar los recursos naturales agotables. Esto requiere una relación cercana y genuina de fines y medios y un análisis de la relación entre la estructura general y el diseño de la medida y el objetivo de la política.[35] Los acuerdos ambientales multilaterales pueden servir como evidencia para mostrar que las medidas se relacionan con la conservación de recursos naturales agotables. Si la estructura y el diseño están basados en obligaciones específicas en un acuerdo multilateral ambiental, sería más probable que cumpliera con los requerimientos del párrafo g. Mientras que esto no es esencial, estas obligaciones específicas proveen evidencia de que la medida esté vinculada con la conservación o la protección del medio ambiente.

El artículo XX(g) también requiere que las medidas de conservación "se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales". En *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación interpretó el término "se apliquen" como una medida gubernamental "operativa", "en vigencia", o "entrado en vigor". La cláusula no establece una prueba de efectos pruebas empíricos para la disponibilidad de la excepción artículo XX(g). En su lugar, esta cláusula es un requerimiento de equilibrio en la imposición de restricciones, en nombre de la conservación, sobre la producción o consumo de recursos naturales agotables, pero no requiere un trato idéntico de los productos nacionales e importados.[36] No está claro si las diferencias en el trato de los productos, basados en su impacto ambiental, podrían cumplir este requerimiento sin justificar las diferencias en el trato con referencia a la evidencia de las razones por el trato diferente, tal como la evidencia científica comparando el impacto ambiental de diferentes productos.

El artículo XX(b) aplica a las medidas "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales". Este párrafo requiere que el objetivo de la política en curso esté dentro del rango de políticas diseñadas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. En *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Grupo Especial aceptó que las medidas estaban dirigidas a proteger el medio ambiente de Brasil y que esto estaba dentro del rango de políticas cubiertas por el artículo XX(b).

Una vez establecido que el objetivo de la política entra en la excepción, la cuestión es si la medida es "necesaria" para lograr el objetivo de la política. Este análisis toma lugar a la luz del nivel de riesgo que un Miembro escoge para sí mismo. Para demostrar que la medida es necesaria, hay que considerar y sopesar una serie de factores. Primero, entre más importantes sean los intereses o valores que la medida pretende proteger, lo más probable es que la medida sea necesaria. Segundo, mientras la medida contribuye más al fin perseguido, lo más probable es que la medida sea necesaria. Tercero, mientras menos impacte el comercio la medida impugnada, lo más probable es que la medida sea necesaria.

---

[34] Informe del Panel del GATT, *Canadá – Arenque y salmón*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

[35] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

[36] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, 20-21.

Cuarto, si hay razonablemente disponible una medida alternativa más consistente con la OMC que el Miembro podría usar, la medida no sería necesaria. La determinación del cuarto criterio informa el proceso de considerar y sopesar los primeros tres criterios.[37]

No se cuestiona que la protección ambiental se consideraría un interés o valor importante en el artículo XX(b). En *Brasil – Neumáticos Recauchutados* el Grupo Especial concluyó que pocos intereses son más 'vitales' e 'importantes' que proteger a seres humanos de riesgos a la salud, y que proteger el medio ambiente no es menos importante.[38] El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo que la protección del medio ambiente es un valor importante. Sin embargo, el peso acordado al objetivo de la protección del medio ambiente puede ser menos al acordado al objetivo de protección de la salud o la vida humana, dada la caracterización del Órgano de Apelación del primero como "importante" (*Brasil – Neumáticos Recauchutados*) y el segundo como "tanto vital como importante en el grado más alto" (*CE – Amianto*).

Puede ser difícil medir en qué medida una medida ambiental contribuye al fin perseguido. Debe ser probable que la medida produzca una contribución material para el logro de su objetivo.[39] Una medida que solo crea una contribución marginal o insignificante al objetivo no es suficiente para considerarla necesaria.[40] No obstante, en *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Órgano de Apelación enfatizó la necesidad de considerar la medida en un contexto más amplio de una estrategia comprensiva para lidiar con un problema.[41] También, el Órgano de Apelación estableció que la contribución de una medida ambiental restrictiva al comercio, aunque no sea visible inmediatamente, puede justificarse bajo el artículo XX(b):

> Reconocemos que sólo es posible hacer frente a algunos problemas complejos ambientales o de salud pública con una política global que comprenda una pluralidad de medidas en interacción. A corto plazo, podría resultar difícil separar la contribución a los objetivos ambientales o de salud pública de una medida concreta de los imputables a las demás medidas que forman parte de la misma política global. Además, los resultados de determinadas acciones -por ejemplo de medidas adoptadas para atenuar el calentamiento global y el cambio climático, o de determinados actos preventivos encaminados a reducir la incidencia de enfermedades que sólo pueden manifestarse después de transcurrido un cierto período- sólo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo. Para justificar una prohibición de las importaciones en el marco del apartado b) del artículo XX, es necesario que el Grupo Especial esté convencido de que esa prohibición hace una contribución importante al logro de su objetivo. Naturalmente, esa demostración puede hacerse recurriendo a pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente, que establezcan que la prohibición de las importaciones en litigio contribuye de manera importante a la protección de los objetivos ambientales o de salud pública perseguidos. No obstante, no es éste el único tipo de demostración que puede establecer esa contribución. En consecuencia, un grupo especial puede llegar a la conclusión de

[37] Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* (*Corea – Carne vacuna*), WT/DS161/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas* (*Estados Unidos – Juegos de azar*), WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005; Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos (República Dominicana –Importación y venta de cigarrillos)*, WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005; e Informe del Órgano de Apelación, *Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Brasil – Neumáticos recauchutados)*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007.

[38] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 179.

[39] *Ibid*, párrafo 151.

[40] *Ibid*, párrafo 150.

[41] *Ibid*, párrafo 154.

> que una prohibición de las importaciones es necesaria sobre la base de la demostración de que la prohibición de las importaciones en litigio es adecuada para hacer una contribución importante al logro de su objetivo. Esa demostración puede consistir en proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes.[42]

En *China – Materias primas*, el Grupo Especial tuvo que enfrentar argumentos de China basados en esta decisión del Órgano de Apelación.[43] China argumentó que está decisión del Órgano de Apelación sugiere que, a efectos del artículo XX(b), la "contribución" de las restricciones comerciales debe evaluarse tanto actualmente como en el futuro.[44] Los reclamantes alegaron que el verdadero objetivo de China para mantener las restricciones a la exportación no es reducir la contaminación causada por la extracción de productos EPR, sino asegurarse de que los usuarios nacionales tengan acceso preferencial a las materias primas en detrimento de sus contrapartes extranjeras.[45]

El Grupo Especial consideró que, en las ramas de producción donde los vínculos verticales son importantes, el criterio para determinar la contribución importante al objetivo declarado debe integrar las políticas que pueden contrarrestar el supuesto efecto de la política en vigor. La combinación de dos o más políticas podría anular el efecto de cada una en la contaminación, contribuyendo únicamente al logro de otros objetivos (como el desarrollo del sector de transformación). Las restricciones a la exportación de minerales de manganeso (utilizados como insumo en la producción primaria de manganeso metal) reducían el precio interior de los minerales en China y constituía un incentivo para producir metales. Por consiguiente, las restricciones a la exportación de minerales podrían contrarrestar los efectos de reducción de la producción de las restricciones a la exportación de metales y, en consecuencia, sus presuntos efectos positivos sobre el medio ambiente. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que las restricciones a la exportación de productos *actualmente* no contribuían de manera importante al objetivo perseguido.[46]

China argumentó que sus medidas eran adecuadas como contribución importante al objetivo declarado en el futuro. A medio plazo, el "efecto de selección" obligaría a los productores a esforzarse para ser más eficientes en función de los costos. Este argumento no convenció al Grupo Especial. China también argumentó que las restricciones a la exportación eran adecuadas como contribución importante a largo plazo, porque "ayudarán a China, como país en desarrollo, a alcanzar sus objetivos ambientales a largo plazo facilitando el crecimiento económico de China, lo cual, a su vez, contribuye mucho a la protección del medio ambiente".[47] Este segundo argumento estaba basado en las pruebas empíricas de la denominada "curva ambiental de Kuznets", una correlación empírica entre los ingresos per cápita y la degradación del medio ambiente.[48] El Grupo Especial concluyó que, aunque el crecimiento hace estadísticamente más probable la protección del medio ambiente, esto no demuestra que las restricciones a la exportación sean necesarias para conseguir beneficios ambientales.[49]

---

[42] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.
[43] Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafo 7.470-7.471.
[44] *Ibid*, párrafo 7.518.
[45] *Ibid*, párrafo 7.522.
[46] *Ibid*, párrafos 7.536-7.538.
[47] *Ibid*, párrafos 7.540-7.541.
[48] *Ibid*, párrafo 7.551.
[49] *Ibid*, párrafo 7.553.

En lo que respecta al impacto comercial de las medidas en cuestión, si una estrategia regulatoria comprensiva es relevante para la medida en que haya una contribución, entonces se debería examinar en evaluar el impacto de las medidas comerciales restrictivas. En este caso, el impacto acumulativo de una serie de medidas ambientales puede en su conjunto tener efectos más restrictivos que una medida considerada en aislamiento.

La misma cuestión surge en relación con el asunto sobre si las medidas alternativas alcanzarían los mismos objetivos que la medida en cuestión. Si la medida en cuestión es parte de una estrategia regulatoria comprensiva y el efecto de la medida no puede ser relevada en un futuro cercano, esto sería un punto difícil de argumentar. El Miembro defendiendo la medida puede sugerir por qué las medidas alternativas no pueden alcanzar el mismo objetivo que la medida en cuestión, pero no está bajo ninguna obligación para establecer esto, en primera estancia, para probar que la medida es “necesaria”. Si el demandante propone una medida alternativa más consistente con la OMC que, desde su punto de vista, el demandado debió tomar, este mismo deberá demostrar por qué su medida cuestionada sigue siendo “necesaria” a la luz de una alternativa o, en otras palabras, por qué la alternativa propuesta no es, de hecho, “razonablemente disponible”. Si el demandado demuestra que la alternativa no es “razonablemente disponible”, a la luz de los intereses o valores que se buscan y el nivel de protección deseado, por consiguiente la medida debe ser “necesaria”. [50] ¿Deberían considerarse las alternativas a la luz de las normas internacionales relevantes, como en los acuerdos multilaterales ambientales? Deberían las medidas alternativas ser medidas que el demandado pueda él solo implementar, en lugar de las medidas que están fuera de su control o que requieren consultas o negociaciones con otros países?[51] ¿Qué tipo de evidencia científica se requerirá?[52]

El objetivo de la cláusula introductoria es prevenir el abuso de las excepciones en el artículo XX. La cláusula introductoria expresa el reconocimiento por parte de los miembros de la OMC de la necesidad de mantener un balance entre el derecho de un Miembro a solicitar una excepción por un lado, y los derechos substantivos de otro Miembro por otro lado. [53]

La cláusula introductoria del artículo XX requiere que una medida que se ha justificado provisionalmente bajo uno de los párrafos del artículo XX no se aplique de la manera que constituya: (1) discriminación arbitraria entre países donde prevalecen la mismas condiciones; (2) discriminación injustificable entre países donde prevalecen las mismas condiciones; ó (3) una restricción encubierta al comercio internacional. El demandado tiene la carga de la prueba para mostrar que la aplicación de la medida cumple con los requisitos de la cláusula introductoria. Para que la medida pase el examen de la cláusula introductoria, el demandado debe probar que los tres requerimientos se cumplen. Para que la medida repruebe el examen de la cláusula introductoria, el demandante solo necesita mostrar que alguno de los tres requerimientos no se cumple.

---

[50] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafos 310-311.

[51] *Ibid*, párrafo 316-318.

[52] El Órgano de Apelación ha declarado lo siguiente al respecto: ‘al justificar una medida bajo el artículo XX(b) del GATT de 1994,un Miembro también puede contar, en la buena voluntad, en medios científicos que en ese momento, puede representar una opinión divergente, pero calificada y respetada.’ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 178, citando el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)* (*CE – Hormonas*), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 194.

[53] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

Existen tres elementos en el análisis de la cláusula introductoria sobre si la medida se aplica de una manera que constituye "discriminación arbitraria o injustificable entre países donde prevalecen las mismas condiciones": (1) la aplicación de la medida resulta en discriminación; (2) la discriminación es arbitraria o injustificable; y (3) la discriminación ocurre entre países donde prevalecen las mismas condiciones (entre países exportadores diferentes o entre países exportadores y países importadores). La cláusula introductoria también se refiere a las restricciones encubiertas al comercio internacional. La jurisprudencia tiende a concluir que la evidencia que apoya una constatación de discriminación arbitraria o injustificable también apoya una constatación de la existencia de restricciones encubiertas al comercio internacional.[54]

En *Estados Unidos – Gasolina* y *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación identificó dos criterios principales para determinar si la discriminación era arbitraria o injustificable: (1) un esfuerzo serio de negociar para lograr el objetivo de la política de la medida en cuestión; y (2) la flexibilidad de la medida (por ejemplo, tomando en cuenta la situación que prevalece en otro países). Con respecto al segundo criterio, en *Estados Unidos – Camarones (art. 21.5)*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que condicionar el acceso al mercado sobre la adopción de un programa *comparable en efectividad*, permite la suficiente flexibilidad en la aplicación de la medida para evitar la discriminación arbitraria o injustificable.[55]

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación notó que las regulaciones estadounidenses eran arbitrarias e injustificables porque Estados Unidos: (1) requería que los Miembros de la OMC adoptasen "esencialmente la misma política" como la aplicada en los Estados Unidos sin tomar en cuenta otras políticas y medidas que un país hubiera adoptado que pudieran tener un efecto comparable sobre la conservación de la tortuga marina; (2) aplicó el mismo matiz sin tomar en consideración si esto sería apropiado para las condiciones que prevalecen en otros países; (3) no entabló unas negociaciones serias, y a todos los niveles, con el objetivo de concluir acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, antes de imponer la prohibición a la importación; y (4) no proveyó el debido proceso en la negación de la certificación comparado a los que se les otorgó la certificación.[56] Sin embargo, la cláusula introductoria no requiere que un Miembro tenga éxito en sus esfuerzos por negociar una solución multilateral a un problema ambiental transnacional.[57]

En *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Órgano de Apelación sostuvo que existe una discriminación arbitraria o injustificable cuando una medida provisional justificable bajo el párrafo del artículo XX se aplica de forma discriminatoria entre países donde prevalecen las mismas condiciones, y cuando las razones dadas para esta discriminación no tienen ninguna conexión racional en el objetivo dentro del ámbito del párrafo del artículo XX, o van en contra de ese objetivo.[58] El requisito de que las razones para la discriminación se relacionen con el objetivo de un párrafo en particular del artículo XX podría explicar la divergencia en la jurisprudencia de la OMC sobre si la cláusula introductoria requiere negociar antes de

[54] Ver Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, 23, Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.319e Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 239.

[55] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Art. 21.5)*, párrafo 144.

[56] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 163-166, 181.

[57] Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Camarones (Art. 21.5).

[58] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil –Neumáticos recauchutados*, párrafo 227.

emplear restricciones comerciales dirigidas a cuestiones ambientales. En dos casos de la OMC bajo el párrafo g, el Órgano de Apelación sostuvo que no negociar llevaría a un incumplimiento con los requerimientos no discriminatorios de la cláusula introductoria.[59] En *Estados Unidos – Camarones*, no estaba claro si la obligación a negociar se basó en los documentos multilaterales ambientales que expresaban una preferencia por soluciones multilaterales a problemas ambientales transfronterizos o globales o si esto se basó en el hecho de que los Estados Unidos habían negociado con los países asiáticos y no habían negociado con los países americanos. En los casos del párrafo b, el Órgano de Apelación no ha encontrado ninguna obligación para negociar de forma que cumpla con requerimientos no discriminatorios de la cláusula introductoria.[60]

La divergencia en la jurisprudencia puede ser explicada al argumentar que los párrafos b y g se aplican a diferentes temas.[61] Esto puede explicar por qué en algunos casos el evitar la discriminación arbitraria o injustificable requiere un esfuerzo para negociar. La regla de interpretación efectiva de tratados requiere que los términos de un tratado se interpreten de manera que evite la redundancia. Esto sugiere que los párrafos b y g deben aplicarse a temas diferentes. Sin embargo, el párrafo g se ha aplicado a medidas dirigidas a la conservación de animales (tortugas migratorias,[62] salmón,[63] arenque,[64] atún[65] y delfines[66]) y el párrafo b también se ha aplicado a una medida dirigida a la protección de animales (changos en Brasil[67]). La única diferencia obvia en estos animales es que los considerados bajo el párrafo g son migratorios, y por lo tanto una cuestión ambiental transfronteriza, mientras que los changos considerados en el párrafo b no son migratorios, y así es una cuestión ambiental nacional. Además, de las especies migratorias, una medida de aire limpio ha sido considerado bajo el párrafo g. Mientras que la cuestión del aire limpio era de los Estados Unidos, y por lo mismo nacional, el aire limpio es una cuestión ambiental transfronteriza. La contaminación del aire no respeta los límites nacionales.[68] Por lo tanto, la jurisprudencia apoya la opinión de que una diferencia entre los dos párrafos puede ser que el b esté dirigido a cuestiones nacionales y el g a cuestiones transfronterizas. Un análisis bajo los artículos 31, 32, y 33 de la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados apoya esta interpretación.

La objeción obvia a la noción que el párrafo (g) se dirige sólo a cuestiones transfronterizas es que éste parece excluir recursos naturales agotables que están contenidos dentro de las fronteras de un país, tal como los recursos minerales. La respuesta a esta

---

[59] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina* e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Camarones*.

[60] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto* e Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar* (considerando una disposición comparable en el artículo XIV del AGCS).

[61] Ver Condon, Bradly, "GATT Article XX and Proximity of Interest: Determining the Subject Matter of Paragraphs b and g", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 9:2, 2004, pp. 137-162.

[62] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Camarones (Art. 21.5)*.

[63] Informe del Panel del GATT, *Canadá – Arenque y salmón*.

[64] *Ibid*.

[65] Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (Canadá).*

[66] Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (México)).*

[67] Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.89-7.92.

[68] Los ejemplos incluyen incendios forestales de México causando la contaminación del aire en los Estados Unidos y la contaminación del aire causando la lluvia ácida en Canadá.

objeción no es obvia. Una posibilidad es considerar que los recursos minerales son recursos globales limitados, incluso cuando están contenidos dentro de las fronteras de un país.[69] Otra posibilidad es considerar los recursos nacionales bajo otras excepciones, tal como: el artículo XI:2 del GATT (a) (para restricciones temporales aplicadas para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para el Miembro exportador); el artículo XX (i) del GATT (para restricciones a la exportaciones de materiales nacionales necesarios para asegurar las cantidades esenciales de estos materiales a una industria nacional de procesamiento); el artículo XX (j) del GATT (para medidas esenciales de la adquisición o distribución de productos en general o una pequeña oferta local); o el artículo XXI del GATT (para medidas necesarias para la protección de los intereses de seguridad esenciales de un Miembro).[70]

El informe del Grupo Especial en *China – Materias primas* interpretó el artículo XI:2(a) a la luz del artículo XX(g). Según el Grupo Especial, estas disposiciones deben interpretarse armoniosamente para no hacer una interpretación que permitiría a los Miembros recurrir indistintamente al artículo XI:2(a) o al artículo XX(g) para tratar el problema de un recurso natural agotable. Observó que el artículo XX(g), en virtud de la parte introductoria del artículo XX, incorpora protecciones adicionales para velar porque la aplicación de una medida no dé lugar a una discriminación arbitraria o injustificable o represente una restricción encubierta al comercio internacional. El artículo XI:2(a) no impone limitaciones similares. La falta de esas salvaguardias en el artículo XI:2(a) respaldó su opinión de que una restricción o prohibición aplicada al amparo de éste tiene que ser de duración limitada, y no indefinida.[71] Además, consideró que el artículo XI:2(a) sólo permite aplicar restricciones o prohibiciones por un tiempo limitado para hacer frente a una "escasez aguda" de "productos esenciales".[72] Esta interpretación indica que el artículo XI:2(a) no puede servir como sustituto al artículo XX(g) para los recursos naturales nacionales.

Los diferentes límites en los párrafos b y g también sugieren que estos se apliquen de diferentes maneras. La jurisprudencia de la OMC indica que el término “necesario” impone un límite más alto que el término “relativo a”. Al mismo tiempo, la jurisprudencia de la OMC ha indicado que no hay un interés o valor más importante que la salud y vida humana.[73] Sería un resultado anormal imponer límites más altos para las medidas que estén enfocadas a preservar la salud y vida humana que las que conservan recursos naturales agotables.[74] Una solución a esta interrogante es que la jurisprudencia de la OMC debe evolucionar a un punto en el que los límites converjan.[75] Si uno considera que el evitar la discriminación arbitraria o injustificable requiere que los Miembros de la OMC busquen soluciones multilaterales para la conservación de recursos transfronterizos, mientras que estos requerimientos no existen para medidas que están dirigidas a la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, el análisis de la

[69] Agradezco a David Morgan por esta idea.

[70] Agradezco de nuevo a David Morgan por ayudarme en este punto.

[71] Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafos 7.257-7.258.

[72] *Ibid*, párrafo 7.260.

[73] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 172.

[74] Otra posible razón para un límite más estricto en el párrafo b es que la causa de proteger la vida humana, animal o vegetal o la salud puede ser violada más fácil por los Miembros porque es más subjetiva que la conservación de recursos naturales, que pueden estar determinados más objetivamente.

[75] Agradezco al Profesor Matsushita por esta idea.

cláusula introductoria eliminaría cualquier diferencia en los límites de los párrafos b y g. En otras palabras, el término "relativas a", en combinación con una negociación requerida, pondría un límite más alto que el término "necesario" sin una negociación requerida.[76] También es inapropiado requerir cooperación internacional o negociaciones para tratar cuestiones de salud pública, dado que cada Miembro de la OMC tiene el derecho de determinar su nivel apropiado de protección de la salud[77] y esta cuestión está dentro de la jurisdicción de cada Miembro.[78]

Otros párrafos que utilizan el término "necesario" son consistentes con la idea que este límite aplica a asuntos nacionales. El artículo XX(a) del GATT aplica este término a "moral pública" y el artículo XIV(a) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) a "moral pública" y "orden público". Dada que los parámetros para la moral pública varían de un país a otro (e incluso entre comunidades dentro del mismo país), es razonable concluir que estos párrafos aplican a cuestiones nacionales. Asimismo, el orden público es una cuestión nacional. El artículo XX(d) y el artículo XIV(c) del AGCS aplican el término "necesarias" a medidas para asegurar el cumplimiento con las leyes o regulaciones. El Órgano de Apelación sostuvo que el término "leyes o regulaciones" en el artículo XX(d) del GATT se refiere a leyes o regulaciones nacionales.[79] El artículo XIV(b) del AGCS aplica al mismo asunto que el artículo XX(b) del GATT.

Si el artículo XX(b) no aplica a asuntos ambientales transnacionales o globales, las medidas dirigidas a tratar estos asunto no se encuentran dentro del rango de políticas cubiertas por el artículo XX(b), a menos que se pudiera demostrar que las medidas también estén dirigidas a asuntos ambientales nacionales o de salud. Es posible que se aplique más de un párrafo en el artículo XX a diferentes aspectos de la misma medida.[80] Por lo tanto, algunas medidas ambientales pueden caracterizarse por estar dirigidas a cuestiones transnacionales y nacionales, permitiendo que se apliquen los dos párrafos. Esta cuestión de si la medida está dirigida a problemas nacionales o transnacionales es una pregunta de hecho. El alcance de los párrafos b y g es una pregunta de derecho.

Ahora que hemos analizado las interpretaciones judiciales del término "productos similares" y del artículo XX del GATT, analizaremos cómo esta jurisprudencia ha influido en la interpretación de disposiciones parecidas en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF y cómo podría influir en la interpretación del Acuerdo SMC.

---

[76] En el contexto del artículo XIV (a) del AGCS, el Órgano de Apelación estuvo en desacuerdo con el Grupos Especial sobre su conclusión de que el término 'necesario' implique un requerimiento de negociación. Ver el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Juegos de azar*, párrafos 308, 317 y 321. No obstante, las circunstancias en las que puede haber un requerimiento de negociación en el artículo XX del GATT o el artículo XIV del AGCS no ha sido resuelto en la jurisprudencia de la OMC.

[77] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 167-168.

[78] En efecto, limitando el objeto del párrafo (b) a preocupaciones nacionales resuelve la pregunta sobre si la limitación jurisdiccional es implícita en los párrafos (b) y (g).

[79] Informe del Órgano de Apelación, *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas (México – Impuestos sobre los refrescos)*, WT/DS308/AB/R, adoptado el 24 de marzo de 2006, párrafo 69.

[80] En el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen párrafo la importación, venta y distribución de bananos* (*CE – Banano III*), WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 221, el Órgano de Apelación dictó que el GATT y el AGCS pueden aplicar diferentes aspectos a la misma medida.

IV. Obstáculos Técnicos al Comercio

El Acuerdo OTC entra en juego con respecto a algunas medidas ambientales. Cuando un Miembro alega que la medida viola tanto el Acuerdo OTC y el GATT de 1994, las alegaciones bajo aquél se examinan primero.[81] El preámbulo del Acuerdo OTC estipula que se pretende "promover la realización de los objetivos del GATT de 1994". Mientras que el Órgano de Apelación ha indicado que el Acuerdo OTC "lo hace a través de un régimen especializado que aplica solamente a una clase limitada de medidas",[82] la jurisprudencia también indica que los dos acuerdos aplican acumulativamente.[83] Marceau y Trachtman argumentan que la conformidad con los requerimientos más rigurosos del Acuerdo OTC deben crear una presunción de conformidad con el GATT. En particular, una regulación técnica que cumple con los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo OTC podría ser compatible con los artículos I, III y XX del GATT. Sin embargo, una medida puede ser justificable bajo el artículo XX del GATT y no cumplir con los requisitos del Acuerdo OTC.[84]

La determinación de si una medida es un "reglamento técnico" es una cuestión preliminar para que sea aplicable el Acuerdo OTC.[85] El término "reglamento técnico" se define en el Anexo 1.1 del Acuerdo OTC como un documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

Según el Órgano de Apelación, un documento debe cumplir tres criterios para quedar comprendido en la definición de "reglamento técnico". Primero, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable. No obstante, el producto o grupo de productos identificable no tiene que estar expresamente identificado en el documento. Segundo, el documento debe establecer una o más características del producto. Estas características del producto pueden ser intrínsecas o pueden estar relacionadas con él. Las características se pueden prescribir o imponer de forma afirmativa o negativa. Tercero, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria.[86]

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, la mayoría del Grupo Especial concluyó que una etiqueta basada en los PMP, que no afectan al producto como tal, era un reglamento técnico. Sin embargo, en este asunto el Grupo Especial estuvo dividido sobre la cuestión de si la etiqueta *dolphin safe* era obligatoria y, por lo tanto un reglamento técnico. Un panelista llegó a la conclusión de que no era obligatoria, porque el uso del etiquetado no era obligatorio para vender el producto en los Estados Unidos. Por lo tanto, no estuvo de acuerdo que las medidas en litigio exigían la observancia obligatoria de las características

---

[81] Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas* (*CE – Sardinas*), WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002.

[82] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 80.

[83] Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas* (*CE – Sardinas*), WT/DS231/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafos 7.15-7.16; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 313; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 204.

[84] Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 873-874.

[85] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 59. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 175.

[86] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 176. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 66-70.

de un producto o los procesos y métodos de producción prescritos.[87] La mayoría del Grupo Especial concluyó que la observancia era obligatoria para poder usar el etiquetado y, por tanto, se cumplió el tercer criterio.[88] La mayoría consideró que este caso era similar a la situación en el asunto *CE – Sardinas*. En aquel asunto, un reglamento de las Comunidades Europeas (CE) sobre las "conservas de sardinas" establecía que las conservas contuvieran únicamente sardinas de una especie indicada (*Sardina pilchardus*), con exclusión de las demás especies (entre ellas, *Sardinops sagax*). Era jurídicamente posible vender *Sardinops sagax* en el mercado de las CE, siempre que no se vendieran bajo la denominación "conservas de sardinas". El Órgano de Apelación concluyó que la observancia del reglamento era "obligatoria" y que dicho reglamento era un "reglamento técnico".[89] La mayoría también cito el informe del Grupo Especial en *CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, donde había que cumplir con cierto requisito para usar una denominación y el Grupo Especial concluyó que era un requisito obligatorio. El Grupo Especial concluyó que estas resoluciones indican "que el mero hecho de que sea jurídicamente admisible que se ofrezca el producto en el mercado sin utilizar la denominación reglamentada por las medidas en litigio no impone la conclusión de que esas medidas no son "obligatorias" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1, cuando las medidas efectivamente reglamentan de forma vinculante la utilización de la denominación".[90]

En virtud del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. Si la categorización de los productos está, de hecho, basada en su origen, esto debería ser suficiente para probar que los productos son similares, de conformidad con la jurisprudencia de la OMC bajo los artículos I:1, III:2 y III:4 del GATT.[91]

Como se mencionó arriba, en el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial señaló que el término "productos similares" no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 "es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos", era pertinente para interpretar el artículo 2.1.[92] Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se

[87] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.146-7.188.

[88] *Ibid*, párrafos 7.131-7.145.

[89] *Ibid*, párrafos 7.134-7.135.

[90] *Ibid*, párrafos 7.136-7.137.

[91] **III:2**: Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados* (*Argentina – Pieles y cueros*), WT/DS155/R, adoptado el 16 de febrero de 2001, párr. 11.168-11.170; Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, arriba n 31, párr. 14.113; Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan al sector del automóvil* (*India – Automóviles*), adoptado el 5 de abril de 2002, párr. 7.174; **III:4**: Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* (*Corea – Carne Vacuna*), WT/DS161/R, WT/DS169/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párr. 627; **I:1**: Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas* (*Estados Unidos – Determinados productos procedentes de las CE*), WT/DS165/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párr. 6.54.

[92] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.223-7.224.

aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT.[93] Los productos que se había de comparar eran los productos de atún estadounidenses y los productos de atún mexicanos, así como los productos de atún originarios de cualquier otro país.[94] El Grupo Especial concluyó que: (1) las propiedades físicas son idénticas;[95] (2) tienen los mismos usos finales;[96] (3) los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos;[97] y (4) la clasificación arancelaria es idéntica.[98] Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares. También se mencionó arriba que el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* hizo un análisis parecido bajo estos criterios, pero considerando el impacto sobre la salud como más importante que la relación de competencia.[99]

En virtud del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos. Estas listas de objetivos legítimos y elementos pertinentes para evaluar los riesgos no son exhaustivas.

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial determinó que la segunda frase del artículo 2.2 del Acuerdo OTC establece dos requisitos que deben cumplir los reglamentos técnicos para no constituir obstáculos innecesarios al comercio internacional: (1) deben tratar de alcanzar un objetivo legítimo; y (2) no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.[100] El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* también concluyó que la primera frase del artículo 2.2 no crea una obligación aparte y distinta de la que figura en la segunda.[101]

El Grupo Especial examinó la descripción de los objetivos de los Estados Unidos y de México, además de examinar la estructura y diseño de la medida.[102] Concluyó que la medida tenía dos objetivos: (1) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que

[93] *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.
[94] *Ibid*, párrafo 7.233.
[95] *Ibid*, párrafo 7.243.
[96] *Ibid*, párrafo 7.244.
[97] *Ibid*, párrafo 7.250.
[98] *Ibid*, párrafo 7.245.
[99] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*.
[100] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.387.
[101] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.330.
[102] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.406.

cause efectos perjudiciales a los delfines; y (2) proteger a los delfines.[103] El artículo 2.2 del Acuerdo OTC proporciona una lista no exhaustiva de los objetivos legítimos de conformidad con esta disposición. Esta lista abarca la "prevención de prácticas que puedan inducir a error" y la "protección de...la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente". El Grupo Especial concluyó que los objetivos del etiquetado *dolphin safe* estaban incluidos en el ámbito de esas dos categorías de objetivos legítimos.[104]

El Grupo Especial señaló que, contrariamente a lo que ocurre en el caso del artículo XX del GATT o el artículo XIV del AGCS, en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC el aspecto de la medida que ha de justificarse como "necesario" es su grado de restricción del comercio y no la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo. Por lo tanto, el término "necesario" de la segunda frase del artículo 2.2 significa que la restricción del comercio debe ser "requerida" para alcanzar el objetivo. Observó que esta cuestión es distinta de la del nivel de protección que el miembro trata de lograr en relación con su objetivo. El preámbulo del Acuerdo OTC deja claro que un Miembro tiene derecho a adoptar medidas "a los niveles que considere apropiados" para alcanzar un objetivo legítimo. Entonces, la evaluación de si cualquier grado de restricción del comercio resultante de las medidas en litigio es "necesario" debe entenderse como una indagación de si ese grado de restricción del comercio es requerido para alcanzar los objetivos legítimos que persigue el Miembro al nivel de protección que ha elegido.[105] Por lo tanto, para determinar si una medida restringe el comercio más de lo necesario en el sentido del artículo 2.2, se debe evaluar la manera en que las medidas en litigio alcanzan sus objetivos y el grado en que lo hacen, teniendo en cuenta el nivel de protección elegido por el Miembro, y comparar esto con una posible medida alternativa que entrañe una menor restricción del comercio y que lograría los objetivos que se trata de alcanzar con el reglamento técnico al nivel de protección elegido por el Miembro. Entonces, una medida restringiría el comercio más de lo necesario si estuviera razonablemente disponible una medida alternativa menos restrictiva del comercio que permitiera alcanzar al mismo nivel el objetivo de la medida impugnada.[106]

Además, el artículo 2.2 obliga al Grupo Especial tener en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros, la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa y los usos finales a que se destinen los productos. El Grupo Especial interpretó que este elemento del artículo 2.2 prescribe que considere tanto la probabilidad como la gravedad de los posibles riesgos (y cualesquiera consecuencias perjudiciales conexas) que podrían surgir en caso de que no se alcanzara el objetivo legítimo que se persigue. Por lo tanto, un medio alternativo de alcanzar el objetivo que entrañara mayores "riesgos de no alcanzarlo" no sería una alternativa válida, incluso si restringiera menos el comercio.[107]

El artículo 2.2 del Acuerdo OTC prevé una obligación positiva, no una excepción.[108] Por lo tanto, el reclamante (México), tenía la carga de demostrar que las medidas restringen el comercio más de lo necesario, incluyendo la identificación de una alternativa razonablemente disponible que pueda lograr el objetivo perseguido por la medida

[103] *Ibid*, párrafos 7.409-7.418.
[104] *Ibid*, párrafo 7.437.
[105] *Ibid*, párrafo 7.460.
[106] *Ibid*, párrafo 7.465.
[107] *Ibid*, párrafos 7.466-7.467.
[108] *Ibid*, párrafo 7.458.

impugnada al mismo nivel que la medida impugnada, habida cuenta de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.[109] Dado que la medida de los Estados Unidos perseguía dos objetivos, el Grupo Especial analizó las alternativas para cada objetivo.

El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* concluyó que el análisis de necesidad en el artículo 2.2 no debe ser radicalmente distinto al análisis de la necesidad en el artículo XX(b) del GATT.[110] Dividió su análisis en tres partes: (1) si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos; (2) si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes; y (3) si existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que representen una contribución equivalente al logro del objetivo que se persigue, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos.[111]

En virtud del artículo 2.5, siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el artículo 2.2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio. En *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación se rehusó a leer en el artículo 3.2 del Acuerdo MSF una presunción opuesta que el no cumplir con normas internacionales lleva a una inferencia de no cumplimiento, así que las desviaciones de las normas internacionales no está prohibida.[112] Un acuerdo multilateral ambiental puede calificar como una norma internacional si la membresía está abierta a todos los miembros de la OMC. A diferencia del Acuerdo MSF, en el que le los organismos internacionales de normas se han identificado de manera clara y exhaustible,[113] las organizaciones o cuerpos que pueden desarrollar normas dentro de la definición del Anexo 1 del Acuerdo OTC no están identificadas. Sobre esta base, se puede argumentar que un acuerdo ambiental con una membresía cuasi universal puede desarrollar estándares internacionales que pueden estar dentro del alcance del Acuerdo OTC.[114]

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial concluyó que la norma del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) constituye una norma internacional pertinente[115]. El Acuerdo OTC no define el término "norma internacional". De acuerdo con el Anexo 1, como no hay una definición concreta de ese término, debe entenderse que la expresión "norma internacional" tiene en el Acuerdo OTC el mismo significado que en la Guía 2 de la ISO/CEI, que la define como una "[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización y puesta a disposición del público". Por lo tanto, el Grupo Especial constató que una "norma internacional" está integrada por tres elementos: (1) una norma; (2) adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización;

---

[109] *Ibid*, párrafo 7.468.

[110] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.358-7.361.

[111] *Ibid*, párrafos 7.370-7.432.

[112] Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 811–881, 842.

[113] CODEX, OIE, IPPC – ver Acuerdo MSF, Anexo A.

[114] Sobre esta cuestión, véase, *TBT Committee Decision on Principles for the development of international standards, guides and recommendations with relation to Article 2, 5 and Annex 3 of the Agreement*. Dicho documento puede ser informativo aunque su naturaleza es una Decisión del Comité OTC de la OMC (sección B del Anexo a la Parte I).

[115] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.663-7.707.

y (3) puesta a disposición del público.[116] También concluyó que el término "norma" utilizado en la definición de "norma internacional" en la Guía 2 de la ISO/CEI debe interpretarse como se define en la propia Guía de la ISO/CEI: un "documento establecido por consenso y aprobado por una institución reconocida que prevea, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para las actividades o sus resultados, destinadas a lograr el grado óptimo de orden en un determinado contexto".[117] Concluyó que la definición de *dolphin safe* en la Resolución del APICD sobre el seguimiento y verificación del atún a que se hace referencia en la Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin Safe* prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características en relación con la pesca de atún y los productos de atún. Por ende, constituye una "norma" a los fines del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.[118] Hay un fuerte vínculo institucional entre el APICD y la Comisión Internacional de Atún Tropical (CIAT), porque todos los Estados partes en el APICD son miembros de la CIAT (con excepción de Honduras). De preferencia, hacen las reuniones anuales de ambos juntos. Por tanto, el Grupo Especial concluyó que las partes en el APICD, cuando actúan dentro del marco institucional de la CIAT, constituyen una "organización" a los fines de la aplicación del artículo 2.4 del Acuerdo OTC. [119] También concluyó que el APICD tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización" y por consiguiente constituye un "organismo con actividades de normalización".[120] La participación en el APICD está abierta, sobre una base no discriminatoria, a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros de la OMC, de acuerdo con el principio de apertura descrito en la Decisión del Comité OTC. Por lo tanto, puede considerarse una "organización internacional con actividades de normalización" según la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI.[121] Finalmente, la definición y la certificación *APICD dolphin safe* se ponen a disposición del público.[122] Además, la definición y la certificación de atún APICD *dolphin safe* son "pertinentes" para la medida estadounidense.[123]

En virtud del artículo 2.4 del Acuerdo OTC, cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

El artículo 2.4 se aplica a los reglamentos técnicos que existían antes del 1 enero de 1995, además de la elaboración y adopción de los reglamentos técnicos después de esa fecha.[124] Con arreglo al artículo 2.4 del Acuerdo OTC, los Miembros pueden apartarse de una norma internacional pertinente en caso de que sea "un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos" por ese Miembro por medio del reglamento técnico. No existe una relación "regla general-excepción" entre la primera y la

[116] *Ibid*, párrafos 7.663-7.664.
[117] *Ibid*, párrafos 7.670-7.672.
[118] *Ibid*, párrafo 7.677.
[119] *Ibid*, párrafo 7.684.
[120] *Ibid*, párrafo 7.687.
[121] *Ibid*, párrafos 7.691-7.692.
[122] *Ibid*, párrafo 7.695.
[123] *Ibid*, párrafo 7.702.
[124] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafos 205-208 y 215.

segunda parte del artículo 2.4. Por lo tanto recae en el Miembro reclamante que solicita una resolución sobre la incompatibilidad de un reglamento técnico con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC la carga de probar su alegación. Esa carga comprende la necesidad de acreditar que una norma internacional pertinente no se ha utilizado "como base del reglamento técnico, así como acreditar que la norma internacional pertinente es un medio eficaz y apropiado para alcanzar los "objetivos legítimos" que persigue el reglamento técnico".[125] No se requiere consenso para que una norma adoptada por la comunidad internacional de normalización sea una "norma internacional pertinente".[126]

Como se notó arriba, en el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial concluyó que la norma del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) constituye una norma internacional pertinente[127]. Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que esa norma no era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos. El APICD sólo informaría a los interesados de que la expresión "*dolphin safe*" en su contexto se refiere a atún capturado en asociación con delfines, en lances en los que no hay mortalidad ni heridas graves de esos animales. En la medida en que esto no permitiría que los consumidores fueran informados del hecho de que hubo persecución de delfines en el contexto de la captura del atún en cuestión ni de la existencia de posibles consecuencias no observadas de esos lances, la etiqueta APICD no abordaría algunos de los efectos perjudiciales para los delfines que los Estados Unidos habían identificado como parte de sus objetivos. Por lo tanto, la norma del APICD, aplicada por sí sola, no sería un medio eficaz ni apropiado para lograr el objetivo de los Estados Unidos de garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.[128] Además, la etiqueta APICD, aisladamente, no aborda los efectos perjudiciales no observados derivados de la caza y el cercamiento reiterados de delfines y del lance reiterado de redes de cerco sobre ellos. En la medida en que la norma del APICD se ocupa de los lances sobre delfines y no de otras técnicas de pesca que también pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, tampoco sería un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos en ese ámbito.[129] Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que México no había demostrado que la norma *dolphin safe* del APICD sea un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país.[130]

Es poco probable que el artículo XX del GATT pueda justificar directamente una violación del Acuerdo OTC. El texto del Acuerdo OTC ya incorpora lenguaje del párrafo b y de la cláusula introductoria del artículo XX. El sexto párrafo del preámbulo del acuerdo OTC usa los mismos términos que el artículo XX de la cláusula introductoria y párrafo XX(b). El lenguaje de la cláusula introductoria puede ser usado como contexto para interpretar la obligación en su primer frase del artículo 2.2 en que las regulaciones técnicas no se "apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional". El preámbulo del Acuerdo OTC no contiene un lenguaje comparable a los términos usados en el artículo XX(g) del GATT. La

[125] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafos 274-275.
[126] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafos 222-223.
[127] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.663-7.707.
[128] *Ibid*, párrafos 7.729-7.731.
[129] *Ibid*, párrafos 7.738-7.739.
[130] *Ibid*, párrafo 7.740.

incorporación de un lenguaje específico en el Acuerdo OTC, en lugar de incorporar disposiciones específicas del artículo XX del GATT, sugiere que este último no aplica al primero.

Sin embargo, la jurisprudencia sobre el artículo III del GATT fue pertinente para interpretar el término "productos similares" en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC y la jurisprudencia sobre el artículo XX(b) del GATT fue pertinente para interpretar el término "necesario" en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC. Esta jurisprudencia sobre el Acuerdo OTC también podría ser pertinente para la interpretación del GATT. Aquí hay otro buen ejemplo de la "polinización cruzada" en la interpretación judicial de los acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

V. Medidas sanitarias y fitosanitarias

Muchas medidas sanitarias y fitosanitarias tienen como fin la protección del medio ambiente. El primer párrafo del preámbulo del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (Acuerdo MSF) reafirma que no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional. Este lenguaje refleja el lenguaje del párrafo (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT y establece el objetivo fundamental del Acuerdo MSF. En virtud del artículo 1.1, el Acuerdo MSF es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional, con inclusión de las medidas ya existentes antes del 1 de enero de 1995.[131] El Anexo A del Acuerdo MSF define el término "medida sanitaria o fitosanitaria". Es importante notar que esta definición se limita a las MSF para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales *en el territorio del Miembro*. Por lo tanto, excluye las medidas que tengan como propósito proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales *fuera del territorio del Miembro*. No obstante, las MSF pueden comprender procesos y métodos de producción y el transporte fuera del territorio del Miembro mientras el fin es la protección dentro de su territorio. De esta manera, el Acuerdo MSF resuelve una cuestión no resuelta en el artículo XX(b) del GATT: si existe un límite jurisdiccional sobre el alcance de las medidas que pueden justificarse en esta excepción.

La determinación del nivel adecuado de protección es una prerrogativa del Miembro.[132] Sin embargo, es el nivel adecuado de protección el que determina la medida sanitaria o fitosanitaria que ha de establecerse o mantenerse, y no la medida sanitaria o fitosanitaria establecida o mantenida la que determina el nivel adecuado de protección.[133] No hay obligación de determinar el nivel adecuado de protección en términos cuantitativos. Sin embargo, un Miembro importador no puede determinar su nivel de protección en términos tan ambiguos o equívocos que la aplicación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF resulte imposible. Por consiguiente, en caso de que un Miembro no determine su nivel adecuado de protección, o no lo haga con la suficiente precisión, los grupos especiales

[131] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 128.
[132] Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 199.
[133] Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 203.

pueden establecer el nivel adecuado de protección tomando como base el nivel de protección que refleja la medida sanitaria o fitosanitaria efectivamente aplicada.[134]

Hay un debate importante sobre la deferencia que los grupos especiales o el Órgano de Apelación deben mostrar en virtud del Acuerdo MSF. No deben sustituir su propia interpretación de la evidencia científica ni hacer su propio análisis del riesgo.[135] Sin embargo, Guzman argumenta que deben mostrar mayor deferencia a las decisiones de los Miembros en cuestiones de evaluación de la ciencia, el nivel de riesgo que un Miembro está dispuesto a tolerar y la relación entre la evaluación de riesgo y la medida en litigio. Más bien, el análisis sustantivo de los grupos especiales y del Órgano de Apelación debe limitarse a la conducta de los Miembros relativa a los requisitos procesales y sobre la transparencia, y la prohibición de la discriminación arbitraria o injustificable, las restricciones encubiertas del comercio internacional y las medidas que son más restrictivos al comercio de lo necesario.[136]

Si se alega que la medida en litigio es una MSF, el análisis basado en el Acuerdo MSF debe preceder a cualquier examen basado en el GATT.[137] El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* concluyó "que el Acuerdo MSF detalla y, por consiguiente, explica más detenidamente las disposiciones del artículo XX(b) cuando se trata de medidas sanitarias o fitosanitarias".[138] Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que una MSF, cuya incompatibilidad con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF se ha constatado, no puede justificarse de conformidad con el artículo XX(b) del GATT de 1994.[139] No obstante, no está resuelta la cuestión de si es posible invocar el artículo XX del GATT para justificar una violación del Acuerdo MSF. Mientras podría ser difícil justificar la violación de los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF bajo el artículo XX(b), esto no significa que no sería posible justificar tales violaciones bajo otra excepción del artículo XX, como el párrafo (a) (moral pública). Sin embargo, uno también podría concluir que la incorporación del lenguaje del párrafo (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT demuestra una intención de no permitir la invocación del artículo XX del GATT para justificar una medida que es inconsistente con el Acuerdo MSF.

Una cuestión no resuelta es si distintos aspectos de una medida podrían estar sujetos a las obligaciones del Acuerdo MSF y del Acuerdo OTC.[140] El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* concluyó que una medida puede estar sujeta simultáneamente a las obligaciones del Acuerdo MSF y del GATT. No obstante, concluyó que la medida no podía justificarse bajo el artículo XX(b) del GATT por ser inconsistente con los artículo 2 y 5 del Acuerdo MSF. En ese caso, la medida fue, a la vez, una MSF y una medida presupuestaria. Además, la medida fue inconsistente con las obligaciones del Acuerdo MSF y las obligaciones del GATT. En caso de que una medida fuese inconsistente

---

[134] Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafos 206-207.

[135] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 194 e Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas*, párrafo 8.32.

[136] Andrew Guzman, "Dispute Resolution in SPS Cases", en Horovitz, Moulis & Steger (eds.), *Ten Years of WTO Dispute Settlement*, International Bar Association, 2007.

[137] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.66-7.69. Véanse también Informe del Grupo Especial, *CE – Sardinas*, párrafos 7.15-7.16 e Informe del Órgano de Apelación, *CE – Bananos III*, párrafo 204.

[138] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.479.

[139] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.481.

[140] Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 865 y 877.

con el Acuerdo MSF y consistente con las obligaciones del GATT, es poco probable que la consistencia de la medida con el GATT pudiera curar la inconsistencia con el Acuerdo MSF.[141] ¿Cuál sería el resultado si una medida tuviera, a la vez, elementos sanitarios o fitosanitarios y elementos de un obstáculo técnico al comercio?

Un principio fundamental de la interpretación de los tratados que se desprende de la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena es el principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*). En el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación señaló que "uno de los corolarios de la 'regla general de interpretación' de la Convención de Viena es que la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado".[142] Entonces, no se puede adoptar una interpretación que reduzca cláusulas o párrafos enteros a la redundancia o la inutilidad.[143] Hay que interpretar a todos los términos de un tratado de forma que da sentido a todos, de una forma armoniosa.[144] En el derecho público internacional, hay una presunción contra el conflicto entre obligaciones jurídicas internacionales.[145] Entonces, hay que interpretar los acuerdos de la OMC en su conjunto, para evitar el conflicto entre las reglas en distintos acuerdos de la OMC, donde sea posible.[146] Los derechos y las obligaciones de los acuerdos de la OMC aplican de manera cumulativa a menos que no se pueda aplicar una disposición porque entra en conflicto con otra disposición o porque la otra disposición constituye *lex especialis*.[147] Estas normas serían aplicables para resolver cuestiones sobre la relación entre el Acuerdo MSF y los demás acuerdos abarcados de la OMC.

En virtud del artículo 2.1, los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales", siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo MSF. En el contexto del apartado (b) del artículo XX del GATT, la jurisprudencia ha desarrollado un análisis para determinar si una medida es "necesaria". Sin embargo, a diferencia del GATT, el Acuerdo MSF establece reglas detalladas para determinar el nivel adecuado de protección, basado en testimonios científicos suficientes y con arreglo a una evaluación de riesgo. Por consiguiente, la cuestión de si una medida sanitaria o fitosanitaria es necesaria debe determinarse primero con arreglo a las disposiciones del Acuerdo MSF.[148] No obstante, la jurisprudencia sobre el apartado (b) del artículo XX del GATT es una fuente de útiles orientaciones en la interpretación del Acuerdo MSF, dado la referencia al apartado (b) del artículo XX del GATT en el

---

[141] *Ibidem.* Marceau y Trachtman dan el ejemplo de una medida MSF que es inconsistente con el artículo 5.1 del Acuerdo MSF porque no se basa en una evaluación de riesgo, pero que no es discriminatoria en los términos de los artículos I y III del GATT.

[142] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 26.

[143] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 23.

[144] Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos lácteos*, párrafo 81. Véanse también los informes del Órgano de Apelación en: *Estados Unidos – Ropa interior*, página 17; *Canadá – Productos lácteos*, párrafo 133; *Argentina – Calzado (CE)*, párrafo 81; *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 338; *Estados Unidos – Ley de Compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 271; y *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*, párrafo 549.

[145] Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Autos*, párrafo 14.28. Véase también Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 240.

[146] Véase Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala – Cemento*, párrafo 65.

[147] Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 867.

[148] Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239.

preámbulo del Acuerdo MSF y dado que los dos acuerdos deben interpretarse de una manera armoniosa.[149] En virtud del principio de efecto útil, se debe interpretar a todos los términos de un tratado de forma que da sentido a todos, de una forma armoniosa.[150]

En virtud del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el artículo 5.7. El requisito de los "testimonios científicos suficientes" del artículo 2.2, junto con el requisito de una evaluación del riesgo en el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, son esenciales para mantener el equilibrio en el Acuerdo MSF entre los objetivos de promover el comercio internacional y de proteger la vida y la salud de los seres humanos.[151] El artículo 5.1 es una aplicación específica de las obligaciones básicas del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, y estas dos disposiciones se deben leer constantemente juntas.[152] Una prohibición de las importaciones que viola el artículo 5.1 también es incompatible con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF.[153]

En el asunto *Japón – Manzanas*, el Grupo Especial concluyó como cuestión de hecho que no era probable que las manzanas puedan servir como vía para la entrada, radicación o propagación de una enfermedad del manzano en el Japón. El Grupo Especial contrastó el alcance del riesgo y la naturaleza de los elementos que componían la medida, y concluyó que ésta era "claramente desproporcionada con respecto al riesgo identificado sobre la base de los testimonios científicos disponibles". Por esa "clara desproporción" concluyó que no existía una "relación racional u objetiva" entre la medida y los testimonios científicos pertinentes, y por ello la medida se mantenía sin "testimonios científicos suficientes" en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo MSF. El Órgano de Apelación consideró que el criterio aplicado por el Grupo Especial no agotaba la gama de metodologías disponibles para determinar si una medida se mantiene "sin testimonios científicos suficientes". No obstante, concluyó que la metodología adoptada por el Grupo Especial era adecuada, dadas las circunstancias específicas del caso.[154]

En el contexto del artículo XX(b) del GATT, no hay una cuestión de proporcionalidad en el análisis de si una medida es necesaria. El artículo 2.2 del Acuerdo MSF también tiene un requisito de necesidad, en la aplicación de la medida. Sin embargo, el artículo 2.2 agrega el requisito adicional de no mantener una medida sanitaria o fitosanitaria sin testimonios científicos suficientes. En el asunto *Japón – Manzanas*, el Grupo Especial introdujo un análisis de proporcionalidad como parte de este requisito. No obstante, no queda muy claro cómo se puede reconciliar la ausencia de un requisito de proporcionalidad en el análisis de necesidad con su presencia dentro del mismo artículo 2.2.

---

[149] En el asunto *CE – Amianto*, en el contexto del apartado (b) del artículo XX, el Órgano de Apelación consideró que el objetivo de proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos era vital y de la máxima importancia. La determinación de si una medida era "necesaria" tenía que tener en cuenta el nivel de protección deseado, dado que los miembros de la OMC tienen el derecho de determinar el nivel de protección a la salud human que consideran adecuada y no hay que cuantificar el riesgo que representa un producto. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 167-168 y 172.

[150] Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos lácteos*, párrafo 81.

[151] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177.

[152] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 180.

[153] Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 138.

[154] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafos 163-164.

El lenguaje del artículo 2.2 del Acuerdo MSF refleja el lenguaje que se utiliza en el apartado (b) del artículo XX del GATT. Además, en virtud del artículo 2.4 del Acuerdo MSF, se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado (b) del artículo XX. Dado la similitud entre el lenguaje de los párrafos 2.2, 2.3 y 2.4 del Acuerdo MSF y el apartado (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT, la jurisprudencia sobre estas disposiciones del GATT sería pertinente para la interpretación de estas disposiciones del Acuerdo MSF. Sin embargo, hay que tener en cuenta las diferencias entre el contexto de los artículos del GATT y el contexto de los artículos del Acuerdo MSF para determinar hasta que punto la jurisprudencia del GATT es aplicable.[155] El artículo 2.2 expresa una obligación, mientras que el artículo XX del GATT se trata de excepciones. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Además, el artículo 2.2 habla de la aplicación de la medida, sin indicar hasta qué punto la sustancia de la medida es pertinente. En contraste, en el artículo XX(b) del GATT, el análisis se trata de la sustancia de la medida y su aplicación se considera en el preámbulo del artículo XX.[156]

En virtud del artículo 2.3 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional. Este lenguaje refleja el lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT y del artículo XIV del AGCS.

En el asunto *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, el Grupo Especial consideró que es necesario probar tres elementos cumulativos para establecer una violación del artículo 2.3: (1) la medida discrimina entre los territorios de los otros Miembros, o entre el territorio del Miembro que impone la medida y el territorio de otro Miembro; (2) la discriminación es arbitraria o injustificable; y (3) prevalezcan condiciones idénticas o similares en el territorio del otro Miembro comparado.[157] Además, el artículo 2.3 del Acuerdo MSF prohíbe la discriminación no sólo entre productos similares, sino también entre productos diferentes (en ese caso, entre diferentes tipos de pescado).[158] El artículo 2.3 difiere de las disposiciones de la no discriminación de los artículos I y III del GATT en este sentido.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial observó que, según el Órgano de Apelación, las constataciones relativas al sentido corriente de la expresión "arbitrario o injustificable" en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes y sirven de orientación para la interpretación de la expresión "discriminación arbitraria o injustificable" en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF.[159] Sin

[155] Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239, donde el Órgano de Apelación consideró que la jurisprudencia sobre el artículo III y el preámbulo del artículo XX del GATT no se podía aplicar al artículo 5.5 del Acuerdo MSF sin tomar en cuenta las estructuras diferentes de los dos acuerdos.

[156] Véase Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 834.

[157] Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafo 7.111 e Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.317

[158] Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafo 7.112.

[159] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.268-7.269.

embargo, mientras el artículo 2.3 incorpora lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT, el artículo 2.3 es una obligación positiva, mientras que el artículo XX es una excepción. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Entonces, surge la cuestión de si el lenguaje en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF debe interpretarse menos estrictamente que el mismo lenguaje en el artículo XX del GATT.

El artículo 3 del Acuerdo MSF establece tres opciones para establecer una medida sanitaria o fitosanitaria: (1) "basada en" una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente; (2) "en conformidad con" normas, directrices o recomendaciones internacionales (en cuyo caso se presume compatible con el Acuerdo MSF y el GATT); o (3) establecer su propio nivel de protección sanitaria, superior al que implica la norma internacional, siempre que cumpla determinados requisitos.

El Anexo A del Acuerdo MSF define "normas, directrices y recomendaciones internacionales" como las de la Comisión del Codex Alimentarius (en materia de inocuidad de los alimentos), de la Oficina Internacional de Epizootias (en materia de sanidad animal y zoonosis) y de la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (en materia de preservación de los vegetales).

En virtud del artículo 3.1 del Acuerdo MSF, todo Miembro puede optar por establecer una medida sanitaria o fitosanitaria que esté basada en una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente. Tal medida puede adoptar algunos de los elementos, aunque no necesariamente todos, de la norma internacional. La carga de mostrar que existe presunción de incompatibilidad con el artículo 3.1 o cualquier otro artículo pertinente del Acuerdo MSF o del GATT sigue con el Miembro demandante.[160]

En virtud del artículo 3.2, se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y del GATT. La decisión de un Miembro de no poner en conformidad determinada medida con una norma internacional no autoriza a que se le imponga a ese Miembro una carga de la prueba especial o generalizada.[161] Estar "en conformidad con" no significa lo mismo que estar "basadas en".[162] En virtud del artículo 3.2, todo Miembro puede decidir promulgar una medida sanitaria o fitosanitaria que esté en conformidad con una norma internacional. Esa medida incorporará la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma interna. Tal medida goza del beneficio de una presunción (aunque rebatible) de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y del GATT.[163]

En virtud del artículo 3.3, los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o

[160] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 171.

[161] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 102.

[162] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 166. En el contexto del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación consideró que una norma internacional se utiliza "como base" de un reglamento técnico cuando se la utiliza como componente principal o principio fundamental a los fines de dictar el reglamento y que debe existir una vinculación muy firme y muy estrecha entre dos cosas párrafo que pueda decirse que una constituye "la base de" la otra. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafos 243-245.

[163] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 170.

recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. Ello no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF. En virtud de la nota al pie 2, a los efectos del artículo 3.3, existe una justificación científica si, sobre la base de un examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF, un Miembro determina que las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes no son suficientes para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria.

Según el Órgano de Apelación, el artículo 3.3 reconoce el derecho autónomo del Miembro de establecer ese nivel más elevado de protección, siempre que el Miembro cumpla determinados requisitos al adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias para alcanzar ese nivel.[164] El nivel adecuado de protección en ese Miembro puede ser superior al que implica la norma internacional. El derecho de un Miembro a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria no es una excepción de la obligación general del artículo 3.1.[165]

Si una MSF está basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, se aplica el artículo 3.1. Si no está basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, porque el Miembro quiere lograr un nivel de protección más elevado, se aplica el artículo 3.3. Entonces, la cuestión clave es si la MSF está basada en esas normas o no.[166]

El artículo 3.3 pretende cubrir dos situaciones. Estas son el establecimiento o el mantenimiento de medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección más elevado (1) si existe una justificación científica o (2) si ello es consecuencia del nivel de protección que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. En ambas situaciones las medidas que representen un nivel de protección diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF. La expresión "ninguna otra disposición" del Acuerdo MSF incluye el artículo 5. Además, la nota al pie 2 define la "justificación científica" como un "examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes" del Acuerdo MSF. Ese examen y evaluación parecen participar de la naturaleza de la evaluación del riesgo exigida en el artículo 5.1 y definida en el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF.[167] Por lo tanto, el artículo 3.3 exige a los Miembros cumplir las prescripciones del artículo 5.1.[168]

---

[164] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 104.

[165] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 172-173.

[166] Véase Broude, Tomer, "Genetically Modified Rules: The Awkward Rule-Exception-Right Distinction and EC-Biotech", *World Trade Review*, 6(2), 215, 2007.

[167] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 175.

[168] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177. El artículo 5 se analiza en detalle en Condon, Bradly, "Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias", 2011, *http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_MSF.pdf.*

En virtud del artículo 5.6, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica. En virtud de la nota al pie 3 del Acuerdo MSF, a los efectos del artículo 5.6, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

Para establecer una infracción del artículo 5.6, el reclamante tiene que satisfacer tres condiciones acumulativas, demostrando que hay una medida alternativa: (1) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; (2) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria; y (3) que es significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.[169]

Los requisitos del artículo 5.6 son parecidos al análisis que la jurisprudencia del GATT y de la OMC ha aplicado al concepto de necesidad en los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XX del GATT y en los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación explicó como funciona la carga de prueba en el contexto del párrafo (a) del artículo XIV del AGCS. En el contexto de las excepciones generales del GATT y del AGCS, el demandado no tiene que probar un negativo; es decir, no tiene que probar que no existen alternativas a la medida que ha adoptado. El demandado debe demostrar que su medida es "necesaria" para lograr los objetivos del párrafo específico. Es decir, no necesita identificar el conjunto de medidas alternativas menos restrictivas del comercio y después demostrar que ninguna de ellas logra el objetivo perseguido.[170] En el artículo 5.6 del Acuerdo MSF, el análisis de si hay otra medida razonablemente disponible funciona de la misma manera. Es decir, el demandante tiene la carga de la prueba para establecer que hay otra medida razonablemente disponible que cumpla con los tres elementos cumulativos. Una vez que el demandante haya establecido esto, el demandado tiene que probar porque la otra medida no cumple con los tres elementos cumulativos. Entonces, aunque el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS son excepciones, y el artículo 5.6 es una obligación, la carga de la prueba funcionará de la misma manera.

Los criterios para analizar la necesidad en el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS son: (1) la "importancia relativa" de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada; (2) la contribución de la medida al logro de los fines que persigue; (3) la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional; y (4) si el Miembro interesado tiene razonablemente a su alcance una medida alternativa para lograr su fin y que sea compatible o menos incompatible con las obligaciones de la OMC.[171] Parece que el

---

[169] Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 194. Véanse también, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 95 e Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón*, párrafo 8.182. Véase también Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafo 7.1098 e Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafo 337.

[170] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 309.

[171] Véanse los Informes del Órgano de Apelación en los asuntos *CE – Amianto; Corea – Carne vacuna; Estados Unidos – Juegos de azar, Brasil – Neumáticos recauchutados*, y *China – Publicaciones y productos audiovisuales.*

artículo 5.6 no contenga dos elementos del análisis de necesidad que se lleva a cabo en las excepciones generales del artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS: la importancia del valor protegido y la contribución de la medida al fin perseguido.[172] No obstante, la importancia del valor protegido por los MSF es implícita. Este criterio surge de la jurisprudencia y la misma jurisprudencia ha identificado la protección de la salud y la vida humana como vital y de la máxima importancia.[173] En el asunto *Brasil – Neumáticos Recauchutados* el Grupo Especial, en el contexto del artículo XX(b) del GATT, concluyó que la protección del medio ambiente no es menos importante (es decir, la protección de la salud y la vida de los animales y la preservación de los vegetales).[174] El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que la protección del medio ambiente es un valor importante.[175] El criterio de la contribución de la medida también es implícito. La cuestión de si hay una MSF alternativa con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro implica una comparación de la contribución de la MSF en litigio con la MSF alternativa.

En virtud del artículo 5.7, cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

El artículo 5.7 del Acuerdo MSF constituye una exención cualificada de la obligación del artículo 2.2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes.[176] Establece que un Miembro puede adoptar y mantener una medida sanitaria o fitosanitaria provisional si se cumplen cuatro requisitos:

> (1) se impone con respecto a una situación "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes";
> (2) es adoptada "sobre la base de la información pertinente de que se disponga";
> (3) el Miembro trata de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo; y
> (4) el Miembro revisa en consecuencia la medida en un plazo razonable.

Esos cuatro requisitos son acumulativos y son igualmente importantes a efectos de determinar la conformidad con esta disposición. Cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el artículo 5.7.[177]

La evaluación de si "los testimonios científicos pertinentes son insuficientes" no debe realizarse en abstracto, sino a la luz de una investigación específica. Los testimonios científicos pertinentes serán insuficientes en el sentido del artículo 5.7 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el artículo 5.1 y como se

[172] Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 834 y 856.
[173] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 172.
[174] Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.108.
[175] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 179.
[176] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 80.
[177] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 89.

define en el Anexo A del Acuerdo MSF.[178] La aplicación del artículo 5.7 no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino por la insuficiencia de testimonios científicos.[179]

Existe un debate importante sobre la naturaleza del artículo 5.7. En el asunto *Japón – Productos agrícolas II*, el Grupo Especial asignó la carga de la prueba bajo el artículo 5.7 al demandante.[180] En el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial consideró que el artículo 5.7 contiene un derecho autónomo, no una excepción, y por tanto el demandante tenía la carga de la prueba.[181] Tomer Broude ha sugerido que los artículos 5.1 y 5.7 son obligaciones alternativas que constituyen aplicaciones específicas del artículo 2.2 del Acuerdo MSF. El artículo 5.1 es aplicable cuando existen testimonios científicos suficientes para hacer una evaluación adecuada de los riesgos y el artículo 5.7 es aplicable cuando no existen testimonios científicos suficientes para ese fin.[182]

El Acuerdo MSF no estipula requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma. Mientras el artículo 5.7 no especifica qué resultados en cuanto a los hechos deben alcanzarse para cumplir con la obligación de "tratar de obtener" información adicional, debe tratarse de obtener información adicional a fin de permitir a los Miembros realizar "una evaluación más objetiva del riesgo". Por consiguiente, la información buscada debe permitir efectuar esa evaluación del riesgo.[183] El contexto de la primera frase del artículo 5.7 indica que el término "información pertinente" es más amplio que el término "testimonios científicos pertinentes". De un lado, se ha sugerido que podría incluir las deliberaciones públicas y otras fuentes de información sobre los valores públicos relativos al riesgo bajo consideración.[184] De otro lado, se ha sugerido que los argumentos basados en el proceso democrático son incompatibles con tratados vinculantes; por lo tanto, sería preferible tener en cuenta los valores públicos bajo la excepción para las medidas necesarias para proteger la moral pública en el artículo XX(a) del GATT.[185]

Lo que se entiende por "plazo razonable" debe determinarse caso por caso y en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria.[186] Se ha sugerido que los procesos nacionales para la evaluación de riesgos deben tenerse en cuenta para determinar un plazo razonable, incluyendo el tiempo que se necesita para permitir la participación pública en el proceso.[187]

En el asunto *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación consideró la aplicabilidad del principio de cautela. Después de notar que la condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate, consideró innecesario tomar

---

[178] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 179.

[179] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 184.

[180] Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 8.13 & 8.58.

[181] Informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.2969.

[182] Véase Broude, Tomer, *op. cit.*, nota 166.

[183] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 92.

[184] Winickoff et al., "Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law", *Yale Journal of International Law*, 30, 81, 2005, p. 114.

[185] Gareth T. Davies, "Morality Clauses and Decision-Making in Situations of Scientific Uncertainty: The Case of GMOs", *World Trade Review*, 6(2), 249, 2007.

[186] Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 93.

[187] Winickoff et al., *op. cit.*, p. 114.

posición sobre esta cuestión. Sin embargo, notó que ese principio no había sido incluido en el texto del Acuerdo MSF como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en las disposiciones del Acuerdo. Además, consideró que el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el artículo 5.7, en el sexto párrafo del preámbulo y en el artículo 3.3 del Acuerdo MSF. También consideró que se debe tener presente que los gobiernos responsables y representativos generalmente actúan desde una perspectiva de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo la terminación de la vida, para la salud de los seres humanos. No obstante, el Órgano de Apelación consideró 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. Concluyó que el principio de cautela no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF.[188]

La relación entre el GATT y el Acuerdo MSF es compleja, y el último utiliza varios términos que también se utilizan en el primero. Por esto, la jurisprudencia sobre el GATT ha sido pertinente para interpretar varios términos en el Acuerdo MSF. Por la misma razón, la jurisprudencia sobre el Acuerdo MSF también podría ser pertinente para la interpretación del GATT. Aquí hay otro buen ejemplo de la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

VI. Subvenciones Ambientales

Las subvenciones ambientales se regulan en el GATT de 1994, el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC. El Acuerdo SMC se aplica de manera acumulativa con los Artículos VI y XVI del GATT. Si las subvenciones ambientales se aplican a los bienes agrícolas, puede aplicarse el Acuerdo SMC o el Acuerdo sobre la Agricultura o ambos. En general, los grupos especiales aplican el acuerdo más específico en comercio de bienes antes del GATT, debido a que la disposición del acuerdo más específico prevalece en una situación de conflicto.[189] Sin embargo, el Acuerdo SMC no descarta una acción "al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994, según proceda".[190] Además, mientras que las medidas relacionadas con las subvenciones agrícolas se analizan primero bajo el Acuerdo sobre la Agricultura,[191] algunas están sujetas a las disciplinas del Acuerdo SMC también.

Una subvención a la exportación que viola los Artículos 3.3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura también viola el Artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC.[192] Sin embargo, parece menos probable que una subvención a la exportación que cumpla con el Acuerdo sobre al Agricultura pudiera impugnarse bajo el Artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Dado que el primer acuerdo permite ciertas subvenciones a la exportación, y el último prohíbe todas las

[188] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 123-125.
[189] Nota interpretativa general al Anexo 1A.
[190] Acuerdo SMC, nota 56.
[191] Acuerdo SMC, Artículo 3.1.
[192] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón Americano* (*Upland*), WT/DS176/AB/R, adoptado 21de Marzo 2005, párrafos 582-584.

subvenciones a la exportación, parece que hay un conflicto.[193] En caso de conflicto, las disposiciones más específicas del Acuerdo sobre la Agricultura deben prevalecer.[194] A diferencia, si los Miembros de la OMC cumplen con sus obligaciones sobre el apoyo nacional de acuerdo con los compromisos del Acuerdo a la Agricultura, éstos podrían seguir violando el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC si las subvenciones son supeditadas al empleo de productos nacionales.[195]

Las subvenciones también están sujetas a la Parte III (subvenciones recurribles) y Parte V (medidas compensatorias) del Acuerdo SMC. Las subvenciones agrícolas también están sujetas a estas partes del Acuerdo SMC.[196] Así, las subvenciones ambientales podrían estar sujetas a acción multilateral bajo la Parte III o acción unilateral bajo la parte V.

Además de las subvenciones más obvias, los impuestos pueden estructurarse de manera que violen las disposiciones del Acuerdo SMC (por ejemplo, un trato fiscal diferente a productos "que no dañan el medio ambiente"). Dado que el Acuerdo SMC y el artículo III:2 del GATT no se excluyen mutuamente, estas medidas pueden estar sujetas a ambas series de obligaciones. Estas obligaciones se pueden aplicar de manera cumulativa a los diferentes aspectos de la misma medida.[197] La misma lógica se aplicaría a la relación entre el Acuerdo SMC y el artículo I:1 del GATT. Además, las medidas que supeditan el acceso a las subvenciones al uso de los insumos nacionales pueden ser inconsistentes tanto con el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC y el artículo III:4 del GATT.[198]

El Acuerdo SMC sólo aplica a la medida si ésta constituye una subvención de acuerdo con la definición del artículo 1.1 del Acuerdo SMC. Una ‘contribución financiera’ y un ‘beneficio’ son dos elementos jurídicos distintos en el artículo 1.1, que juntos determinan si existe una subvención.[199] La diferente aplicación de los impuestos podría constituir una "contribución financiera de un gobierno" de acuerdo con la definición del artículo 1.1(a)(1)(ii). Los dos casos principales sobre este punto constataron que existía una subvención de acuerdo con el artículo 1.1(a)(1)(ii) del Acuerdo SMC en las situaciones siguientes: (1) un trato diferente en los impuestos sobre la renta de las ventas nacionales e internacionales (*Estados Unidos – EVE*) y (2) una exención al pago de un derecho de

[193] En esta situación, hay un conflicto de normas en el sentido que el ejercicio de derechos bajo una norma constituye una violación bajo otra norma. Ver Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, nota 145, p. 275.

[194] Acuerdo sobre la Agricultura, Artículo 21.1. No todos están de acuerdo con esta conclusión. Sin embargo, la inconsistencia entre dos acuerdos es tal que sería complicado reconciliar a través de la interpretación. Si la aplicación del Acuerdo SMC significa que el derecho de emplear ciertas subvenciones a la exportación de acuerdo con el Acuerdo sobre la Agricultura es rechazado, las disposiciones relevantes del Acuerdo sobre la Agricultura no serían efectivas. Este resultado rebatiría a la regla de interpretación efectiva de un tratado. Ambos acuerdos definen subvenciones a la exportación como supeditadas a los resultados de la exportación. Ver el Acuerdo sobre Agricultura, artículo 1(e) y el artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Para un análisis detallado de la relación entre el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC, ver Acosta, Yahir, “La Relación entre el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias”, Centro de Derecho Económico Internacional, *http://cdei.itam.mx/AcostaSMCAA.pdf*. Véase también Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3, p. 278.

[195] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón Americano*, párrafo 550.

[196] Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3, p. 334.

[197] Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, párrafos 14.36, 14.97-14.99.

[198] Véase por ejemplo *Canadá — Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*, WT/DS412, solicitud de celebración de consultas, 13 de septiembre de 2010.

[199] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones párrafo aeronaves* (*Brasil – Aeronaves*), WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 156.

importación NMF que de lo contrario aplicaría a la importación de las autopartes, condicionada a los requisitos de producción nacional (*Canadá – Automóviles*).

De acuerdo con el Órgano de Apelación, el simple hecho que los ingresos públicos no “se percibirían”, desde una perspectiva fiscal, no determina que estos ingresos son o no son los “que en otro caso se percibirían” bajo el artículo 1.1(a)(1)(ii) del Acuerdo SMC.[200] Una "contribución financiera" no surge simplemente porque un gobierno no recauda ingresos que pudo haber obtenido. El término “que en otro caso se percibirían” implica una comparación con un requisito normativo definido, establecido en la normativa fiscal del Miembro en cuestión.[201] La determinación de si “no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían” requiere comparar el trato fiscal de ingresos comparables de contribuyentes en situaciones similares. [202] Si un país grava los productos de acuerdo al impacto ambiental, el resultado más probable es que los diferentes productos estarán sujetos a tasas de impuestos diferentes. Un ejemplo es cuando los combustibles fósiles están sujetos a un impuesto sobre la venta que no se aplica a otros productos, el cuál es ya el caso en algunas jurisdicciones.[203] Un esquema mas elaborado podría aplicar diferentes niveles de impuestos sobre la venta a diferentes categorías de productos basados en los diferentes rangos de impactos ambientales, tomando en cuenta el impacto ambiental durante el ciclo de vida de un producto. Si estos esquemas están diseñados de manera que los productos nacionales estén sujetos a un impuesto más bajo que los productos importados, entonces la tasa reducida del impuesto puede constituir “ingresos públicos que en otro caso se percibirían”.[204] Esto podría ser el caso sí los países divergen en sus regulaciones ambientales de tal forma que algunos países se comprometan en un tipo de producción menos perjudicial al ambiente que otros.[205] La referencia de la nota al pie 1 a “la exoneración, a favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar” podría indicar que el artículo 1.1(a)(1)(ii) puede aplicarse a otros casos en los que los productos similares reciben un trato diferente al impuesto sobre el consumo.[206] Sin embargo, no se puede decir que los ingresos públicos en otro caso se percibirían solo porque ciertos ingresos no son gravados (o no son gravados al máximo como se podría); un Miembro de la OMC tiene la libertad de no gravar ciertas categorías de ingresos.[207] Por lo tanto, no está claro en qué circunstancias la diferencia en la grabación de los productos puede constituir una “contribución financiera de un gobierno” dentro de la

[200] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Trato Arancelario ‘Ventas Extranjeras de Empresas’ (artículo 21.5 – CE) (Estados Unidos – FSC (artículo 21.5 – CE)*, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, párrafo 88.

[201] *Ibid*, párrafo 90.

[202] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –EVE (Artículo 21.5 – CE)*, párrafo 98.

[203] Por ejemplo, la provincia canadiense de Columbia Británica impuso un arancel al carbón sobre fósiles combustibles en 2008.

[204] Si tanto los productos importados como los nacionales son bienes sustituibles párrafo la producción nacional (como en el caso de combustibles) y se confiere un beneficio, entonces puede haber una violación del artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC.

[205] Además, estas divergencias en la intensidad de la producción del carbono podría llevar a un trato diferente de importación al plantear cuestiones relacionadas con el trato de NMF.

[206] En este sentido, el Órgano de Apelación ha establecido que las medidas fiscales identificadas en la nota al pie 1 como las que no constituyen una ‘subvención’ involucran la exención de productos exportados de los impuestos sobre el consumo de productos. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE*, párrafo 93.

[207] *Ibid*, párrafo 90.

definición del Acuerdo SMC. En el caso *Canadá – Aeronaves*, el Órgano de Apelación interpretó el término "beneficio" bajo el artículo 1.1(b) de la siguiente manera. Dijo que una contribución financiera sólo otorga un beneficio (una ventaja) si se concede bajo condiciones más ventajosas que las que hubieron sido disponibles al receptor en el mercado.[208] Un beneficio debe recibirse y aprovecharse, lo cual requiere un análisis de qué se otorgó al beneficiario; por cierto la medición del beneficio no se basa en la existencia de algún costo para el gobierno.[209] La persona o entidad que recibe el beneficio no tiene que ser el mismo que el que recibe la contribución financiera. [210] Por tanto, el artículo 1.1(b) requiere un análisis de si el beneficio se ha obtenido por la diferencia entre las tasas de impuestos, quién lo ha obtenido, y si dicho beneficio pudo haberse obtenido en el mercado, y cuál es el mercado pertinente.

¿Se pueden justificar las subvenciones ambientales que son inconsistentes con el Acuerdo SMC o el Acuerdo sobre la Agricultura bajo el artículo XX del GATT? Marceau y Trachtman sugieren que se necesitaría una "aproximación heroica a la interpretación" para ampliar la aplicación del artículo XX del GATT para justificar una violación bajo otro acuerdo del Anexo 1A.[211] Sin embargo, en los casos *Estados Unidos - Camarones (Tailandia)* y *Estados Unidos - Customs Bond Directive*, el Órgano de Apelación se abstuvo de expresar una opinión sobre si existe una defensa bajo el artículo XX(d) del GATT para justificar una medida que se había constatado como una "acción específica contra el dumping" bajo el artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping.[212] El artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping establece que "[n]o podrá adoptarse ninguna medida específica contra el dumping de las exportaciones de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo." El Grupo Especial había concluido que la medida en litigio era inconsistente con la nota suplementaria del artículo VI del GATT de 1994, y de esta manera no estaba en conformidad con las provisiones del GATT de 1994, como se interpreta en el Acuerdo [Antidumping]. Por lo tanto, en este caso el Grupo Especial consideró la defensa de los Estados Unidos bajo el artículo XX(d) del GATT de 1994. Sin embargo, concluyó que las medidas no pudieron ser justificadas como necesarias. Además, el Órgano de Apelación en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* concluyó que China estaba en su derecho de invocar el artículo XX(a) del GATT respecto a una medida que era inconsistente con su Protocolo de Adhesión a la OMC. El Órgano de Apelación razonó que un Miembro debe poder invocar el artículo XX cuando la medida en litigio podría ser inconsistente tanto con una disposición del GATT como con una disposición relativa al comercio de bienes fuera del GATT. De otra forma, el demandante podría privar a un demandado de sus derechos bajo el artículo XX del GATT simplemente evadiendo las alegaciones bajo el GATT.[213]

---

[208] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles* (*Canadá – Aeronaves civiles*), WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 149.

[209] *Ibid*, párrafo 154.

[210] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas*, WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003, párrafo 110.

[211] Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 874.

[212] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarónes (Tailandia)* y *Estados Unidos – Directiva sobre fianzas aduaneras*, WT/DS343/AB/R, WT/DS345/AB/R, adoptados el 1de agosto de 2008, párrafos 310, 319.

[213] Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de*

Sin embargo, la cláusula introductoria del artículo XX del GATT indica que las excepciones generales aplican a “este Acuerdo”. Esto parece impedir la aplicación del artículo XX más allá del GATT mismo. El Grupo Especial en el asunto *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* decidió que el artículo XX no podía invocarse para justificar otra disposición (diferente a la mencionada en el párrafo anterior) del Protocolo de Adhesión de China.[214] Consideró que la referencia en el preámbulo del artículo XX al "presente Acuerdo" sugiere que las excepciones en él establecidas atañen únicamente al GATT de 1994, y no a otros acuerdos. También notó que los Miembros de la OMC han incorporado por referencia las disposiciones del artículo XX del GATT a otros acuerdos abarcados, por ejemplo, en el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC). Concluyó que el fundamento jurídico para aplicar las excepciones del artículo XX a las obligaciones MIC radica en el texto incorporado al Acuerdo sobre las MIC, no en el texto del artículo XX del GATT. También notó que otros Acuerdos de la OMC contienen sus propias excepciones, como las excepciones generales en el artículo XIV del AGCS. Otros Acuerdos abarcados, como los Acuerdos sobre los ADPIC, OTC o MSF, también contienen sus propias flexibilidades y excepciones. Por lo tanto, el Grupo Especial opinó que, si se hubiera querido que el artículo XX pudiera aplicarse a la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China, se habría insertado un texto para sugerir esa relación.[215] La constatación del Grupo Especial de que China no podía recurrir a las excepciones generales del artículo XX del GATT para justificar sus derechos de exportación incompatibles con su Protocolo de Adhesión fue bien fundada, en general. Sin embargo, la opinión general del Grupo Especial de que las excepciones generales del artículo XX del GATT no se pueden aplicar a los demás acuerdos abarcados de la OMC es más dudosa. Esta cuestión de importancia sistémica debe analizarse caso por caso y no en términos tan generales.

Las disposiciones del GATT sirven como punto de partida para la mayoría de los acuerdos multilaterales en el comercio de bienes. En el caso de las subvenciones, el artículo VI del GATT (medidas compensatorias) y XVI (subvenciones en general) se aplican en conjunto con las disposiciones del Acuerdo SMC. En efecto, el objetivo principal del Acuerdo SMC es aumentar y mejorar las disciplinas del GATT relacionadas con el uso de subvenciones y medidas compensatorias.[216] Sería incongruente que el artículo XX del

---

esparcimiento, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010. Véase también Bradly J. Condon, Comentario sobre *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, Informe del Órgano de Apelación, año 1, número 1, Revista de Derecho Económico Internacional, 2010, pp. 97-112.

[214] Informe del Grupo Especial, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas (China – Materias primas)*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011.

[215] *Ibid*, párrafos 7.152-7.154.

[216] 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/DS2133/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002, párrafo 73; Informe del Órgano de Apelación, *Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, párrafo 64. Sin embargo, el Acuerdo SMC va más allá de simplemente interpretar y aplicar los artículos VI, XVI y XXIII del GATT de 1947. Véase Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado (Brasil – Coco desecado)*, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de Marzo de 1997, página 15. También comparar el nombre del Acuerdo SMC (Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias), y el nombre del Acuerdo Antidumping (Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994). El primero no indica que sirve simplemente para interpretar y aplicar las disposiciones del GATT.

GATT se pudiera aplicar a los artículos VI y XVI del GATT, pero no al Acuerdo SMC mismo, sin evidencia de una intención contraria.[217] No obstante, esto asume que el artículo XX del GATT puede aplicarse a los artículos VI y XVI del GATT. No es muy claro de qué manera funcionaría en caso de medidas compensatorias. ¿Podrían las subvenciones ambientales, que cumplen con los requerimientos del artículo XX del GATT, no ser accionables y, por lo tanto, , por lo mismo, no estar sujetas a medidas compensatorias bajo la Parte V o acción multilateral bajo la Parte III del Acuerdo SMC? Este fue el caso para un rango limitado de subvenciones ambientales antes de que expirara el artículo 8 del Acuerdo SMC.[218] Dado que los negociadores desarrollaron excepciones y lenguaje específicos que estaban dirigidas a tratar las subvenciones ambientales, y no se incluyó el lenguaje del artículo XX o incorporó este mismo por referencia, lo que hace poco probable que el artículo XX del GATT pueda excluir alguna acción bajo las Partes III y V. Además, en el caso de las subvenciones que pueden dar lugar a una acción bajo la Parte III, los negociadores especificaron que el artículo 5 y 6 no aplicarían a las subvenciones mantenidas en los productos agrícolas como se estableció en el artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura.[219] Aunque el artículo 13 expiró desde entonces, esto indica que los negociadores habían considerado si excluían cierto tipo de subvenciones de la aplicación de la Parte III. De la misma manera, en la Parte V las excepciones para cierto tipo de subvenciones, incluyendo las subvenciones ambientales, se restringieron cuidadosamente.[220]

Sin embargo, las subvenciones ambientales podrían no ser recurribles bajo las Partes III y V del Acuerdo SMC si la diferencias en el impacto ambiental pueden usarse para concluir que los productos no son "similares" de la manera en que se utiliza este término dentro del Acuerdo.[221] Además, las subvenciones ambientales pueden estar creadas para no ser específicas a una empresa o industria bajo el artículo 2 del Acuerdo SMC y, por lo tanto, no ser recurribles bajo las Partes III y V. Sin embargo, si el Miembro importador produce productos similares ambientales a los que se benefician de subvenciones específicas en el Miembro exportador, las subvenciones podrían ser recurribles bajo las Partes III y V. Unos ejemplos en esta última categoría son las subvenciones de China para la producción de paneles solares[222] y los equipos de energía eólica.[223]

---

[217] Algunos pueden considerar que el artículo 8 del Acuerdo SMC es evidencia de una intención contraria.

[218] Ver artículos 8.1, 8.2 (c), 8.3, 10 y 31 del Acuerdo SMC. Ver también nota al pie 35.

[219] Ver artículos 5 y 6.9.

[220] Ver artículos 8 y 10 y nota al pie 35.

[221] El término 'productos similares' se utiliza para una variedad de propósitos en el Acuerdo SMC. Es una cuestión clave en la Parte V en relación, *inter alia*, al comienzo de las investigaciones de sobre las medidas compensatorias (ver artículos11.2 (i), 11.4, 16.1) y a la determinación de daño (ver artículos 15.1, 15.2, 15.3, 15.6) y, en la Parte III, en relación a la determinación de un perjuicio grave en los párrafos a, b, y c del artículo 6.3. Véase Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3. El término 'productos similares' se analizó arriba.

[222] Siete empresas estadounidenses productoras de paneles solares iniciaron una investigación sobre las supuestas subvenciones chinas en octubre de 201. Véase Bradsher, Keith, "7 U.S. Solar Panel Makers File Case Accusing China of Violating Trade Rules", The New York Times, 19 de octubre de 2011, *http://www.nytimes.com/2011/10/20/business/global/us-solar-manufacturers-to-ask-for-duties-on-imports.html?_r=1&hp=&pagewanted=all#*.

[223] *China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica*, DS419, solicitud de celebración de consultas recibida el 22 de diciembre de 2010.

¿Qué pasa con las subvenciones prohibidas (las subvenciones a la exportación y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales? Dichas subvenciones se presumen específicas bajo el artículo 2.3. El artículo 32.1 del Acuerdo SMC estipula que “[n]o podrá adoptarse ninguna medida específica contra una subvención de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo.” La nota 56 del Acuerdo SMC estipula que “esta cláusula no pretende excluir la adopción de medidas al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994, según proceda.” Sin embargo, el artículo 3.1 del Acuerdo SMC indica que las subvenciones a la exportación y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales están prohibidas “a reserva de lo expuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura”. Esto podría interpretarse como la exclusión de la aplicación de cualquier excepción al artículo 3.1 del Acuerdo SMC, incluyendo las excepciones generales del artículo XX del GATT.

No obstante, el preámbulo del Acuerdo sobre la Agricultura se refiere a “la necesidad de proteger el medio ambiente” y el artículo 14 del Acuerdo sobre la Agricultura indica que el Acuerdo MSF[224] aplica de manera acumulativa al Acuerdo sobre la Agricultura. El preámbulo del Acuerdo MSF indica que se elabora con base a las reglas del GATT, en específico el artículo XX(b). De este modo, se podría argumentar que el Acuerdo sobre la Agricultura abre la posibilidad a la aplicación del artículo XX(b) del GATT. Sin embargo, el Acuerdo sobre la Agricultura sólo aplica a los “productos agrícolas” enlistados en el Anexo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura.[225] Así, aunque se aceptara el argumento anterior, la aplicación del artículo XX(b) del GATT al artículo 3.1 del Acuerdo SMC podría estar limitado a la medidas que afectan estos bienes agrícolas. La conclusión más apropiada es que el artículo XX no se puede utilizar para justificar una violación al Acuerdo sobre la Agricultura. Más bien, las subvenciones ambientales que se aplican a los productos agrícolas deberían cumplir con los compromisos en las listas de los Miembros de la OMC. Como con las subvenciones ambientales para los productos no agrícolas, las subvenciones ambientales para los productos agrícolas pueden no ser recurribles bajo las Partes III y V del Acuerdo SMC por no ser específicos o porque las diferencias en el impacto ambiental son pertinentes en el análisis de si son productos similares, como se notó anteriormente.

Un argumento más general puede surgir a raíz de la aplicabilidad del artículo XX del GATT a todos los Acuerdos en el Anexo 1A, incluyendo el Acuerdo SMC, establecido en el argumento que todos los Acuerdos de la OMC son acumulativos y aplican de manera simultánea y que el principio de interpretación efectiva requiere que ambos derechos (como los del artículo XX) y obligaciones sean acumulativos.[226] Sin embargo, el análisis anterior sugiere que la aplicabilidad del artículo XX del GATT a los otros acuerdos en el Anexo 1A tendría que considerar un acuerdo a la vez, incluso una disposición a la vez. Este enfoque es consistente con la perspectiva del Órgano de Apelación en el que la relación entre el GATT de 1994 y los otros acuerdos en el Anexo 1A deben considerarse caso por caso.[227]

A diferencia del Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF, el Acuerdo SMC no incorpora términos del artículo XX del GATT. Por lo tanto, la jurisprudencia sobre el artículo XX del GATT (y sobre términos parecidos en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF) no es pertinente

[224] El Acuerdo MSF se analizó arriba.
[225] Acuerdo sobre la Agricultura, artículo 2.
[226] Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 874-875.
[227] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Coco desecado*, página 13.

para el Acuerdo SMC. Sin embargo, como se analizó en la sección sobre el término "productos similares", la jurisprudencia sobre este término en el GATT (y en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF) podría ser relevante para la interpretación de este término en el Acuerdo SMC, porque en todos estos contextos el término "productos similares" determina la relación de competencia que existe entre productos. El Acuerdo SMC es un ejemplo de un acuerdo abarcado cuyo contexto puede limitar la "polinización cruzada" en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes en los casos de comercio y medio ambiente.

VII. Conclusión

La implementación de varias políticas ambientales tiene que tener en mente la manera en que se han interpretado y aplicado las disposiciones de varios acuerdos de la OMC. Además, las medidas ambientales podrían enfrentarse con varias cuestiones no resueltas en la jurisprudencia de la OMC. El artículo XX del GATT tendrá un papel importante en la determinación de la consistencia de medidas ambientales con el derecho de la OMC. Es probable que los acuerdos multilaterales ambientales sean pertinentes en la determinación de la consistencia de medidas ambientales con el artículo XX del GATT y las disposiciones de otros acuerdos que utilizan términos parecidos, como el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF y el AGCS. Sin embargo, es poco probable que el artículo XX del GATT pudiera justificar una violación del Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre la Agricultura, el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF, el Acuerdo sobre los MIC o el AGCS. Su aplicación a los demás acuerdos del Anexo 1A tendría que analizarse caso por caso.

Dada que los PMPs pueden ser pertinentes para determinar la similitud de productos en los artículos I y III del GATT el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, este análisis podría servir para determinar la consistencia de algunas medidas ambientales con estos acuerdos, además de ciertas disposiciones del Acuerdo SMC y del Acuerdo Antidumping. Otra vez, tendría que analizarse caso por caso a la luz de la medida ambiental específica. Sin embargo, si las subvenciones ambientales se diseñan para no ser específicas a ciertas empresas o industrias, no estarán sujetas a las acciones multilaterales bajo la Parte III o las acciones unilaterales bajo la Parte V del Acuerdo SMC. Sin embargo, aunque no sean especificas, podrían ser prohibidas bajo la Parte II si están supeditadas a los resultados de exportación o al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Además, si las subvenciones se aplican a los productos agrícolas, tendrán que cumplir con los compromisos de los Miembros de la OMC bajo el Acuerdo sobre la Agricultura. En el caso de la subvenciones supeditadas a los resultados de exportación, el cumplimiento con el Acuerdo sobre la Agricultura podría blindar las subvenciones bajo el artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Sin embargo, esta cuestión no está resuelta. Las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados sí tendrán que cumplir con el Acuerdo sobre la Agricultura y el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC.

La "polinización cruzada" en la interpretación judicial de los acuerdos abarcados de la OMC sobre el comercio de bienes es importante para mantener la coherencia en la interpretación de los términos similares en los contextos similares. También es importante para asegurar un trato consistente de las medidas ambientales en distintos acuerdos abarcados, en el grado en que sea posible. Además, esta "polinización cruzada" en la interpretación judicial facilita el cumplimiento con el principio de efecto útil, lo cual requiere que se interprete a todos los términos de un tratado de forma que de sentido a todos, de una forma armoniosa. Sin embargo, hasta ahora las interpretaciones judiciales de

los términos del GATT han influido en las interpretaciones de los términos similares en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF, pero no viceversa. Esto podría atribuirse al hecho de que las últimas son relativamente recientes o podría ser porque ya existía bastante jurisprudencia pertinente sobre el GATT, pero no tanto sobre el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF. No obstante, sería mejor considerar toda la jurisprudencia pertinente bajo todos los acuerdos cuando se trata de casos de comercio y medio ambiente bajo cualquier de estos acuerdos.

Además de estos acuerdos de la OMC, el Acuerdo sobre los ADPIC puede ser pertinente para la implementación de ciertas políticas ambientales. Por ejemplo, existe un debate internacional importante sobre los derechos de la propiedad intelectual y la transferencia de tecnologías ambientales para combatir el cambio climático.[228] Otros tratados internacionales también van a ser pertinentes, como los acuerdos sobre la protección de la inversión extranjera, los acuerdos comerciales regionales y los acuerdos ambientales. Existe cierto grado de “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC y la interpretación de ciertos términos en los acuerdos sobre la protección de la inversión extranjera y los acuerdos comerciales regionales. Además, varios acuerdos ambientales utilizan términos cuyo origen es el GATT. Por lo tanto, para mantener la coherencia entre estas ramas del derecho internacional público y mantener la consistencia en la interpretación de términos parecidos en contextos parecidos, la “polinización cruzada” en las interpretaciones judiciales internacionales va a ser cada vez más importante en el derecho internacional. Sin embargo, esta “polinización cruzada” más amplia tendría que ser el tema de otro artículo.

[228] Véase Sinha, Tapen and Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 2. Véase también Alberto do Amaral Júnior, *op. cit.*, nota 33, pp. 239-273.

- ARTÍCULO PROFESIONAL -

BREVE EXPLICACIÓN SOBRE LAS PROPUESTAS DE REFORMA AL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Fernanda Garza Magdaleno[*]

Resumen:
Uno de los aspectos centrales de las negociaciones de la Ronda de Doha trata sobre el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC). La Decisión Ministerial de Marrakech de 1994 establece que la Conferencia Ministerial realizaría un examen completo de las normas y procedimientos de solución de diferencias con el propósito de adoptar la decisión de mantener, modificar o dejar sin efecto tales normas y procedimientos. La modificación al sistema de solución de diferencias de la OMC aún sigue siendo tema de negociación y debate. El presente artículo hace un recuento de los tópicos que se encuentran actualmente en negociación, los cuales se han clasificado en doce categorías: (i) derechos de terceros, (ii) composición de los grupos especiales, (iii) reenvío, (iv) soluciones mutuamente convenidas, (v) información estrictamente confidencial, (vi) secuencia, (vii) cuestiones posteriores a la retorsión, (viii) transparencia y escritos amicus curiae, (ix) plazos, (x) intereses de los países en desarrollo, con inclusión del trato especial y diferenciado, (xi) flexibilidad y control de los miembros, (xii) cumplimiento efectivo.

Palabras Clave: Sistema de solución de diferencias, OMC, reformas al Entendimiento de Solución de Diferencias, negociaciones del Entendimiento de Solución de Diferencias, ESD.

Abstract:
One of the central aspects of the negotiations of the Doha Round is improving the dispute settlement system of the World Trade Organization (WTO). The Marrakesh Ministerial Decision of 1994 provides that the Ministerial Conference will conduct a comprehensive review of the rules and procedures within the WTO dispute settlement in order to decide whether to maintain, amend or rescind such rules and procedures. The modification to the dispute settlement system of WTO is still subject to negotiation and debate. This article gives a rundown of the topics that are currently under negotiation, which have been classified into twelve categories: (i) rights of third parties, (ii) composition of panels, (iii) remand, (iv) mutually agreed solutions, (v) strictly confidential information, (vi) sequencing, (vii) post-retaliation issues, (viii) transparency and amicus curiae briefs, (ix) time limits, (x) developing countries interests', including special and differential treatment, (xi) flexibility and control by the members, (xii) effective enforcement.

---

* Fernanda Garza Magdaleno, abogada mexicana se incorporó a la Secretaría de Economía como Directora de Negociaciones de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias desde el 1 de febrero de 2012. Antes de ocupar dicho cargo trabajó en la Organización Mundial del Comercio, en la División de Asuntos Legales (Agosto 2010 a Febrero 2011) y posteriormente en la misma Organización, en la División de Normas (Abril-Noviembre 2011), como parte del equipo de abogados que asesoró a los Grupos Especiales (Paneles) de la OMC en los casos *China - Materias Primas* y *República Dominicana - Medidas de salvaguardia*. Previamente concluyó el Programa de Maestría en Derecho Económico Internacional (IELPO) en la *Universitat de Barcelona* (2009-2010). Las opiniones vertidas en este artículo no representan necesariamente la opinión oficial de los lugares en que he laborado.

Key words: Dispute settlement system, WTO, amendments to the Dispute Settlement Understanding, negotiations of the Dispute Settlement Understanding, DSU.

I. Introducción

Uno de los aspectos centrales de las negociaciones de la Ronda de Doha trata sobre el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC). La Decisión Ministerial de Marrakech de 1994 establece que la Conferencia Ministerial realizaría un examen completo de las normas y procedimientos de solución de diferencias con el propósito de adoptar la decisión de mantener, modificar o dejar sin efecto tales normas y procedimientos.[1] Asimismo, la Decisión Ministerial de Doha de 2001 establece el compromiso de los Ministros en celebrar negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento de Solución de Diferencias. Dichas negociaciones se basarían en las propuestas presentadas por los miembros y en principio, culminarían en el 2003, plazo en el que se preveía la adopción de las disposiciones resultantes de las negociaciones.[2] El plazo en cuestión se ha prorrogado en diversas ocasiones y la modificación al sistema de solución de diferencias de la OMC aún sigue siendo tema de negociación y debate.

II. Puntos en negociación

Los tópicos que se encuentran actualmente en negociación se han clasificado en doce categorías: (i) derechos de terceros, (ii) composición de los grupos especiales, (iii) reenvío, (iv) soluciones mutuamente convenidas, (v) información estrictamente confidencial, (vi) secuencia, (vii) cuestiones posteriores a la retorsión, (viii) transparencia y escritos *amicus curiae*, (ix) plazos, (x) intereses de los países en desarrollo, con inclusión del trato especial y diferenciado, (xi) flexibilidad y control de los miembros, (xii) cumplimiento efectivo.[3]

i. Derechos de terceros

Uno de los temas actualmente en negociación consiste en la revisión y mejora del artículo 10 del ESD en el que se regulan los derechos de terceros en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Las reformas propuestas tratan sobre la participación de los terceros en la etapa de consultas,[4] en el procedimiento ante los grupos especiales y en la etapa de apelación.[5] En cuanto a la participación de los terceros en las *consultas*, actualmente se discuten reglas relativas a la notificación de las respuestas a solicitudes de asociación en las consultas por parte de terceros, así como modificaciones a la forma en que se tratarían dichas solicitudes. Respecto del *procedimiento de los grupos especiales*, hay

[1] Decisión Sobre la Aplicación y Examen del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/53-ddsu.pdf, fecha de consulta: 20 de enero de 2012.

[2] Declaración Ministerial de Doha, 21 de noviembre de 2001, párrafo 30, documento WT/MIN(01)/DEC/1, disponible en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#dispute, fecha de consulta: 20 de enero de 2012.

[3] TN/DS/25

[4] JOB(05)/19/Rev.1, JOB(06)/89, JOB(06)/175 y JOB(06)/224/Rev.1

[5] JOB(05)/19/Rev.1 y TN/DS/W/92

gran apoyo a reforzar los derechos de los terceros en la etapa ante el grupo especial a un nivel comparable al que algunos grupos especiales han concedido recientemente como derechos ampliados de los terceros, y a la posibilidad de conceder más derechos reforzados a los terceros según las circunstancias de cada caso. Varios Miembros se inclinan por mantener la actual flexibilidad para que el grupo especial decida caso por caso, si concede o no esos derechos adicionales. Finalmente, respecto de la etapa de *apelación*, una propuesta para que los Miembros puedan constituirse en terceros por primera vez en esta etapa ha recibido apoyo en las negociaciones. Actualmente, si los Miembros no participan como terceros en un asunto ante el grupo especial, tampoco pueden participar como terceros ante el Órgano de Apelación en ese asunto.

ii. Composición de los grupos especiales

En cuanto a la composición de grupos especiales se examinan actualmente dos propuestas. La primera sugiere la creación de una nómina de integrantes de grupos especiales y un procedimiento mejorado para su composición.[6] La segunda sugiere definir la competencia técnica requerida en los integrantes de los grupos especiales.[7] Actualmente, no existe una lista cerrada de panelistas ante la OMC (si bien la Secretaría cuenta con listas de personas sugeridas de trayectoria notable). Asimismo, en la actualidad el artículo 8 del ESD no exige a los miembros de grupos especiales demostrar su "competencia técnica", aun cuando dicha disposición prevé que los miembros de grupos especiales deben guardar independencia y ser personas con formación sumamente variada y experiencia en campos muy diversos. Durante los debates recientes se sugirió centrar los trabajos en la parte de la propuesta referente al procedimiento para la composición de los grupos especiales y mejorar las prácticas actuales para elegir a los miembros de los grupos especiales en términos del artículo 8 del ESD.

iii. Reenvío

Otro de los temas que se debaten actualmente en las negociaciones, trata sobre la posibilidad de introducir un procedimiento de reenvío (remisión) en el ESD.[8] Bajo las reglas vigentes del procedimiento de solución de diferencias existen situaciones en las que el Órgano de Apelación se ve imposibilitado a analizar en el examen de apelación, determinados aspectos jurídicos cuando considera que el grupo especial que conoció del asunto de manera previa no proporcionó en su correspondiente informe las bases fácticas suficientes para permitir al Órgano de Apelación revisar dicho aspecto. Bajo las reglas aplicables no existe un procedimiento de reenvío o remisión por medio del cual el Órgano de Apelación pueda reenviar el asunto al grupo especial que lo conoció inicialmente para que complete un determinado análisis que a su juicio, quedó incompleto.

La propuesta de introducir en el procedimiento de solución de diferencias un mecanismo de reenvío tiene como finalidad el permitir que el grupo especial formule constataciones adicionales, en un plazo acelerado, respecto de cuestiones para las cuales el Órgano de Apelación haya constatado que no puede completar su análisis jurídico por falta de determinaciones fácticas pertinentes suficientes en el informe inicial del grupo especial.

[6] JOB(05)/144/Rev.1
[7] TN/DS/W/89
[8] JOB(04)/52/Rev.1

El Órgano de Apelación identificaría la existencia de tal situación y orientaría al grupo especial sobre la forma de resolverla, pero correspondería a una parte en la diferencia iniciar el procedimiento de remisión para que esas cuestiones fueran objeto de reenvío. Se ha avanzado bastante en las negociaciones sobre este tema. Actualmente existe apoyo en la definición de situaciones que dan lugar al reenvío. Asimismo, los Miembros han manifestado su interés en que el procedimiento de reenvío no retrase la adopción de los informes ni la aplicación de cualquier resolución finalizada.

iv. Soluciones mutuamente convenidas

Las propuestas sobre este tema implican la revisión de los artículos 3.6 y 4.6 del ESD. Las sugerencias pretenden reglamentar las disciplinas sobre las soluciones mutuamente satisfactorias. Fundamentalmente, se debate la conveniencia de introducir un plazo después de que se ha alcanzado una solución mutuamente satisfactoria para notificar al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes.

v. Información estrictamente confidencial

La propuesta sobre este tema consistente en reforzar la protección de información estrictamente confidencial (IEC).[9] Dicha propuesta toma como base la práctica actual de los grupos especiales y del Órgano de Apelación y busca aclarar las modalidades aplicables a la protección de la IEC presentada en el curso de procedimientos de solución de diferencias. A través de la misma, se sugieren modificaciones del artículo 18 del ESD y la inclusión de un nuevo apéndice del ESD que contendría la mayoría de las disposiciones detalladas sobre la IEC que se proponen. A la fecha, sólo ha habido un examen limitado de los detalles operativos de la propuesta. Sin embargo, los Miembros parecen coincidir en la necesidad de mantener la flexibilidad para adaptar los procedimientos a las circunstancias de cada caso, permitiendo la adopción de procedimientos más detallados en determinados casos cuando sea necesario.

vi. Secuencia

El texto vigente del ESD contiene una inconsistencia en los plazos previstos para iniciar el procedimiento de examen sobre el cumplimiento de un Miembro en una diferencia con el informe definitivo adoptado por el OSD (en términos del artículo 21.5 del ESD) y el plazo para la iniciación del procedimiento de retorsión (conforme al artículo 22.6 del ESD). El texto actual no establece un marco temporal secuencial entre dichos procedimientos. En consecuencia, se han presentado distintas propuestas alternativas que buscan resolver el empalme de dichos plazos.[10]

Recientemente varias delegaciones han trabajado conjuntamente para lograr una mayor convergencia de dichas propuestas alternativas. Como resultado se ha presentado un documento de trabajo informal en el que se expone un enfoque único y que ha obtenido un apoyo significativo. En dicho documento se propone lo siguiente: (i) las consultas serían

[9] La propuesta sobre la protección de información estrictamente confidencial se basa en el documento JOB(06)/56

[10] Los últimos debates sobre la secuencia se han basado principalmente en los documentos JOB(05)/71/Rev.1 y JOB(04)/52/Rev.1.

posibles, pero no obligatorias, antes del establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento; (ii) el procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento lo iniciaría la parte reclamante; y (iii) la iniciación del procedimiento de retorsión sólo sería posible después de que se hubiera producido uno de los diversos acontecimientos enumerados, entre ellos una determinación previa de incumplimiento en un procedimiento sobre el cumplimiento. Este documento de trabajo contiene también otros aspectos, entre los que cabe mencionar la posibilidad de apelar contra las cuestiones de derecho derivadas de decisiones arbitrales formuladas en el marco del artículo 22.6 del ESD, cuestión que no se ha examinado previamente.

vii. Cuestiones posteriores a la retorsión

Se han presentado dos propuestas que buscan introducir un procedimiento destinado a determinar si se ha logrado el cumplimiento cuando el Miembro afectado considera que ha cumplido después de que se concediera autorización para adoptar medidas de retorsión.[11] Entre las cuestiones planteadas en los debates figuran la determinación de la parte que podría iniciar ese procedimiento, la naturaleza de las recomendaciones y resoluciones resultantes de ese procedimiento, y la cuestión de las consecuencias que el cumplimiento parcial podría tener en este contexto. Recientemente, el presidente del OSD ha propuesto tratar de conseguir coherencia y correspondencia entre el procedimiento sobre el cumplimiento previsto en el artículo 21.5 del ESD y el procedimiento para determinar el cumplimiento en el contexto posterior a la retorsión.

viii. Transparencia y escritos *amicus curiae*

En temas de transparencia actualmente se debate la conveniencia de hacer públicas las audiencias y el acceso a las comunicaciones, así como la posibilidad de obtener una publicación más expedita de los informes de los grupos especiales.[12] En cuanto a la *publicidad de las audiencias*, algunos Miembros apoyan que la apertura de las audiencias de los grupos especiales y del Órgano de Apelación contribuiría a garantizar una mayor transparencia y confianza del público al sistema de solución de diferencias. Otros Miembros en cambio, han manifestado su preocupación en relación con las consecuencias que la apertura de las audiencias provocaría, especialmente en cuanto al mantenimiento del carácter intergubernamental del procedimiento de solución de diferencias y la protección de la IEC. Por otra parte, varios Miembros apoyan el hacer *públicas las comunicaciones* presentadas a los grupos especiales y al Órgano de Apelación. Sin embargo, otro grupo de Miembros ha manifestado su preocupación sobre las consecuencias que esto provocaría, en particular respecto de la protección de IEC. Sobre el momento de *publicación de los informes de grupos especiales*, algunos Miembros apoyan la pronta publicación de los informes definitivos de grupos especiales en el idioma original, sin afectar la distribución oficial del informe en los tres idiomas de trabajo ni a los efectos jurídicos que se derivan de esta distribución. Sin embargo, como parte del debate también se ha expresado la preocupación de que esto pueda perjudicar a los Miembros cuyo idioma de trabajo no sea el del informe. Una solución sugerida para responder a esta preocupación consiste en la

[11] En los documentos JOB(04)/52/Rev.1 y JOB(05)/47/Rev.1/Corr.1 en inglés y francés, y JOB(05)/47/Rev.1 en español.

[12] Estas propuestas se han examinado tomando como base el documento TN/DS/W/86.

posibilidad de dar a conocer de manera previa únicamente las constataciones y conclusiones del informe.

Respecto a los escritos amicus curiae, existe la opinión de algunos Miembros de que éstos no deben crear una carga indebida para los Miembros que intervengan en la diferencia correspondiente. A juicio de algunos Miembros, eso se lograría introduciendo una prohibición general de escritos no solicitados. Otros Miembros han expresado que la regulación del momento de presentación de los escritos amicus curiae, de su extensión y del procedimiento para examinar la admisibilidad y el contenido de dichos escritos aseguraría una mejor gestión de los mismos y por otro lado, mejoraría la imagen de la OMC y de su sistema de solución de diferencias.

ix. Plazos

Las reformas propuestas en cuanto a los plazos de procedimiento buscan reducir los plazos en etapas específicas del procedimiento,[13] así como proporcionar tiempo adicional en distintas etapas en caso de que los demandados sean países en desarrollo.[14] En relación con la *duración de las consultas*, ha habido apoyo a reducir a 30 días el período mínimo de las consultas antes de que se solicite el establecimiento de un grupo especial (excepto cuando el demandado sea un país en desarrollo, caso en el cual se podrá conservar el plazo actual de 60 días). Con respecto al *establecimiento del grupo especial*, se propone que se establezcan los grupos especiales en la primera reunión en que se examine la solicitud (manteniendo flexibilidad para aplazar el establecimiento cuando el demandado sea un país en desarrollo). Asimismo, se ha expresado apoyo a una revisión del *plazo para la presentación de las primeras comunicaciones* que se prevé en el Apéndice 3. Se ha examinado también otra propuesta para dar tiempo adicional para que los países en desarrollo presenten sus comunicaciones. Con respecto al *plazo para la adopción de los informes de los grupos especiales*, hay una propuesta de que la adopción de los informes de los grupos especiales se realice inmediatamente después de su distribución. Se ha examinado también una propuesta para reducir los plazos generales correspondientes a la *solución de diferencias relativas a medidas de salvaguardia*.

x. Intereses de los países en desarrollo, incluido el trato especial y diferenciado

Por otra parte, se están debatiendo varias propuestas que tratan de cuestiones relacionadas con los intereses de los países en desarrollo. En adición a las propuestas que ya han sido expuestas con anterioridad, algunos países en desarrollo han sugerido la creación de un *fondo para la Solución de Diferencias destinado a los países en desarrollo* y la introducción de un sistema de adjudicación de *costas procesales* en favor de los países en desarrollo que hayan prevalecido en una diferencia. A través de dicho fondo se busca mejorar el acceso de los países en desarrollo al sistema de solución de diferencias. En relación con este punto es importante mencionar que el secretariado de la OMC y algunas organizaciones no gubernamentales[15] ya asisten a países en desarrollo en este tipo de cuestiones. Estas instituciones brindan orientación jurídica y consultorías relevantes para la solución de diferencias. Sin embargo, es cierto que de los más de 150 miembros de la

[13] La posibilidad de reducir los plazos se ha examinado tomando como base el documento JOB(07)/66.
[14] Documentos JOB(06)/222 y JOB(06)/222/Add.1
[15] Por ejemplo el Advisory Centre of WTO Law.

OMC, sólo una veintena de ellos son quienes utilizan el sistema de solución de diferencias, lo que desde una perspectiva, explica la racionalidad de la propuesta arriba mencionada. Por otra parte, se han formulado propuestas para reforzar el artículo 4.10 del ESD con la finalidad de que se preste suficiente atención a los *intereses de los países en desarrollo en las consultas*. Otra propuesta tiene por objeto asegurar que los árbitros que determinan el *plazo prudencial* para la aplicación en términos del artículo 21.3 c) del ESD tengan en cuenta los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo. Los promotores de la propuesta han señalado que su propósito es codificar la práctica actual.

xi. Flexibilidad y control de los Miembros

Por otra parte, se han examinado varias propuestas sobre flexibilidad y control de los Miembros.[16] Una propuesta que se discute en este rubro trata sobre la posibilidad de permitir a las partes solicitar conjuntamente la supresión de partes de los informes de grupos especiales o del Órgano de Apelación que consideren innecesarias para resolver la diferencia o para permitir a los Miembros que adopten sólo parcialmente esos informes. Sin embargo, varios Miembros han expresado preocupaciones sobre las consecuencias que ello pudiera generar y las posiciones en los debates actuales siguen siendo distantes. Otra propuesta que se examina es la de introducir un reexamen intermedio en la etapa de apelación comparable al que existe actualmente en la etapa del grupo especial. Algunos Miembros opinan que esta propuesta podría dar lugar a mejoras en la calidad de los informes. Sin embargo, se han expresado preocupaciones sobre las consecuencias que dicha propuesta generaría sobre los plazos y sobre el hecho de dar acceso a las partes a una versión del informe previa a la versión provisional. Por otra parte, parece existir amplio apoyo a la introducción de la suspensión de los procedimientos de los grupos especiales o del Órgano de Apelación previa solicitud conjunta de las partes. Finalmente, con respecto a la posibilidad de dar *orientación* adicional *a los órganos resolutorios* en lo que se refiere a la aplicación del derecho internacional público, el enfoque interpretativo que debe seguirse y las medidas objeto de examen, se ha aclarado que la intención sería que el OSD adoptara esas directrices en una decisión que no tendría la naturaleza jurídica del texto de un tratado. Sin embargo, hasta la fecha no ha surgido en los debates un común entendimiento acerca de la manera exacta en que dicha orientación adicional podría darse.

xii. Cumplimiento efectivo

En este rubro se examinan diversas propuestas que buscan fomentar el cumplimiento pronto y efectivo reforzando las medidas correctivas disponibles en virtud del artículo 22 del ESD. Una de las propuestas en este tema consiste en introducir la exigencia *colectiva de cumplimiento de las recomendaciones en los casos que afecten a demandados que sean países en desarrollo*. Sin embargo, esta propuesta no se ha examinado con mucho detalle recientemente. Por otra parte, se discute la compensación y suspensión de concesiones u otras obligaciones para cubrir la anulación o el menoscabo de ventajas sufridos durante el plazo prudencial. Sin embargo, las deliberaciones iniciales sobre esta propuesta han generado interrogantes sobre diversos aspectos operativos por parte de algunos Miembros.

[16] En los documentos: TN/DS/W/82, TN/DS/W/82/Add.1, TN/DS/W/82/Add.1/Corr.1, TN/DS/W/82/Add.2 y TN/DS/W/89.

Por último, se ha examinado una propuesta para *poner la retorsión cruzada a disposición de los demandados que sean países en desarrollo* sin exigir justificación específica de la razón por la que el mismo sector o el mismo acuerdo de retorsión son impracticables o ineficaces. En general, varios Miembros se han mostrado partidarios del objetivo común de las propuestas anteriores sobre este rubro. Sin embargo, las mismas se encuentran aún en una etapa de estudio, y los Miembros siguen trabajando en aclarar detalles y la manera en que el objetivo que se persigue podría lograrse a través de ellas.

III. Conclusiones

A la fecha el texto del ESD no ha sido modificado, y su reforma se encuentra en negociación como parte de la Ronda de Doha. A través de este artículo se han analizado brevemente las propuestas de reforma del ESD más relevantes y que actualmente se encuentran en discusión. Sin embargo, a través de este análisis no se busca agotar cada propuesta de reforma que ha sido planteada a lo largo de la Ronda de Doha. En tal virtud, es importante mencionar que existen otras interesantes propuestas planteadas por distintos Miembros que han sido descartadas de las negociaciones. Un ejemplo de ellas, es la propuesta de creación de un organismo permanente de panelistas (o integrantes de grupos especiales). La Unión Europea, en un esfuerzo por judicializar aún más el sistema de solución de diferencias de la OMC sugirió que los grupos especiales contaran con miembros permanentes, de manera similar al Órgano de Apelación. Algunos Miembros y personalidades del mundo académico[17] simpatizaron con esta propuesta. Sin embargo, otros la criticaron y actualmente ya no forma parte de los debates.

Al analizar las propuestas que se han explicado me parece importante categorizar entre reformas que pretenden solucionar limitaciones o problemas del texto vigente y propuestas que buscan mejorar el mecanismo y hacerlo aún más eficiente. En la primera categoría podríamos clasificar las propuestas descritas en los temas de reenvío y secuencia. En la segunda, las relativas a mejorar las reglas sobre plazos, transparencia y reglas para países en desarrollo, por mencionar sólo algunas. La necesidad de modificar el texto actual del ESD en cuanto a los temas que forman parte de la primera categoría de propuestas ha visto un mayor consenso de los Miembros; la mayoría de ellos coincide en aceptar que es importante resolver las inconsistencias referidas. Sin embargo, la segunda categoría de propuestas ha generado mayor debate y los Miembros aún siguen discutiéndolas.

Con independencia de los temas que actualmente se debaten, es importante señalar que actualmente el sistema de solución de diferencias de la OMC funciona, es eficiente y destaca entre otros sistemas de solución de diferencias a nivel internacional. El cumplimiento de los Miembros con los informes adoptados del OSD ha sido la regla y el incumplimiento la excepción. Asimismo, las reglas actuales permiten el acceso de cualquier Miembro de la OMC al sistema de solución de diferencias de la OMC. Por otra parte, la actividad litigiosa en el seno de dicha institución ha sido comparablemente más activa que el de otras Cortes internacionales.[18] En mi opinión las reformas que se debaten pueden contribuir a volver más eficiente el funcionamiento del sistema de solución de controversias, pero no debe perderse de vista que se busca mejorar una institución que ya es sólida y funciona, aún bajo las reglas actuales.

---

[17] William Davey, por ejemplo.

[18] Por ejemplo la actividad del mecanismo de solución de diferencias de la OMC (aún sin contar los casos bajo el GATT) ha sido más intensa que el de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal del Mar.

- COMENTARIOS SOBRE CASOS -

COMENTARIO SOBRE *ESTADOS UNIDOS – REDUCCIÓN A CERO EN MEDIDAS ANTIDUMPING (COREA)*, INFORME DEL GRUPO ESPECIAL*

*José Manuel Vargas Menchaca***

Resumen:
Corea acudió al mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio para reclamar a los Estados Unidos la imposición de derechos antidumping en tres casos: chapas de acero inoxidable en rollos, hojas y tiras de acero inoxidable en rollos, y hojas de sierra de diamante y sus partes, en los cuales dicho país utilizó la metodología de reducción a cero, es decir la utilización de márgenes de dumping negativos, también conocida como *zeroing*, la cual ya había sido declarada por diversos grupos especiales y por el Órgano de Apelación, como incompatible con las obligaciones que impone la primera oración del artículo 2.4.2 del Acuerdo *Antidumping*.

Palabras Clave: Solución de diferencias, diferencias, Estados Unidos, Corea, OMC, zeroing, reducción a cero, Acuerdo Antidumping.

Abstract:
Korea submitted a dispute to the World Trade Organization claiming the imposition of antidumping duties by the U.S. in three cases: stainless steel sheets in coils, sheets and strips of stainless steel in coils, and diamond saw blades and parts. In these cases the U.S. used the zeroing methodology, i.e. the use of negative dumping margins, which has been already declared by various panels and the Appellate Body as incompatible with the obligations under the first sentence of Article 2.4.2 of the Antidumping Agreement.

Keywords: Dispute settlement, disputes, United States, Korea, WTO, zeroing, Antidumping Agreement.

I. Introducción

Corea acudió al mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para reclamar a los Estados Unidos la imposición de derechos *antidumping* en tres casos: chapas de acero inoxidable en rollos, hojas y tiras de acero inoxidable en rollos, y hojas de sierra de diamante y sus partes, en los cuales dicho país utilizó la metodología de reducción a cero, es decir la utilización de márgenes de *dumping* negativos, también conocida como *zeroing*, la cual ya había sido declarada por diversos grupos especiales (GE´s) y por el Órgano de Apelación (OA),[1] como incompatible con las

* Nota del editor: Para las últimas actualizaciones sobre el tema del *zeroing*, se recomienda además de la lectura de este comentario, el reportaje de "Puentes" (ICTSD) disponible en la siguiente liga: http://ictsd.org/i/news/puentesquincenal/125481/

** Socio del despacho Korporativo Varisa, Licenciado (1986), Maestro (1989) y Doctor (1992) en Derecho por la UNAM, profesor de posgrado y asesor de tesis de diversas universidades, entre ellas, la UNAM, Tecnológico de Monterrey Campus Cd. de México, Universidad de las Américas y Universidad CETYS campus Mexicali.

[1] *Comunidades Europeas – Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India* DS141, *Estados Unidos – Determinación definitiva de la existencia de dumping*

obligaciones que impone la primera oración del artículo 2.4.2 del Acuerdo *Antidumping* (AAD*)*.

De acuerdo con el artículo 2.4.2 del AAD existen tres tipos de metodologías para calcular el margen de *dumping*,[2] entendido éste como la diferencia que pueda existir en la comparación entre el valor normal y el precio de exportación de una mercancía. Así, cuando el precio de exportación es inferior al valor normal (VN>PE) estamos en presencia del *dumping* o discriminación de precios. Dicho de otro modo, cuando el precio de exportación es superior al valor normal (VN<PE) identificamos márgenes negativos de *dumping*, es decir, la discriminación de precios es nula o inexistente, y por tanto, para muchos países, entre ellos los que forman parte de la Unión Europea, así como para México, Japón, Ecuador, Tailandia y Corea, resulta improcedente aplicar derechos *antidumping* a esas transacciones, en la cuantía que deriva de la aplicación del *zeroing*, toda vez que se trata de márgenes negativos de *dumping*.

La cuestión para algunos países resulta aún más grave cuando la imposición de medidas *antidumping* se realiza no únicamente en las investigaciones *antidumping*, sino también en las revisiones anuales para la imposición retrospectiva de los derechos *antidumping*,[3] en las revisiones de nuevo exportador,[4] en las revisiones intermedias de medidas *antidumping*[5] y

---

respecto de la madera Blanda V procedente de Canadá DS264, *Estados Unidos – Medida antidumping relativa a los camarones procedentes del Ecuador* DS335, *Estados Unidos – Medidas relativas a los camarones procedentes de Tailandia* DS343 y *Estados Unidos - Medidas antidumping sobre las bolsas de compra de polietileno (PET) procedentes de Tailandia* DS383.

[2] "2.4.2 A reserva de las disposiciones del párrafo 4 que rigen la comparación equitativa, la existencia de márgenes de dumping durante la etapa de investigación se establecerá normalmente sobre la base de una comparación entre [1] un promedio ponderado del valor normal y un promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables o mediante una comparación entre el valor normal y los precios de exportación transacción por transacción. [2] Un valor normal establecido sobre la base del promedio ponderado podrá compararse con los precios de transacciones de exportación individuales si las autoridades constatan una pauta de precios de exportación significativamente diferentes según los distintos compradores, regiones o períodos, y si se presenta una explicación de por qué esas diferencias no pueden ser tomadas debidamente en cuenta mediante una comparación entre promedios ponderados o [3] transacción por transacción". Los números entre corchetes fueron añadidos para identificar las 3 metodologías.

[3] "9.3.1 Cuando la cuantía del derecho antidumping se fije de forma retrospectiva, la determinación de la cantidad definitiva que deba satisfacerse en concepto de derechos antidumping se efectuará lo antes posible, normalmente en un plazo de 12 meses, y en ningún caso de más de 18 meses, a contar de la fecha en que se haya formulado una petición de fijación definitiva de la cuantía del derecho antidumping.[3]" Se omite la transcripción de la nota al pie.

[4] "9.5 Si un producto es objeto de derechos antidumping en un Miembro importador, las autoridades llevarán a cabo con prontitud un examen para determinar los márgenes individuales de dumping que puedan corresponder a los exportadores o productores del país exportador en cuestión que no hayan exportado ese producto al Miembro importador durante el período objeto de investigación, a condición de que dichos exportadores o productores puedan demostrar que no están vinculados a ninguno de los exportadores o productores del país exportador que son objeto de derechos antidumping sobre el producto. …".

[5] "11.2 Cuando ello esté justificado, las autoridades examinarán la necesidad de mantener el derecho, por propia iniciativa o, siempre que haya transcurrido **un período prudencial desde el establecimiento del derecho antidumping definitivo**, a petición de cualquier parte interesada que presente informaciones positivas probatorias de la necesidad del examen.[5] [Se omite la transcripción de la nota al pie] Las partes interesadas tendrán derecho a pedir a las autoridades que examinen si es necesario mantener el derecho para neutralizar el dumping, si sería probable que el daño siguiera produciéndose o volviera a producirse en caso de que el derecho fuera suprimido o modificado, o ambos aspectos. En caso de que, a consecuencia de un examen realizado de conformidad con el presente párrafo, las autoridades determinen que el derecho antidumping no está ya justificado, deberá suprimirse inmediatamente". Énfasis añadido.

en los exámenes quinquenales o de extinción de medidas, previstas respectivamente en los artículos 9.3, 9.5, 11.2 y 11.3 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo *Antidumping* o AAD).[6]

Este tipo de reclamos –referentes a *zeroing*– tuvo su origen en un caso promovido por la India[7] en contra de la aplicación de derechos *antidumping* impuestos por la Unión Europea basada en *zeroing*. A partir de ello, la Unión Europea decidió no seguir realizando dicha práctica toda vez que fue declarada como incompatible con las obligaciones que impone la OMC a sus Miembros, en particular con respecto a la primera oración del artículo 2.4.2 del AAD. No obstante y en razón que los Estados Unidos también la realizan, los casos en contra del *zeroing* se han ido acumulando, al extremo de señalar algunos Miembros que no debe ser admitida en ninguna de las tres metodologías descritas en el mencionado artículo y tampoco en las revisiones previstas en los artículos 9 y 11 del mencionado Acuerdo *Antidumping*.

El caso en comento (DS402) no es la excepción, el Grupo Especial (GE) concluyó en su informe que los Estados Unidos actuaron de forma incompatible con la primera oración del artículo 2.4.2 del AAD, al utilizar la reducción a cero –*zeroing*– en el cálculo de determinados márgenes de *dumping* en las tres investigaciones y revisiones anteriormente mencionadas. En consecuencia, las determinaciones definitivas, incluso las modificadas, así como las órdenes de imposición de derechos *antidumping* y también las modificadas, son todas incompatibles con la aludida oración.

II. Alegatos de las partes

1. *Corea alega que el método de reducción a cero utilizado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos es prácticamente idéntico al condenado en otros casos*

Corea aduce que el método de reducción a cero –*zeroing*– utilizado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC), en las tres investigaciones que involucran el caso en comento así como las revisiones y modificaciones para la percepción de los derechos *antidumping*, son prácticamente idénticos al método que el OA declaró incompatible con la primera oración del párrafo 2.4.2 del AAD en los asuntos de *CE – Ropa de cama* de algodón (DS141) y *Estados Unidos – Madera blanda V* (DS264).

Corea sostiene que el USDOC calculó márgenes de discriminación de precios en cuantías que excedieron de la magnitud efectiva del *dumping*, identificado para las empresas analizadas en cada una de las tres investigaciones y revisiones que involucran el

[6] "11.3 No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, todo derecho antidumping definitivo será suprimido, a más tardar, **en un plazo de cinco años** contados desde la fecha de su imposición (o desde la fecha del último examen, realizado de conformidad con el párrafo 2, si ese examen hubiera abarcado tanto el dumping como el daño, o del último realizado en virtud del presente párrafo), salvo que las autoridades, en un examen iniciado antes de esa fecha por propia iniciativa o a raíz de una petición debidamente fundamentada hecha por o en nombre de la rama de producción nacional con una antelación prudencial a dicha fecha, determinen que la supresión del derecho daría lugar a la continuación o la repetición del daño y del dumping".[6] Se omite la transcripción de la nota al pie. El derecho podrá seguir aplicándose a la espera del resultado del examen. Énfasis añadido.

[7] Comunidades Europeas – Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India (DS141). Los informes del GE y del OA fueron adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias el 12 de marzo de 2001.

presente asunto. Lo anterior, al haber percibido los Estados Unidos derechos *antidumping* superiores a las cuantías que habrían correspondido si no se hubiera utilizado el *zeroing*. Es decir, si no hubieran llevado a cero todos los márgenes negativos (en los que el precio de exportación es superior al valor normal) de cada uno de los modelos antes de sumar la cuantía total del *dumping* de todos los modelos investigados.

2. *Estados Unidos reconoce que el zeroing utilizado en el método de comparación entre promedios en las investigaciones es incompatible con la primera oración del artículo 2.4.2 del AAD*

Los Estados Unidos *no* cuestionan la exactitud de la descripción que Corea hace del método de reducción a cero en lo que se refiere a las investigaciones en litigio. Igualmente reconocen que en el caso de *Estados Unidos – Madera blanda V* (DS264), el OA constató que el uso de *zeroing* con respecto al método de comparación entre promedios ponderados del valor normal, en comparación con los promedios ponderados del precio de exportación, en las investigaciones era incompatible con la primera oración del artículo 2.4.2 del AAD, cuando interpretó de forma integrada las expresiones márgenes de *dumping* y todas las transacciones de exportación comparables referidas en dicha primera oración.

De este modo, los Estados Unidos reconocen que este razonamiento es igualmente aplicable a los márgenes de *dumping* calculados en los tres asuntos de este caso DS402 y, por tanto, no refutan las alegaciones de Corea. Así las cosas, los Estados Unidos no presentan algún argumento jurídico para rebatir la interpretación, citada por Corea, que el Órgano de Apelación hace de la primera oración del artículo 2.4.2 del AAD.

No obstante lo anterior, los Estados Unidos sostienen que los informes anteriores del OA y de los GE´s no son obligatorios para los demás grupos especiales que se ocupan de otras diferencias. Los Estados Unidos expresan que los derechos y las obligaciones de los Miembros derivan del texto de los acuerdos abarcados, es decir, de algún modo argumentan que no existe la aplicación automática de la *jurisprudencia* (precedentes) de la OMC.

Para Corea los informes de los GE´s y del OA son precedentes que crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y seguir las conclusiones a las que ha llegado el OA en diferencias anteriores no sólo es apropiado, sino que es precisamente lo que se espera de los GE´s, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas. Al respecto, el GE del asunto en comento DS402 coincidió con Corea al señalar " … estamos de acuerdo con Corea en que los informes adoptados generan expectativas legítimas entre los Miembros de la OMC (se omite la nota al pie) y en que seguir las conclusiones a que ha llegado el Órgano de Apelación en diferencias anteriores no sólo es apropiado, sino que es precisamente lo que se espera de los grupos especiales, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas´".[8]

3. *La Unión Europea invoca la fuerza de los precedentes resueltos por el Órgano de Apelación*

En su calidad de tercero participante en este caso DS402, la Unión Europea invoca el informe del OA sobre *Estados Unidos – Determinaciones antidumping con respecto al*

[8] Véase el Informe del GE Estados Unidos – Utilización de la reducción a cero en medidas antidumping que afectan a productos procedentes de Corea DS402, párrafo 7.31. Sobre este mismo punto puede consultarse también los informes del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas alcohólicas II, página 18; Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia), párrafos 108 y 109; y Estados Unidos - Madera blanda V, párrafos 109-112.

acero inoxidable procedente de México (DS325), para señalar que los GE´s deben atenerse a las resoluciones del OA cuando éste ha interpretado anteriormente las mismas cuestiones jurídicas.

Incluso la Unión Europea hace patente que en el asunto DS402 no hay diferencia que ventilar por parte del GE, toda vez que los Estados Unidos reconocen que sus medidas son incompatibles con el AAD, por lo cual dicho Grupo podría sugerir en ejercicio de lo establecido en el artículo 19.1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD)[9] que los Estados Unidos pongan de manera inmediata las medidas en litigio en conformidad.

III. El mandato y función del Grupo Especial (GE)

Al igual que en otros tres casos en los que se sometió a litigio la reducción a cero[10] y en los cuales los Estados Unidos tampoco refutaron la reclamación de los países demandantes, el GE encargado del asunto en comento DS402 procedió a identificar cuál era el mandato y función del GE, reconociendo que no podía otorgarle la razón a Corea, a pesar de la ausencia de contra argumentación de los Estados Unidos.

Por una parte, con fundamento en el artículo 11 del ESD,[11] el GE reconoció que la función de cada grupo es realizar una evaluación objetiva del asunto que le fue sometido, el cual incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados, en este caso del AAD, y de la conformidad de la(s) medida(s) impugnadas con dicho Acuerdo; para de este modo formular las conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los Acuerdos de la OMC.

El GE tampoco soslaya el hecho de que la situación planteada por Corea es muy semejante a la que conocieron otros GE´s, concretamente en: *Estados Unidos – Camarones (Ecuador) DS335, Estados Unidos – Camarones (Tailandia) DS343* y *Estados Unidos – Bolsas PET (Tailandia) DS383*, y frente al hecho de que los Estados Unidos no cuestionan la alegación presentada por Corea, están de acuerdo en orientarse por el enfoque adoptado por esos GE´s, para lo cual consideran de suma importancia analizar, *inter alia*, el aspecto de la carga de la prueba.

Con lo descrito en el párrafo anterior se confirma lo expuesto por los Estados Unidos, en el sentido de que no hay una jurisprudencia automática en la OMC y que los asuntos

---

[9] Artículo 19.1 del ESD "Artículo 19 Recomendaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación 1. 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 (es la parte en la diferencia a la que vayan dirigidas las recomendaciones del GE o del OA) la ponga en conformidad con ese acuerdo. (se omite nota al pie) Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas" [el subrayado es nuestro].

[10] *Estados Unidos – Medida antidumping relativa a los camarones procedentes del Ecuador* DS335, *Estados Unidos – Medidas relativas a los camarones procedentes de Tailandia* DS343 y *Estados Unidos – Medidas antidumping sobre las bolsas de compra de polietileno (PET) procedentes de Tailandia* DS383.

[11] "Artículo 11 Función de los grupos especiales. La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria".

resueltos por otros GE´s son precedentes no obligatorios para los demás. No obstante, es atribución de los GE´s analizar y, en su caso, orientarse por lo resuelto en casos semejantes por otros GE´s y por el OA.

IV. Carga de la prueba

En atención al principio general de Derecho de *quién afirma está obligado a probar*, en el caso en comento resulta particularmente importante analizar la carga de la prueba que corresponde al reclamante, en este caso a Corea. Dicho de otro modo, al no haber una refutación por parte de los Estados Unidos (el reclamado) a la alegación presentada por Corea (el reclamante), tiene que observarse por parte del GE si éste último cumplió *prima facie* con la carga de la prueba, que como una cuestión de derecho, le corresponde como reclamante para efectos de pronunciarse a su favor.

A mayor abundamiento, en el caso *Estados Unidos – Juegos de azar (Antigua y Barbados) DS285,*[12] el OA se pronunció en el sentido de que "[u]n grupo especial incurre en error si se pronuncia sobre alegaciones que la parte reclamante no ha acreditado *prima facie*", agrega el informe del GE que conoció del asunto Juegos de azar:

> "Una acreditación *prima facie* de las alegaciones tiene que basarse en ´pruebas y argumentos jurídicos´ aportados por la parte reclamante con respecto a cada uno de los elementos de la reclamación. La parte reclamante no puede limitarse a presentar pruebas y esperar que el Grupo Especial extraiga de ellas el fundamento de una incompatibilidad con el régimen de la OMC. Tampoco puede limitarse a invocar hechos sin relacionarlos con su argumentación jurídica".

En virtud de lo expuesto, las alegaciones que presente el reclamante, en este caso Corea, tienen que ser suficientes para identificar la medida impugnada y sus consecuencias fundamentales, especificar la disposición pertinente de la OMC y la obligación que contiene, y explicar los fundamentos por los que se invoca la incompatibilidad de la medida con la disposición.

A partir de lo anterior y a pesar de la falta de refutación por parte de los Estados Unidos, el GE examinó las alegaciones y pruebas presentadas por Corea, entre otros aspectos, aporta copia de los programas informáticos que el USDOC utilizó para sus determinaciones definitivas, en las cuales se observa que el cálculo de la cuantía total del *dumping*, incluye únicamente las ventas en que el margen de *dumping* es superior a cero. Por tanto, llegó a la determinación que este país en su calidad de reclamante había cumplido con el estándar *prima facie* en los tres casos que involucran el presente asunto DS402.

De este modo, el GE pasó analizar la situación jurídica en la que quedaban los Estados Unidos al no haber sido refutada la alegación de Corea. En consecuencia, el GE concluyó que los Estados Unidos habían actuado en los 3 casos de *dumping* alegados por Corea de

---

[12] Casos anteriores relevantes sobre la carga de la prueba son CE – Hormonas (Canadá) DS48, en el cual el OA resolvió que el GE había incurrido en error de derecho al absolver a las reclamantes de la necesidad de proceder a una acreditación prima facie y desplazar la carga de la prueba al reclamado.

En el caso Estados Unidos – Camisas y blusas (India) DS33, el GE debería haber comenzado el análisis de cada disposición jurídica examinando si los Estados Unidos y el Canadá habían presentado pruebas y argumentos jurídicos suficientes para demostrar que las medidas de las CE eran incompatibles con las obligaciones asumidas por las Comunidades Europeas, así que sólo después de que el GE hubiera hecho una determinación prima facie de ese tipo, podría desplazarse a las Comunidades la carga de presentar pruebas y argumentos que refutaran la alegación del reclamante.

forma incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de la primera oración del artículo 2.4.2 del AAD, tal y como sucedió en los casos anteriormente evaluados por otros GE´s, huelga decir, *Estados Unidos - Camarones (Ecuador)*, párrafo 7.40*; Estados Unidos - Camarones (Tailandia)*, párrafo 7.34; y *Estados Unidos - Bolsas PET (Tailandia)*, párrafo 7.24.

V. Conclusión

Como lo hemos comentado, existen diversos casos que han examinado el tema de *zeroing* y su compatibilidad con las normas de la OMC, entre ellos se encuentran los siguientes: i) *Estados Unidos – Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción* (Reclamante Japón DS322) , ii) *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de la reducción a cero* (Reclamante Unión Europea DS350), y iii) *Estados Unidos – Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping (reducción a cero)* (Reclamante Unión Europea DS294). Al respecto y toda vez que los informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación han declarado la incompatibilidad con las normas de la OMC y dichos informes fueron adoptados por el OSD, el cumplimiento por parte de los Estados Unidos sobre dichos asuntos ha sido examinado en todas las reuniones ordinarias del OSD celebradas durante 2011.

Resulta de particular interés para toda la membresía de la OMC el cumplimiento que al efecto realicen los Estados Unidos, ya que cualquier país al ser investigado por *dumping* por parte de las autoridades estadounidenses, se verá sometido a la aplicación de la metodología de reducción a cero –*zeroing*– . Lo mismo sucede para aquellos países que actualmente tienen órdenes y derechos *antidumping* en contra de sus exportaciones, toda vez que las revisiones y exámenes se verán sometidos a las mismas reglas.

En los diversos informes de situación de los asuntos mencionados en el párrafo anterior, los Estados Unidos señalaron que el 28 de diciembre de 2010 el USDOC, a través de una publicación en el *Federal Register* (81533),[13] anunció una propuesta para modificar el cálculo del promedio ponderado de los márgenes de *dumping* y los derechos aplicables en determinados procedimientos *antidumping* (exámenes, exámenes por extinción o quinquenales y las comparaciones entre transacciones en las investigaciones); y a partir de los comentarios recibidos[14] de las distintas partes interesadas el USDOC sigue trabajando la propuesta, manifestando que se trata de un proceso interno de aplicación muy difícil.[15]

Sin menoscabo de lo anterior, los reclamantes (Japón y la Unión Europea) han continuado con los procedimientos previstos en el ESD para efectos de obtener satisfacción a los intereses económicos que han visto perjudicados. De este modo, ambos países siguieron sendos procedimientos conforme a lo establecido en el artículo 22.6 del ESD para

[13] La fecha límite para recibir comentarios de las personas físicas y morales interesadas en el asunto se fijó para el 27 de enero de 2011; sin embargo, se hizo una prórroga con vencimiento para el 18 de febrero de 2011. Hasta ahora no se ha dictado la resolución final con la cual podría darse cumplimiento a las recomendaciones de la OSD y eliminar el método de reducción cero para calcular el margen de dumping.

[14] Los comentarios recibidos por el USDOC están visible en el sitio de internet: http://www.regulations.gov/#!searchResults;rpp=10;po=0;s=ITA%252B2010%252B-0011

[15] Al respecto se revisó la Agenda Regulatoria Semianual publicada por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, en donde se mencionan las reformas regulatorias que se han llevado a cabo, o aquéllas que están en revisión hasta junio de 2011, así como las actividades que se esperan realizar hasta marzo de 2012. En ningún apartado de esta agenda se mencionan las modificaciones a la metodología para el cálculo del margen de dumping.

efectos de resolver el monto que corresponde a cada uno por concepto de represalia o retorsión en cada caso. Frente a esto y con la esperanza de la convocatoria lanzada por los Estados Unidos en diciembre de 2010 tuviera efectos favorables, emitieron comunicaciones de mutuo acuerdo (WT/DS322/39 y WT/DS294/40) a fin de que los trabajos de los arbitrajes del artículo 22.6 del ESD fueran suspendidos hasta noviembre de 2011 y enero de 2012, respectivamente, en espera –como ya dije– de que los Estados Unidos les brinden (a Japón y a la Unión Europea) una pronta solución al cumplimento de los informes de los respectivos GE´s y del OA.

En opinión de la Unión Europea, expresada en la reunión del OSD del 24 de febrero de 2011 y reiterada en reuniones posteriores de dicho Órgano referentes a los asuntos comentados *supra* (DS294, DS322 y DS350)[16], los esfuerzos de los Estados Unidos no han sido suficientes toda vez que la adopción por parte del OSD de uno de los informes correspondientes se remonta a enero de 2007 (DS322), otro a abril de 2007 (DS294) y el último a diciembre de 2009 (DS350). Así, el plazo prudencial para el cumplimiento se ha excedido en demasía. La Unión Europea tampoco considera que la propuesta de los Estados Unidos sea en si misma una medida destinada al cumplimiento de los informes, es decir, lo que la Unión Europea espera como cumplimiento de los informes adoptados por el OSD, es que los Estados Unidos declaren la terminación inmediata de la práctica de fijación de derechos *antidumping* a partir de la aplicación del *zeroing*.

En la reunión del OSD del 25 de marzo de 2011, al abordar el asunto *Corea vs. Estados Unidos DS402*, los Estados Unidos declararon que se proponían aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD de manera que respetasen las obligaciones que les correspondían en el marco de la OMC y añadieron que necesitarían un plazo prudencial para hacerlo. Así, el 17 de junio de 2011, Corea y los Estados Unidos informaron al OSD que habían fijado de común acuerdo el plazo prudencial para que los Estados Unidos cumplieran las recomendaciones y resoluciones del OSD. Toda vez que el asunto en comento involucra tres productos, en cuanto a los dos primeros, chapas de acero inoxidable en rollos y, hojas y tiras de acero inoxidable en rollos, el plazo prudencial comprendería nueve meses, por lo que expirará el 24 de noviembre de 2011. Con respecto a las hojas de sierra de diamante y sus partes, el plazo prudencial abarcaría ocho meses, por lo que concluirá el 24 de octubre de 2011.

Adicionalmente la Unión Europea señala la cuestión del cobro excesivo de derechos, sobre todo a partir del vencimiento del plazo prudencial y de algún modo reclama a los Estados Unidos la conveniencia de que esos derechos sean reembolsados. La respuesta de los Estados Unidos involucró el caso ventilado durante años referente a los bananos, en el cual la Unión Europea no estuvo de acuerdo en proceder al reembolso por concepto del pago de derechos. En consecuencia, es de esperarse que los Estados Unidos tampoco

[16] La Unión Europea no ha promovido un procedimiento de arbitraje de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del ESD. "Artículo 22 Compensación y suspensión de concesiones … 2. Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 … cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados. … 6. Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, … si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta … la cuestión se someterá a arbitraje. …".

decidan proceder al reembolso, toda vez que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC no impone dicha obligación.

Por otra parte, en la reunión del OSD celebrada el 27 de septiembre de 2011, la Unión Europea expresó que seguía dispuesta a entablar conversaciones con los Estados Unidos en el marco de la OMC, o bien bilateralmente, para efecto de que se atendieran las preocupaciones expresadas en las reuniones del OSD celebradas en Ginebra, Suiza, en enero y febrero de 2011. Agregó que esperaba con interés una reacción por parte de los Estados Unidos, a fin de que facilitaran más información sobre la forma y términos en los que dicho país realizará el cumplimiento los informes de los GE´s y del OA en relación con las modificaciones a la metodología de reducción a cero.

En suma, es probable que se sigan presentando más casos en contra de la práctica de *zeroing* realizada por los Estados Unidos para el cálculo del margen de *dumping* y la fijación de derechos. Asimismo, en el marco del mecanismo de solución de diferencia de la OMC, también es probable que el proceder de los Estados Unidos en los casos futuros en los cuales se involucre el tema de *zeroing,* sea el no refutar las alegaciones que se formulen en su contra.

Adicionalmente, cuando un Miembro reclame a los Estados Unidos la imposición de derechos *antidumping* es probable que incluya como uno de los argumentos el *zeroing* y, por tanto, forme parte de la reclamación en contra de dicho país. Como ejemplo de los señalamientos anteriores tenemos: i) *Estados Unidos – Medidas antidumping sobre determinados camarones procedentes de Viet Nam* (DS404), ii) *Estados Unidos – Medidas antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Corea* (DS420), iii) *Estados Unidos – Medidas antidumping relativas a determinados camarones de aguas cálidas congelados procedentes de China* (DS422), y iv) *Estados Unidos – Medidas antidumping sobre las importaciones de hojas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de Italia* (DS424).

Igualmente no se vislumbra en el corto plazo que los Estados Unidos vayan a modificar su práctica, su legislación y sus normas operativas; en consecuencia, existe la probabilidad fundada de que se sigan incrementando los casos en contra de dicho país.

COMENTARIO SOBRE *ESTADOS UNIDOS – DERECHOS ANTIDUMPING Y COMPENSATORIOS (CHINA)*, INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Manuel Sánchez Miranda[*]

Resumen:
En *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, el Órgano de Apelación (OA) analizó cuatro cuestiones fundamentales del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ('ASMC'): (i) el término 'organismo público' contenido en el artículo 1.1(a)(1); (ii) el requisito de 'especificidad' establecido por los artículos 2.1(a) y 2.2; (iii) los lineamientos que deberán de seguir las autoridades investigadoras al utilizar precios e intereses 'de referencia', al calcular el beneficio de una subvención bajo los artículos 14(b) y 14(d); y, en lo que constituye el núcleo de esta disputa, (iv) la aplicación de 'dobles medidas correctivas' a la luz del artículo 19.3. En su informe, el OA adoptó diversas interpretaciones que resultan fundamentales para cada una de esas cuatro cuestiones. El presente comentario resume y analiza el razonamiento y las interpretaciones del OA en esta disputa.

Palabras clave: OMC, ASMC, subvención, organismo público, especificidad, puntos de referencia, dobles medidas correctivas, solución de diferencias, diferencias, Estados Unidos, China.

Abstract:
In *United States – Antidumping and countervailing duties*, the Appellate Body ('AB') analysed four fundamental matters concerning the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures ('ASCM'): (i) the term 'public body' contained in article 1.1(a)(1); (ii) the 'specificity' requirement established in articles 2.1(a) and 2.2; (iii) the guidelines that must be followed by investigating authorities when using price and interest 'benchmarks', when calculating the benefit of a subsidy under articles 14(b) and 14(d); and, in what constitutes the core of this dispute, (iv) the imposition of 'double remedies' in light of article 19.3. In its report, the AB adopted several interpretations that are fundamental for each of the four matters at issue. This case commentary summarizes and analyses the AB's reasoning and interpretations in this dispute.

Keywords: WTO, ASCM, subsidy, public body, specificity, benchmarks, double remedies, dispute settlement, disputes, United States, China.

I. Introducción

La presente disputa tiene que ver con la imposición de derechos compensatorios en contra de determinados productos Chinos, sobre la base de los resultados de cuatro investigaciones antidumping y antisubvenciones, llevadas a cabo por el Departamento de

* Asociado, Wöss & Partners, S.C. (Ciudad de México). Maestro en Derecho y *Fellow* del *Institute of International Economic Law, Georgetown University*; Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

Comercio de los Estados Unidos (‘USDOC’). Los productos sobre los cuales el USDOC impuso derechos antidumping y una antisubvenciones de manera concurrente, son los siguientes: (1) tubos de acero al carbono soldados de sección circular (‘CWP’), (2) determinados neumáticos todo terreno nuevos (‘OTR’), (3) tuberías de poco espesor de sección rectangular (‘LWR’), y (4) sacos tejidos laminados (‘LWS’).

Como se describirá a continuación, China impugnó las siguientes medidas por considerarlas incompatibles con diversas obligaciones de los Estados Unidos ante la OMC: las determinaciones antidumping y antisubvenciones definitivas emitidas por el USDOC en aquellas investigaciones, los avisos de imposición de los derechos respectivos, así como diversos aspectos relativos a la forma en la que se condujo la investigación.

El Grupo Especial rechazó la mayoría de las reclamaciones de China. De ellas, China apeló las siguientes ante el OA:

1) China no demostró que el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que correspondían a los Estados Unidos en virtud del Artículo 1.1(a)(1) del ASMC al determinar en las investigaciones en litigio pertinentes que las empresas de propiedad estatal y los bancos comerciales de propiedad estatal eran "organismos públicos".
2) China no demostró que el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que correspondían a los Estados Unidos en virtud del artículo 2.1(a) del ASMC al determinar, en la investigación relativa a los OTR, que el otorgamiento de préstamos por bancos comerciales de propiedad estatal a la rama de producción de OTR era específico *de jure*.
3) China no demostró que el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que correspondían a los Estados Unidos en virtud del Artículo 14(d) del ASMC, al rechazar los precios privados del país en China como puntos de referencia para determinados insumos; China no demostró que el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que correspondían a los Estados Unidos en virtud del artículo 14(b) del ASMC al rechazar los tipos de interés en China como puntos de referencia para calcular el beneficio derivado de préstamos denominados en yuan otorgados por bancos comerciales de propiedad estatal; y China no demostró que los puntos de referencia realmente utilizados con respecto a los préstamos denominados en yuan eran incompatibles con el artículo 14(b) del ASMC.
4) China no demostró que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con las obligaciones que les correspondían en virtud del artículo 10, los párrafos 3 y 4 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC o en virtud del párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 debido a la utilización por el USDOC de su método ENM en las cuatro investigaciones antidumping en litigio y la imposición concurrente, sobre esa base, de derechos antidumping y de derechos compensatorios sobre los mismos productos en las cuatro investigaciones en materia de derechos compensatorios en litigio.[1]

[1] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China (Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, WT/DS379/R, adoptados el 25 de marzo de 2011, párrafo 17.1.

El 11 de Marzo de 2011, el OA emitió su informe definitivo, en el que revirtió las constataciones (1) y (4) anteriores (referentes al término 'organismo público' y a la aplicación de 'dobles medidas correctivas', respectivamente), mientras que confirmó las constataciones (3) y (4) (referentes a la 'especificidad' y al uso de 'puntos de referencia').

Probablemente, el núcleo de *Estados Unidos—Derechos antidumping y compensatorios (China)*[2] es el tema de las 'dobles medidas correctivas', es decir la doble neutralización de una subvención mediante la imposición concurrente de una cuota compensatoria y un derecho antidumping. Y esto es así, en tanto esta disputa representa la primera vez que un Grupo Especial y/o el OA analizan dicha cuestión; siendo que la apertura concurrente de investigaciones antidumping y antisubvenciones es una práctica creciente entre los Miembros de la OMC que buscan protegerse de las importaciones provenientes de China. La sustancia de esta disputa fue justamente la aplicación concurrente de derechos antidumping y compensatorios en contra cuatro productos provenientes de China. Además, los Estados Unidos han iniciado más de veinte procedimientos concurrentes de este tipo durante los últimos años. Más aún, los Estados Unidos no han sido los únicos usuarios de esta política. A principios de mayo de 2011, la Unión Europea decidió por primera vez imponer derechos compensatorios en contra de China, con el objeto de compensar las importaciones subvencionadas de papel—un producto en contra de cuyas importaciones también aplica derechos antidumping para contrarrestar una situación de discriminación de precios.[3] Además, el 12 de Julio de 2011, por primera vez México inició una investigación antidumping y antisubvenciones de manera concurrente, en contra de las importaciones de amoxicilina trihidratada originaria de China y la India.[4] Otros países, como Brasil, han iniciado procedimientos similares.

Entre otros aspectos secundarios importantes, se destaca el hecho de que *Estados Unidos—Derechos antidumping y compensatorios (China)* representa la tercera disputa iniciada por China desde su adhesión a la OMC[5] y la cuarta que involucra a China como parte reclamada o reclamante, que llega hasta la instancia del OA[6].

De acuerdo a las reglas que rigen a la solución de diferencias en la OMC, Estados Unidos contará con un periodo prudencial para poner sus medidas de conformidad con sus

---

[2] Ibid. Vease también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China) ('Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)')*, WTDS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011. Ambos informes se encuentran disponibles en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds379_s.htm.

[3] Stearns, Jonathan, *'EU Hits China With First Anti-Subsidy Duties, Targeting Paper'*, Bloomberg, 6 de Mayo de 2011. Disponible en: http://www.bloomberg.com/news/2011-05-06/eu-hits-china-with-first-anti-subsidy-duties-targeting-paper.html, revisada el 12 de septiembre de 2011.

[4] Resolución por la que se acepta la solicitud de parte interesada y se declara el inicio de la investigación antidumping y antisubvención sobre las importaciones de amoxicilina trihidratada originarias de la República Popular China y de la República de la India, independientemente del país de procedencia. Esta mercancía se clasifica en la fracción arancelaria 2941.10.12 de la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, publicada en el Diario Oficial de la Federación, México, 12 de Julio de 2011.

[5] Las otras dos son: *Estados Unidos – Salvaguardias sobre el acero* (DS252, en la que los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación fueron adoptados el 23 de Diciembre de 2003) y *Estados Unidos — Determinaciones preliminares antidumping y en materia de derechos compensatorios sobre el papel sin pasta mecánica de madera, estucado, procedente de China* (DS368, en la que China solicitó la celebración de consultas el 14 de Diciembre de 2007, pero no ha solicitado el establecimiento de un Grupo Especial).

[6] Las otras tres son *Estados Unidos – Salvaguardias sobre el acero* (DS252), *China – Partes de automóviles* (DS379, DS339, DS340 y DS342) y *China – Servicios audiovisuales* (DS363).

obligaciones ante la OMC. Con fundamento en el acuerdo alcanzado entre China y los Estados Unidos bajo el artículo 21.3(b) del Entendimiento de Solución de Diferencias ('ESD'), dicho período prudencial expirará el 25 de Febrero de 2012[7].

II. Análisis del Artículo 1.1(a)(1) del ASMC: 'Organismo Público'

El OA analizó la interpretación del Grupo Especial de la frase 'organismo público', contenida en el artículo 1.1(a)(1) del ASMC. En lo que respecta a la aplicación de dicha interpretación al caso concreto, tanto el Grupo Especial como el OA analizaron la naturaleza de los 'bancos comerciales de propiedad estatal' y de las 'empresas de propiedad estatal' en China. El artículo 1.1(a)(1) del ASMC establece lo siguiente:

> 1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:
> a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno") […] y
> b) con ello se otorgue un beneficio.

En las cuatro investigaciones en litigio, el USDOC determinó que tanto los 'bancos comerciales de propiedad estatal' como las ¿empresas de propiedad estatal' constituían 'organismos públicos' en el sentido del artículo 1.1(a)(1) del ASMC. Al formular estas constataciones, el USDOC se basó principalmente en un criterio de propiedad mayoritaria, es decir, en el hecho de que las empresas de que dichas entidades eran mayoritariamente de propiedad estatal[8].

Al analizar las constataciones del USDOC, el Grupo Especial valoró que la propiedad estatal es una prueba de "gran relevancia y potencialmente concluyente respecto del control gubernamental". El Grupo Especial interpretó que la expresión 'organismo público' que figura en el artículo 1.1(a)(1) del ASMC significa "cualquier entidad controlada por un gobierno". Sobre esa base, el Grupo Especial confirmó las determinaciones del USDOC de que las empresas y los bancos comerciales de propiedad estatal en cuestión, constituían organismos públicos de conformidad con el artículo 1.1(a)(1) del ASMC.

Al revisar la interpretación del Grupo Especial, el OA examinó el sentido corriente de la frase "organismo público", de conformidad con las normas usuales del derecho internacional público. Sin embargo, el OA encontró que "las definiciones que aparecen en los diccionarios sugieren una gama bastante amplia de posibles significados de la expresión "organismo público", que abarca entidades, incluidas entidades que poseen facultades gubernamentales u obran en ejercicio de ellas y entidades pertenecientes a la comunidad o la nación"[9].

El OA procedió a analizar el contexto de aquella frase, y en ese sentido destacó que el término "gobierno" se emplea dos veces en el artículo 1.1 (a) (1) del ASMC. Una en sentido estricto, en la frase "de un gobierno o de cualquier organismo público", y otra en sentido colectivo, en una frase entre paréntesis que especifica que, a los efectos del Acuerdo SMC, esta palabra designa colectivamente a "un gobierno o ... cualquier organismo público". Según el OA, es el sentido colectivo el que da luz sobre qué

---

[7] Documento WT/DS379/11, 8 de Julio de 2011.

[8] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 277.

[9] *Ibidem*, párrafo 285.

características debe tener una entidad para ser considerada como 'organismo público'. En este sentido, destacó el OA, agrupar a los términos "gobierno" y "organismo público" en la palabra colectiva implica, por tanto, "un grado suficiente de elementos comunes o de coincidencias en sus características esenciales para que sea correcto entender que la entidad en cuestión es de naturaleza gubernamental"[10].

¿Qué características esenciales debe compartir una entidad con el gobierno en sentido estricto para ser un organismo público y, por tanto, formar parte del gobierno en sentido colectivo? Para contestar esta pregunta, el OA recordó lo establecido por el OA en *Canadá – Productos lácteos*. En dicho caso, el OA consideró que el aspecto básico del gobierno "es que dispone de las facultades efectivas para regular, controlar o supervisar a los individuos o, en caso contrario, restringir su conducta mediante el ejercicio de la autoridad acorde con la ley". El OA consideró que este sentido "se deriva, en parte, de las funciones realizadas por un gobierno y, en parte, de que el gobierno tenga las *facultades* y la *autoridad* para llevar a cabo esas funciones". A juicio del OA, "estos elementos definitorios de la palabra 'gobierno' informan el sentido de la expresión 'organismo público,'" lo cual parece indicar que tanto "el desempeño de funciones gubernamentales", como "el hecho de disponer de autoridad para llevar a cabo esas funciones y de ejercerla" son "elementos comunes fundamentales de [un] gobierno y [un] organismo público"[11].

Así, el OA concluyó lo siguiente: (1) "el término 'organismo público' comparte algunos atributos con el concepto de 'gobierno'"; (2) "un organismo público en el sentido del [Artículo 1.1(a)(1) del ASMC] debe ser una entidad que posee o ejerce facultades gubernamentales, o que debe estar dotado de ellas"; (3) sin embargo, "del mismo modo que no hay dos gobiernos exactamente iguales, los contornos y las características precisos de un organismo público variarán necesariamente de una entidad a otra, de un Estado a otro, y de un asunto a otro"[12]. Por esa razón, el OA solicitó a los Grupos Especiales y a las autoridades investigadoras "que realicen a una evaluación minuciosa de la entidad en cuestión y que identifiquen los rasgos que comparte con el gobierno en sentido estricto y su relación con él, teniendo en cuenta, en particular, si la entidad ejerce facultades en nombre del gobierno". Al llevar a cabo este mandato, las autoridades investigadoras deben "evaluar y tener debidamente en consideración todas las características pertinentes de la entidad y, cuando formulen su determinación definitiva sobre la manera en que debería caracterizarse esa entidad, deben evitar centrarse exclusiva o indebidamente en una sola característica, sin considerar debidamente otras que puedan ser pertinentes".[13]

En lo que respecta a la aplicación de la interpretación anterior al caso en concreto, el OA consideró que, tras haber concluido que el Grupo Especial incurrió en un error al interpretar que la expresión 'organismo público' se refiere a "cualquier entidad controlada por un gobierno"; por consiguiente, debía revocar la constatación del Grupo Especial según la cual China no había demostrado que el USDOC actuó de forma incompatible con las obligaciones que le correspondían a los Estados Unidos en virtud del artículo 1.1(a)(1) del ASMC, tras concluir en las cuatro investigaciones en cuestión, que las 'los bancos

[10] *Ibidem*, párrafo 288.
[11] *Ibidem*, párrafo 290.
[12] *Ibidem*, párrafos 317-318.
[13] *Ibidem*, párrafo 319.

comerciales de propiedad estatal' y las 'empresas de propiedad estatal' constituían 'organismos públicos'."[14].

Como consecuencia de haberse constatado la existencia de una incompatibilidad con el Artículo 1.1(a)(1) del ASMC, el OA determinó que las determinaciones del USDOC también eran incompatibles con las obligaciones que le correspondían a los Estados Unidos en virtud de los artículos 10 y 32.1 del ASMC[15].

A continuación, el OA examinó la aplicación del artículo 1.1 (a) (1) del ASMC en lo que respecta a la investigación OTR, por parte del Grupo Especial. La determinación del USDOC en esa investigación, estuvo a su vez fundamentada en las constataciones alcanzadas en el asunto de Papel CFS. El OA consideró que "en una situación normal no bastaría únicamente con incorporar por referencia constataciones de una determinación a otra determinación para que la explicación fuera razonada y adecuada. No obstante, de forma excepcional, cuando hay una coincidencia sustancias entre dos investigaciones que están próximas en el tiempo, puede ser suficiente esa referencia cruzada". El OA consideró que tal coincidencia existe entre la determinación sobre el Papel CFS y la determinación sobre los OTR, debido a que ambas investigaciones se referían a la naturaleza de los bancos comerciales de propiedad estatal en China y a que solo existió un año de diferencia entre una investigación y otra. Al analizar la determinación sobre el Papel CFS, el OA confirmó que el USDOC sí examinó y tuvo en cuenta pruebas que señalaban que los bancos comerciales de propiedad estatal en China están controlados por el gobierno y de que en efecto ejercen ciertas funciones gubernamentales. Al haber incluido dicho análisis por referencia en la investigación OTR, el USDOC efectuó un análisis compatible con el Artículo 1.1(a)(1) del ASMC[16].

Por lo tanto, el OA confirmó la constatación del Grupo Especial, de que China no logró demostrar que el USDOC actuó de forma incompatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Artículo 1.1(a)(1) del ASMC, al determinar, en la investigación OTR, que los bancos comerciales de propiedad estatal constituían 'organismos públicos'[17].

III. Artículo 2.1(a) del ASMC: Especificidad

El OA prosiguió a revisar la interpretación y aplicación del artículo 2.1(a) del ASMC hecha por el Grupo Especial, en lo que respecta a la investigación OTR. El Grupo Especial había determinado que China no logró demostrar que el USDOC actuó de forma incompatible con el artículo 2.1(a) del ASMC, al determinar en aquella investigación, que los préstamos otorgados por parte de los bancos comerciales de propiedad estatal eran específicos *de jure*. China apeló tanto la interpretación como la aplicación del artículo 2.1(a) hecha por el Grupo Especial.

El artículo 2.1(a) del ASMC establece lo siguiente:

> 2.1 Para determinar si una subvención, tal como se define en el párrafo 1 del artículo 1, es específica para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción (denominados en el presente Acuerdo "determinadas empresas") dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, se aplicarán

[14] *Ibidem*, párrafo 340.
[15] *Ibidem*, párrafo 358.
[16] *Ibidem*, párrafos 353-355.
[17] *Ibidem*, párrafo 356.

los principios siguientes:
a) Cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, limite explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas, tal subvención se considerará específica.

En lo que respecta a la interpretación, el OA determinó que una subvención es específica con arreglo al artículo 2.1(a) del ASMC, cuando "la limitación del acceso a ella para determinadas empresas es *expreso, inequívoco o claro* conforme al contenido del respectivo instrumento, y no meramente "implícito" o "sugerido"" (énfasis añadido[18]. Además, una subvención es específica con arreglo al artículo 2.1(a) del ASMC "cuando la limitación explícita reserva el acceso a la subvención a "determinadas empresas"". A su vez, la expresión "determinadas empresas" se refiere a "una única empresa o rama de producción o a una categoría de empresas o ramas de producción conocidas o particularizadas"[19].

El problema de interpretación planteado por la apelación de China, consistió en determinar si una subvención es específica en el sentido del Artículo 2.1(a) del ASMC únicamente cuando se limita explícitamente el acceso, tanto a la contribución financiera como a su correspondiente beneficio, como propone China; o bien, como constató el Grupo Especial, es suficiente con que uno de esos dos elementos, ya sea la contribución financiera o bien el beneficio, se limiten expresamente. Según el OA, "en términos generales, un instrumento jurídico que limite explícitamente a determinadas empresas el acceso a una contribución financiera, pero que guarde silencio acerca del acceso al beneficio, constituiría […] una limitación explícita del acceso a esa subvención". Esto se debe a que, según el OA, "una limitación explícita del acceso a una contribución financiera supondría forzosamente una limitación del acceso al beneficio que otorga, ya que solamente las empresas o ramas de producción que tuvieran derecho a recibir la contribución financiera tendrían derecho a gozar del beneficio resultante de ella". En este sentido, el OA coincidió con el Grupo Especial en que "hay múltiples formas en que el acceso a una subvención podría limitarse explícitamente" y que no es forzoso que "para realizar tal limitación tuviera que indicarse explícitamente tanto la contribución financiera como el beneficio"[20].

Por lo tanto, el OA concluyó que no concuerda con China en que el análisis que debe realizarse bajo el Artículo 2.1(a) del ASMC implica determinar si la legislación limita de manera expresa el acceso tanto a la contribución financiera como al beneficio. Por el contrario, la limitación del acceso a la subvención "puede hacerse mediante una limitación explícita del acceso a la contribución financiera, al beneficio, o a ambas cosas"[21].

En lo que respecta a la aplicación del Artículo 2.1(a) del ASMC al caso concreto, China planteó dos cuestiones. Primero, China presentó un argumento alternativo, en caso de que el OA no concordara con su interpretación del artículo 2.1(a). En este sentido, China argumentó que los préstamos de los bancos comerciales de propiedad estatal no estaban limitados a las ramas de producción de la categoría "objeto de estímulo", sino que, por el contrario, también eran beneficiarias de tales préstamos las ramas de producción "permitidas". Por lo tanto, según China, la contribución financiera en cuestión no podía considerarse como específica. Segundo, China apeló la aplicación de de la frase

[18] *Ibidem*, párrafo 372.
[19] *Ibidem*, párrafo 373.
[20] *Ibidem*, párrafo 377.
[21] *Ibidem*, párrafo 378.

"determinadas empresas" en lo que respecta a la investigación OTR, por parte del Grupo Especial. Según China, el Grupo Especial incurrió en un error al constatar que las 539 ramas de producción "objeto de estímulo" están "descritas en términos muy específicos y estrictamente circunscritos", ya que muchas de esas ramas de producción, consideradas individualmente, "representan un amplio segmento de la actividad económica". China también sostiene que el Grupo Especial se apoyó equivocadamente en las categorías "restringida" y "eliminada" para llegar a su conclusión de que las ramas de producción "objeto de estimulo", consideradas colectivamente y en conjunto, constituían "determinadas empresas" en el sentido del artículo 2.1(a) ASMC (Informe del OA, párrafo 386). El OA analizó cada uno de estos puntos, recordando que "la norma de examen aplicable al examen por un grupo especial de una determinación en materia de derechos compensatorios impide al grupo especial llevar a cabo un examen *de novo* de los hechos acreditados en el caso"[22].

Con respecto al primer punto, el OA consideró que, al alegar que "no se cuestiona que los bancos comerciales de propiedad estatal también otorgaban préstamos a la categoría de ramas de producción permitidas", China procura atribuir al Grupo Especial una "constatación" acerca de la categoría "permitida" que el Grupo Especial no formuló. Por lo que el OA rechazó que el Grupo Especial haya incurrido en un error, al concluir que los préstamos otorgados por los bancos comerciales de propiedad estatal se limitaban explícitamente a proyectos o ramas de producción "objeto de estímulo". Por lo que el OA rechazó este argumento alternativo de China[23].

Con respecto al segundo punto, el OA estableció que "[e]l análisis del Grupo Especial, considerado de manera integral, revela que el USDOC efectivamente constató que en documentos de planificación de todos los niveles de la administración se había señalado la rama de producción de OTR a los efectos de su desarrollo y se había dado instrucciones a todas las instituciones financieras para que le otorgasen financiación". Así, el OA estableció que China no logró acreditar que el USDOC incurrió en un error al constar que los préstamos otorgados por bancos comerciales de propiedad estatal a empresas productoras de OTR (en particular, a GTC y Starbright) eran específicos *de jure*, y por tanto incompatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos bajo el Artículo 2.1(a) del ASMC[24].

Sobre la base de las constataciones anteriores, el OA confirmó lo establecido por el Grupo Especial en el sentido de que China no logró acreditar que el USDOC actuó de forma incompatible con el Artículo 2.1(a) del ASMC, al determinar en la investigación OTR, que el otorgamiento de préstamos por bancos comerciales de propiedad estatal era específico para la rama de producción OTR.

IV. Artículo 2.2 del ASMC: Especificidad Regional

El OA prosiguió a analizar la interpretación y aplicación del artículo 2.2 del ASMC por parte del Grupo Especial, en lo que respecta a la investigación LWS. El artículo 2.2 del ASMC establece lo siguiente:

> "Se considerarán específicas las subvenciones que se limiten a determinadas empresas situadas en una región geográfica designada de la jurisdicción de la autoridad otorgante (…)."

[22] *Ibidem*, párrafo 379.
[23] *Ibidem*, párrafo 385.
[24] *Ibidem*, párrafo 400.

Según China, el Grupo Especial incurrió en un error al interpretar que el artículo 2.2 del ASMC permite que se determine la especificidad regional sobre la base de una constatación de especificidad de la contribución financiera únicamente, y no sobre la base de una constatación de especificidad de todos los elementos que constituyen una subvención; es decir, de tanto de la contribución financiera como del beneficio.

Al analizar el artículo 2.2 del ASMC, el OA consideró que el razonamiento que desarrolló en lo que respecta al artículo 2.1(a), también es aplicable a esta alegación. En este sentido, el OA recordó que "el artículo 2 del [ASMC] no tiene por objeto indicar los elementos de la subvención, establecidos en el [artículo 1.1], sino establecer si la disponibilidad de la subvención está limitada, en particular, en razón de los beneficiarios que pueden recibirla [artículo 2.1(a)] o en razón de la ubicación geográfica de los beneficiarios [artículo 2.2]". El OA consideró que, con arreglo al artículo 2.2, cómo también con arreglo al artículo 2.1(a) del ASMC, "la limitación del acceso a la contribución financiera limitaría también el acceso a cualquier posible beneficio resultante, puesto que sólo podrían ser beneficiarios de la subvención quienes pudieran obtener la contribución financiera"[25].

En consecuencia, el OA concluyó que el Grupo Especial no incurrió en un error al interpretar el término 'subvención' que figura en el artículo 2.2 del ASMC, ni en su constatación de que el USDOC no había incurrido en un error jurídico al basar su determinación de especificidad regional en el elemento de la 'contribución financiera'. Por lo tanto, el OA concluyó que China no logró demostrar que el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden a los Estados Unidos bajo el artículo 2.2 del ASMC[26].

V. Artículo 14(d) del ASMC: Puntos de Referencia (Precio de Insumos)

El OA prosiguió a analizar la interpretación y aplicación del artículo 14(d) del ASMC hecha por el Grupo Especial, en lo que respecta a las investigaciones LWR y CWP.

En dichas investigaciones, el USDOC rechazó los precios privados del acero laminado en caliente en China, como puntos de referencia para determinar la existencia y cuantía del beneficio. La subvención en cuestión consistió en un otorgamiento de insumos (acero laminado en caliente para producir LWR y CWP) por parte de empresas de propiedad estatal en China. El USDOC determinó que, como dichas empresas de propiedad estatal representaban una mayoría "abrumadora" de la producción y venta de acero laminado en caliente (96.1%), los precios privados del acero laminado en caliente en China no eran adecuados como puntos de referencia para las subvenciones. El USDOC constató que los demás factores presentados por China durante la investigación no mitigaban el hecho de que el gobierno tenía una parte significativa de la producción. Tras este rechazo, el USDOC tomó como puntos de referencia para las subvenciones en cuestión, precios externos basados en los precios del acero laminado en caliente en el mercado mundial, según figuraban en la publicación internacional especializada denominada "Steel Benchmarker".

China alegó que, al hacer lo anterior, el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que le correspondían a los Estados Unidos en virtud del artículo 14(d) del ASMC, ya que, antes de rechazar los precios internos en China, debieron haberse

[25] *Ibidem*, párrafo 413.
[26] *Ibidem*, párrafo 414.

examinado y ponderado factores distintos a la participación del gobierno en el mercado. El Grupo Especial no coincidió con la interpretación sugerida por China de dicha disposición. El Grupo Especial consideró que "cuando la única prueba pertinente fuera que el gobierno era el proveedor predominante del bien" (…), dicha prueba "es el hecho fundamental que ha de establecerse para que sea válida la decisión de no utilizar los precios privados en el país"[27].

Con respecto a la interpretación del artículo 14(d) del ASMC por parte del Grupo Especial, el OA recordó lo establecido por el OA en *Estados Unidos – Madera Blanda IV* y consideró que "lo que permitiría a una autoridad investigadora rechazar los precios privados internos es la distorsión de los precios, no el hecho, *per se*, de que el gobierno sea el proveedor predominante". No obstante, según el OA, "puede haber casos en los que el papel del gobierno como proveedor de bienes es tan predominante que la distorsión de los precios es probable, y en los que otras pruebas sólo tienen un valor limitado", y en ese sentido concordó con la interpretación del Grupo Especial. Sin embargo, el OA destacó que "la distorsión de los precios tiene que establecerse caso por caso, y que una autoridad investigadora no puede, basándose simplemente en una constatación de que el gobierno es el proveedor predominante de los bienes pertinentes, negarse a examinar pruebas concernientes a factores distintos de la participación del gobierno en el mercado"[28].

En lo que respecta a la interpretación anterior al caso concreto, el OA determinó que, si bien es cierto que el examen del USDOC, de factores distintos de la participación del gobierno en el mercado fue algo "sucinto", esto debe contrastarse con la constatación del USDOC de que el gobierno, con una cuota de mercado del 96.1%, tenía una participación "abrumadora" en el mercado del acero laminado en caliente en China. El OA también observó que "el Grupo Especial también examinó el análisis del USDOC del papel de las importaciones en el mercado, y observó que el USDOC había concluido que las cantidades importadas (3% del mercado) eran pequeñas en comparación con la producción de acero laminado en caliente de las empresas de propiedad estatal"[29].

El OA concluyó que, dadas las pruebas concernientes al papel predominante del gobierno como proveedor de bienes, es decir, la participación del 96.1% en el mercado, y habiéndose examinado pruebas concernientes a otros factores, el Grupo Especial determinó debidamente que China no logró demostrar que el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden a los Estados Unidos bajo el artículo 14(d) del ASMC, al determinar que los precios privados del acero laminado en caliente en China estaban distorsionados y no podían utilizarse como puntos de referencia para evaluar la subvención, en las investigaciones LWR y CWP[30].

VI. Artículo 14(b) del ASMC: Puntos de Referencia (Tasas de Interés)

El OA continuó con analizar la interpretación y aplicación del artículo 14(b) del ASMC, por parte del Grupo Especial, en lo que respecta a las investigaciones CWP, LWS y OTR. En dichas investigaciones, el USDOC rechazó los tipos de interés internos en China como

---

[27] Informe del Grupo Especial en *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafo 10.45.

[28] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafo 446.

[29] *Ibidem*, párrafo 455.

[30] *Ibidem*, párrafos 456-458.

puntos de referencia para medir la existencia y cuantía del beneficio otorgado por los préstamos concedidos por bancos comerciales de propiedad estatal. Posteriormente, el USDOC recurrió a un punto de referencia reconstruido (o, como le llamó el OA en su versión en inglés, a un "*proxy benchmark*"). China impugnó esta cuestión ante el Grupo Especial, al considerar que, al rechazar los tipos de interés internos en China, el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que le correspondían a los Estados Unidos en virtud del artículo 14(b) del ASMC.

Según el Grupo Especial, la cuestión primordial de interpretación jurídica que subyació en la alegación de China, fue si el artículo 14(b) del ASMC permite o no rechazar los tipos de interés del país como puntos de referencia para los préstamos proporcionados por el gobierno. Dicha disposición jamás había sido interpretada en un procedimiento de solución de diferencias en la OMC. El Grupo Especial consideró que la cuestión que se plantea en relación al artículo 14(b) del ASMC, es análoga a la analizada por el OA en *Estados Unidos – Madera blanda IV* a la luz del artículo 14(d). El Grupo Especial concluyó que "en el apartado b), al igual que en el apartado d), del artículo 14, hay inherente una flexibilidad suficiente para permitir el uso de un valor representativo en lugar de los tipos observados en el país en cuestión cuando no pueda encontrarse un punto de referencia 'comercial'"[31]. China apeló dicha interpretación por parte del Grupo Especial.

El OA concordó con el Grupo Especial en el sentido de que la situación planteada en *Estados Unidos – Madera blanda IV* a la luz del artículo 14(d) del ASMC, es análoga a la planteada por China a la luz del artículo 14(b). El OA comenzó por examinar los elementos constitutivos de un préstamo de referencia, en el sentido del artículo 14(b) del ASMC, que son "comparable", "comercial" y "que [la empresa] pudiera obtener efectivamente en el mercado".

Con respecto al concepto de "comparable", el OA consideró que "cabe considerar que algo es "comparable" cuando entre las cosas que se comparan hay similitudes suficientes para que merezca hacerse esa comparación o ésta sea significativa". Así, según el OA, para ser comparable en el sentido del artículo 14(b), "un préstamo de referencia deberá tener cuantos elementos comunes con el préstamo investigado sean posibles". El OA concordó con las observaciones del Grupo Especial, en el sentido de que "lo ideal es que una autoridad investigadora utilice como puntos de referencia un préstamo al mismo prestatario que se haya concedido alrededor de la misma fecha, tenga la misma estructura y un vencimiento similar al del préstamo gubernamental, aproximadamente la misma magnitud, y esté denominado en la misma moneda". Además, "que, en la práctica, la existencia de este préstamo de referencia ideal será extremadamente rara, y que también debería ser posible hacer una comparación con otros préstamos que presentan un grado de similitud menor"[32].

Con respecto a la interpretación de "comercial", el OA consideró que "el mero hecho de que un gobierno proporcione préstamos no es por si mismo suficiente para establecer que esos préstamos no son "comerciales", y en consecuencia no pueden utilizarse como puntos de referencia en el sentidos del [artículo 14(b) del ASMC]". Por el contrario, "[u]na autoridad investigadora tendría que establecer que la presencia o influencia gubernamental

[31] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafo 10.130.

[32] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafos 475-476.

en el mercado causa distorsiones que hace que los tipos de interés sean inutilizables como puntos de referencia”[33].

Por último, un préstamo comercial en el sentido del artículo 14(b) del ASMC tiene que ser un “préstamo que [la empresa] pudiera obtener efectivamente en el mercado”. Según el OA, “el uso del condicional “pudiera” sugiere que un préstamo en el sentido del [artículo 14(b)] no tiene por qué ser en todos los casos un préstamo que existe o que *de hecho* puede obtenerse en el mercado”. De hecho, el OA estimó que el artículo 14(b) del ASMC “no excluye la posibilidad de utilizar como puntos de referencia tipos de interés aplicables a préstamos comerciales que no están realmente disponibles en el mercado donde se encuentra la empresa, como, por ejemplo, los préstamos de otros mercados o los préstamos sustitutivos reconstruidos”[34].

Si bien el OA estimó que la interpretación anterior justificaría el uso de un préstamo de referencia, por parte de las autoridades investigadoras, también consideró que “cuan[t]o más se aleje una autoridad investigadora del punto de referencia ideal que constituye un préstamo idéntico o casi idéntico, más necesario será efectuar ajustes para asegurarse de que el préstamo de referencia se aproxime al “préstamo comercial comparable que [la empresa] pudiera obtener efectivamente en el mercado”. El OA consideró que “esto es compatible y coherente con la exigencia en el [Artículo 14(d)] afirmada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Madera blanda IV* de que, en los casos en que una autoridad investigadora no utilice los precios privados en el mercado del país de suministro, deberá de cualquier modo escoger un método para calcular el beneficio que guarde relación o conexión, o se refiera a, las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro”[35].

Por lo tanto, consideró el OA, el Grupo Especial “no cometió un error en su interpretación del [artículo 14(b)], al constatar que “en el apartado b), [al igual que en el apartado d)] del artículo 14, hay inherente una flexibilidad suficiente para permitir el uso de un valor representativo en lugar de los tipos observados en el país en cuestión cuando no pueda encontrarse un punto de referencia ‘comercial’”[36].

Así, el OA confirmó la determinación del Grupo Especial en el sentido de que China no logró demostrar que la decisión del USDOC de no recurrir a los tipos de interés en China como puntos de referencia para los préstamos de bancos comerciales de propiedad estatal denominados en RMB, en las investigaciones CWP, LWS y OTR, era incompatible con las obligaciones que correspondían a los Estados Unidos en virtud del artículo 14(b) del ASMC[37].

Con respecto al punto de referencia aplicado por el USDOC en las investigaciones en cuestión, el OA consideró que “en el expediente del Grupo Especial no hay hechos indiscutidos concernientes al punto de referencia sustitutivo del USDOC suficiente para que podamos completar el análisis jurídico y determinar la compatibilidad del punto de referencia sustitutivo del USDOC con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos bajo el [artículo 14(b) del ASMC]”[38].

---

[33] *Ibidem*, párrafo 479.
[34] *Ibidem*, párrafo 480.
[35] *Ibidem*, párrafo 488.
[36] *Ibidem*, párrafo 490.
[37] *Ibidem*, párrafo 509.
[38] *Ibidem*, párrafo 537.

VII. Artículos 19.3, 10 y 32.1 del ASMC: 'Dobles Medidas Correctivas'

El OA prosiguió a analizar la última cuestión materia de apelación: la interpretación y aplicación de los artículos 19.3, 10 y 32.1 del ASMC por parte del Grupo Especial, en lo que respecta a las cuatro investigaciones antisubvenciones en litigio. China consideró que, al neutralizar la misma subvención mediante la imposición concurrente de derechos antidumping calculados con arreglo a un método ENM y de derechos compensatorios, el USDOC actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden a los Estados Unidos bajo los artículos VI y I del GATT 1994, así como los artículos 10, 12.1, 12.8, 19.3, 19.4, 32.1 del ASMC.

El Grupo Especial determinó que China no logró demostrar ninguna de las alegaciones anteriores. El OA revirtió la decisión del Grupo Especial en lo que respecta a los artículos 19.3, 10 y 32.1 del ASMC y aplicó el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones fundadas en las demás disposiciones.

El Grupo Especial constató que, de conformidad con el artículo 19.3 del ASMC: (1) "se perciben derechos compensatorios en la cuantía apropiada siempre que la cuantía percibida no exceda de la cuantía de la subvención cuya existencia se ha constatado"; (2) "la imposición de derechos antidumping calculados con arreglo a un método ENM en nada afecta a si la cuantía del derecho compensatorio concurrente percibido es o no "apropiada""; y (3) "los redactores del [ASMC] no tuvieron intención de tratar la cuestión de las dobles medidas correctivas en el [artículo 19.3] (…)"[39]. En consecuencia, el Grupo Especial determinó que China no logró demostrar que la utilización por el USDOC de su método ENM en las determinaciones antidumping, en forma concurrente con su determinación de la existencia de subvenciones y la imposición de derechos compensatorios sobre los mismos productos en las cuatro determinaciones en materia de derechos compensatorios, era incompatible con el artículo 19.3 del ASMC[40].

El OA determinó que la principal cuestión de interpretación que se le planteó bajo el artículo 19.3 del ASMC, se refiere al sentido de la frase "en la cuantía apropiada en cada caso", y si es válido afirmar que, como planteó China, no sería apropiado percibir derechos compensatorios que dan lugar, o que darían lugar, a la imposición de dobles medidas correctivas. Al analizar las definiciones de la palabra "apropiado", el OA indicó que "no existe una norma autónoma o absoluta para determinar qué es "apropiado"; se trata más bien de algo que debe evaluarse utilizando otra cosa distinta o en relación con ella". Además, que esas definiciones "también sugieren la existencia de una norma fundamental - lo "adecuado", lo "conveniente", lo "idóneo"- y, al mismo tiempo, la adaptación a unas circunstancias concretas"[41].

Tras haber analizado el significado y el contexto del artículo 19.3 ASMC[42], el OA concluyó que "la cuantía apropiada de los derechos compensatorios debería ser una cuantía que contrarreste la subvención, habiendo tenido debidamente en cuenta la aplicación

[39] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafos 14.128-14.129.

[40] *Ibidem*, párrafo 14.130.

[41] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafo 552.

[42] A la luz del artículo 19.2 y del objeto y fin del ASMC, además del artículo 9.2 del Acuerdo Antidumping.

concurrente de derechos antidumping sobre el mismo producto para neutralizar la misma subvención”[43].

Así, determinó el OA, “no se puede determinar si la cuantía de los derechos compensatorios es o no apropiada sin tener debidamente en cuenta los derechos antidumping impuestos sobre el mismo producto para neutralizar la misma subvención”. Por tanto, el OA revocó la interpretación del artículo 19.3 adoptada por el Grupo Especial, en el sentido de que “la imposición de derechos antidumping calculados con arreglo a un método ENM en nada afecta a si la cuantía del derecho compensatorio concurrente percibido es o no ”apropiada”” y que el artículo 19.3 del ASMC no trata la cuestión de las dobles medidas correctivas[44]. En contraste, constató que “la imposición de dobles medidas correctivas, es decir la doble neutralización de la misma subvención mediante la imposición concurrente de derechos antidumping calculados con arreglo a un método ENM y de derechos compensatorios, es incompatible con el [artículo 19.3 del ASMC]”[45]. De igual forma, OA también revocó la constatación del Grupo Especial en el sentido de que China no logró demostrar que los Estados Unidos actuaron de forma incompatible con los artículos 19.3, 10 y 32.1 del ASMC[46].

En lo que respecta a la aplicación de la interpretación anterior al caso concreto, el OA determinó que, “en el contexto de las cuatro series de investigaciones en materia de derechos antidumping y compensatorios en litigio, habida cuenta de la imposición por el USDOC, en forma concurrente, de derechos antidumping con arreglo a su método ENM y de derechos compensatorios sobre los mismos productos, sin haber evaluado si las dobles medidas correctivas se derivaron de esos derechos concurrentes”, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud del artículo 19.3 del ASMC[47].

El OA también determinó que, tras haber determinado que la imposición de dobles medidas correctivas es incompatible con el artículo 19.3 del ASMC, “no es necesario que continuemos nuestro análisis y abordemos la apelación de China contra la interpretación y aplicación del [artículo 19.4 del ASMC] y del [artículo VI] del GATT de 1994”. Estimó que “la interpretación que [hizo] el Grupo Especial de estas disposiciones es nula y carece de efectos jurídicos”[48].

Finalmente, el OA estableció que “cuando las medidas de un Miembro no satisface los requisitos concretos establecidos en las disposiciones pertinentes en el [ASMC] (…), esas medidas son también incompatibles con [los artículos 10 y 32.1 del ASMC]”. Por tanto, tras haber constatado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el artículo 19.3 del ASMC, de eso se sigue automáticamente que también actuaron de forma incompatible con los artículos 10 y 32.1 del ASMC[49].

---

[43] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafo 575.

[44] *Ibidem*, párrafo 582.

[45] *Ibidem*, párrafo 583.

[46] *Ibidem*, párrafo 591.

[47] *Ibidem*, párrafo 606.

[48] *Ibidem*, párrafo 590.

[49] *Ibidem*, párrafo 610.

VIII. Comentarios Finales: Las 'Dobles Medidas Correctivas' y su Relación con el Artículo VI:5 del GATT

En esta sección de comentarios, me enfocaré a dar una opinión sobre lo resuelto por el OA en lo que respecta a las dobles medidas correctivas, por ser el núcleo de esta disputa. En este sentido, hay dos aspectos que son de llamar la atención. Primero, la estrategia de litigio por parte de China, al decidir atacar la aplicación de las dobles medidas correctivas bajo diversas disposiciones del GATT y del ASMC que no regulan explícitamente esta cuestión; y no bajo el artículo VI:5 del GATT[50], que sí la regula de forma específica. Segundo, el cuidado que tanto el Grupo Especial y el OA tuvieron en preservar la distinción entre una subvención de apoyo interno y una a la exportación, lo cual aumentará el estándar que deberán cumplir las autoridades investigadoras en sus investigaciones antisubvenciones.

En lo que respecta a la estrategia de litigio de China, observamos que China no argumentó la existencia de una violación al artículo VI:5 del GATT, por parte de los Estados Unidos, sino que se limitó a argumentar que la imposición de dobles medidas correctivas era incompatible con los artículos 19.3 y 19.4 del ASMC y con el artículo VI:3 del GATT, siendo que ninguna de estas disposiciones regulaba dicha cuestión de manera directa. De hecho, las alegaciones planteadas por China bajo esas tres disposiciones, fueron rechazadas por el Grupo Especial sobre la base de que ninguna de ellas abordaba o prohibía la imposición de dobles medidas correctivas. (Informe del Grupo Especial, párrafos 14.115). Por lo tanto, a simple vista pareciera que la estrategia adoptada por China hubiera podido ser más directa y sólida si hubiera incluido en su paquete de alegaciones, un argumento bajo el artículo VI:5 del GATT. Sin embargo, un análisis más detallado nos revela el posible interés de China en no atacar a los Estados Unidos bajo el artículo VI:5 del GATT: evitar que las subvenciones contra las cuales los Estados Unidos impusieron las cuotas compensatorias en un principio, fueran estudiadas para determinar si constituían subvenciones a la exportación o no. Y es que, en su Protocolo de Adhesión, China acordó eliminar de forma inmediata toda clase de subvenciones a la exportación al adherirse a la OMC, en 2001.

Por estas razones, considero que, al no haber incluido una alegación bajo el artículo VI:5 del GATT en su estrategia de litigio, China eligió el camino más largo, pero también el más efectivo a la luz de su interés en esta disputa: lograr que la imposición de las dobles medidas correctivas se declarara incompatible con la OMC. La estrategia de China también tendrá un impacto sistemático hacia el futuro, en lo que respecta a cómo habrán de plantearse aquellas disputas que involucren dobles medidas correctivas. En teoría, los Miembros tendrán pocos incentivos para iniciar una disputa bajo el artículo VI:5 del GATT, ya que estarán inclinados a utilizar el artículo 19.3 del ASMC con el objeto de evadir que un Grupo Especial o el OA analicen sus regímenes de subvenciones.

Ahora paso a analizar el cuidado que tanto el Grupo Especial como el OA tuvieron en preservar la distinción entre una subvención de apoyo interno y una a la exportación. Dicha distinción no es trazada por las disposiciones sobre las cuales China basó su alegación, pero sí por el artículo VI:5 del GATT, que tanto el Grupo Especial como el OA analizaron, aún

[50] El artículo VI:5 del GATT establece que: "Ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, será objeto simultáneamente de derechos antidumping y de derechos compensatorios destinados a remediar una misma situación resultante del dumping o de las subvenciones a la exportación."

estando fuera de sus términos de referencia. Esta distinción ha aumentado el estándar que las autoridades investigadoras deberán cumplir en sus investigaciones antisubvenciones.

En su informe, el Grupo Especial interpretó que la prohibición a imponer dobles medidas correctivas, en tanto dicha cuestión es regulada por el artículo VI:5 del GATT, solo se limitaría a situaciones que afecten a subvenciones a la exportación, y no a subvenciones de apoyo interno:

> Así pues, a tenor de su texto, el párrafo 5 del artículo VI del GATT de 1994 está limitado a "situaci[ones] resultantes [...] de las subvenciones a la exportación". (…) Consideramos asimismo que el principio del efecto útil confirma esta interpretación: dado que sólo los bienes importados están sujetos a la imposición de derechos antidumping o compensatorios, interpretar que el párrafo 5 del artículo VI engloba situaciones en las que las subvenciones internas otorgadas a los bienes exportados son compensadas, excluiría en la práctica el término "exportación" de la frase pertinente de esa disposición[51].

El OA consideró que categorizar una subvención como de exportación o de apoyo interno, es irrelevante para efectos de determinar la existencia de una doble medida correctiva bajo el artículo VI:5 del GATT. La verdadera prueba será determinar si la subvención de que se trata, ha tenido como efecto una reducción en los precios de exportación o no –independientemente de si se trata de una subvención a la exportación o una de apoyo interno:

> Recordamos que, en principio, una subvención a la exportación tendrá como resultado una reducción pro rata del precio de exportación de un producto, pero no afectará al precio de venta de ese producto en el mercado interno. (…) En comparación, las subvenciones internas afectarán, en principio, del mismo modo y en la misma medida a los precios a que un productor vende sus bienes en el mercado interno y en los mercados de exportación. Puesto que cualquier reducción de los precios atribuible a la subvención se reflejará en ambos aspectos del cálculo del margen de dumping, la subvención no afectará al margen de dumping global. En este caso, la aplicación concurrente de derechos no supondría un remedio para una misma situación, debido a que ninguna parte del margen de dumping sería atribuible a la subvención. Esa subvención sólo se neutralizaría mediante un derecho compensatorio.[52]
>
> […]
>
> Por consiguiente, en las investigaciones antidumping el valor normal se basará por regla general en los precios de venta del mercado interno y las subvenciones internas no tendrán ninguna repercusión en el cálculo del margen de dumping. Sin embargo, el párrafo 1 b) del artículo VI, al igual que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, establece métodos excepcionales para calcular el valor normal, que no se basan en los precios reales en el mercado interno del exportador. La segunda nota al párrafo 1 del artículo VI, que establece la base jurídica para la utilización de valores de sustitución en las investigaciones antidumping relativas a países cuya economía no es de mercado, autoriza también el recurso a métodos excepcionales para calcular el valor normal en las investigaciones relativas a importaciones procedentes de países cuya economía no es de mercado. En el caso de las subvenciones internas, únicamente en estas situaciones excepcionales existe la posibilidad de que la aplicación concurrente de derechos antidumping y compensatorios sobre el mismo producto dé lugar a "dobles medidas correctivas".[53]

El OA agregó que para determinar una incompatibilidad del artículo VI;5 del GATT, a causa de una subvención de apoyo interno, "(…) este resultado depende[rá] de si las subvenciones internas han reducido el precio de exportación de un producto, y en qué

---

[51] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafo 117.

[52] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafo 568.

[53] *Ibidem*, párrafo 569.

medida, y de si la autoridad investigadora ha adoptado las medidas correctivas necesarias para ajustar su método a fin de tener en cuenta esta situación fáctica". (Informe del OA, párrafo 599).

De esta forma, inclusive cuando el artículo VI:5 del GATT no fue parte de los términos de referencia planteados por China en su solicitud de establecimiento de Grupo Especial, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)* sirvió de plataforma para que el Grupo Especial y el OA desarrollaran una interpretación amplia de dicha disposición. Lo anterior hace sentido, ya que el artículo VI:5 del GATT es la única disposición que regula de manera expresa a las dobles medidas correctivas.

Así, la interpretación del OA de los artículos VI:5 del GATT y 19.3 del ASMC, efectivamente clarifica cómo es que los Miembros de la OMC deberán imponer derechos antidumping y compensatorios de manera concurrente. Sin embargo, no dudo que las autoridades investigadoras encuentren extremadamente difícil la puesta en práctica de dicha interpretación. Con anterioridad a este informe, las autoridades investigadoras tenían la libertad de imponer un derecho compensatorio hasta por un monto equivalente a la cuantía de la subvención[54]. Además, tampoco estaban claramente vinculadas a tomar en cuenta el monto de un derecho antidumping, al determinar la cuantía de un derecho compensatorio[55]. A partir de la adopción del informe del OA, las autoridades investigadoras deberán: (1) determinar la magnitud en que una subvención afecta los precios de exportación de la mercancía investigada –una tarea que implica rastrear cómo es que los beneficiarios de una subvención hicieron uso de la misma; y (2) calibrar el monto del derecho compensatorio en la medida en que dicha afectación esté siendo compensada por un derecho antidumping concurrente. Ambas tareas demandarán el nivel técnico más alto posible a las autoridades investigadoras.

[54] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios*, párrafo 14.128.

[55] *Idem.*

COMENTARIO SOBRE *ESTADOS UNIDOS — ATÚN II (MÉXICO)*, INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

Bradly J. Condon[*]

Resumen:
El 15 de septiembre de 2011, el Grupo Especial emitió su informe en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México).* Este informe es importante por ser uno de los primeros que interpreta y aplica los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). También es un caso atractivo, porque vuelve a abordar una añeja disputa entre Estados Unidos y México que se litigó en el sistema del GATT, antes de la creación de la OMC. Sobre todo, es un caso interesante por ser uno de los pocos sobre el tema de comercio y medio ambiente y por tratarse de medidas sobre los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal.

Palabras clave: Procesos y métodos de producción, solución de diferencias, diferencias, Estados Unidos, México, Acuerdo OTC, OMC.

Abstract:
On September 15, 2011, the Panel issued its report in *U.S. - Tuna II (Mexico).* This report is important as one of the first to interpret and apply Articles 2.1 and 2.2 of the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement). It is also an attractive case, because it revisited a longstanding dispute between the U.S. and Mexico that was litigated under the GATT system, before the creation of the WTO. Above all, it is an interesting case for being one of the few on the topic of trade and environment and for dealing with the measures on the processes and production methods (PPMs) that do not affect the product as such.

Keywords: Processes and production methods, dispute settlement, disputes, United States, Mexico, TBT Agreement, WTO.

I. Introducción

El 15 de septiembre de 2011, el Grupo Especial emitió su informe en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México).*[1] Este informe es importante por ser uno de los primeros que interpreta y aplica los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC).[2] También es un caso atractivo, porque vuelve a abordar una añeja disputa entre Estados Unidos y México que se litigó en el sistema del GATT, antes de

---

[*] Titular de la Cátedra OMC y Director, Centro de Derecho Económico Internacional, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, DF, y *Senior Fellow, Tim Fischer Centre for Global Trade and Finance*, Bond University, Australia. Agradezco el apoyo de la Asociación Mexicana de Cultura y del ITAM.

[1] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México))*, WT/DS381/R. El 20 de enero de 2012 el informe del Grupo Especial fue apelado tanto por los EE.UU. como por México.

[2] Véase también Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor), 2 de septiembre de 2011.

la creación de la OMC.[3] Sobre todo, es un caso interesante por ser uno de los pocos sobre el tema de comercio y medio ambiente y por tratarse de medidas sobre los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal.

México alegó que la *Dolphin Protection Consumer Information Act* (Ley DPCIA), su reglamento y una decisión judicial de los Estados Unidos prohíben el uso del etiquetado *dolphin-safe* estadounidense sobre productos de atún mexicanos, aun cuando el atún haya sido capturado con métodos que cumplan con la norma *dolphin-safe* multilateral del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD). México argumentó que estas medidas eran incompatibles con los artículos 2.1, 2.2 y 2.4 del Acuerdo OTC y los artículos I y III del GATT de 1994, entre otros. El Grupo Especial concluyó que eran incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC, pero compatibles con los artículos 2.1 y 2.4 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal para no analizar las alegaciones de México bajo los artículos I y III del GATT de 1994.

La norma del APICD certifica que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín pescando el atún Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO) con el uso de los lances sobre delfines para capturar al atún. En el PTO, existe una asociación entre los delfines y el atún. Cuando hay delfines en la superficie del océano, se encuentra el atún abajo. Cuando los pescadores en el PTO utilizan los lances sobre delfines para capturar al atún, pueden causar efectos perjudiciales a los delfines. Las medidas de los Estados Unidos sólo permiten el uso de la etiqueta *dolphin safe* para el atún capturado en el PTO si no se utilizan los lances sobre delfines para capturar al atún y se certifica que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.

Sin embargo, determinados métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales. El uso de esas otras técnicas fuera del PTO puede dar lugar a niveles importantes de capturas incidentales de delfines. Sin embargo, cuando ese atún se captura fuera del PTO, tendría derecho a la etiqueta oficial de los Estados Unidos incluso si se ha capturado o se ha herido gravemente a delfines durante la expedición. De conformidad con las medidas estadounidenses tal como se aplican, no se exige un certificado de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín fuera del PTO. De conformidad con las disposiciones de la Ley DPCIA, todos los productos de atún que contienen atún capturado en una pesquería no situada en el PTO mediante un método distinto de los lances sobre delfines tienen derecho a llevar la etiqueta *dolphin safe* sin necesidad de certificar que en el lance no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.[4]

II. Cuestiones preliminares

En este asunto, hubo tres cuestiones preliminares importantes: (1) la recepción de los escritos *amicus curiae* no solicitados; (2) la consideración de las tres medidas en litigio como una sola medida; y (3) el orden del análisis entre el Acuerdo OTC y el GATT.

---

[3] Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún (IBDD 39S/155)*, 3 de septiembre de 1991, informe no adoptado (DS21/R – IBDD S39/183).

[4] *Ibid*, párrafos 7.531-7.542.

1. *La recepción de los escritos amicus curiae no solicitados*

La recepción de los escritos *amicus curiae* no solicitados ha sido un tema controvertido entre los Miembros de la OMC. En este caso, citando el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Camarones*, el Grupo Especial consideró que tenía facultades para tomar en consideración la información de un escrito *amicus curiae* no solicitado, en la medida en que lo consideraba pertinente.[5] No tuvo gran peso en las decisiones del Grupo Especial en este caso. Sin embargo, el Grupo Especial consideró las pruebas presentadas con el escrito *amicus curiae* a que los Estados Unidos se habían referido en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial.[6]

2. *La consideración de las tres medidas en litigio como una sola medida*

El Grupo Especial decidió considerar las tres medidas en litigio juntas, como una sola medida: (1) la *Dolphin Protection Consumer Information Act* (Ley DPCIA), la cual establece las condiciones de utilización de la etiqueta "dolphin safe" en los productos de atún; (2) el reglamento de aplicación de la Ley DPCIA; y (3) la decisión judicial *Hogarth*, que había aplicado la Ley DPCIA y su reglamento. En cuanto a las primeras dos medidas, el Grupo Especial decidió que había que considerarlas juntas por el vínculo jerárquico y operativo que existía entre la DPCIA y el reglamento. No se podía aplicar el reglamento de forma totalmente independiente, sin la autorización de la Ley DPCIA. La decisión judicial no habría existido sin la Ley DPCIA y su reglamento. Por lo tanto, había que considerar las tres medidas en litigio como una sola.[7]

3. *El orden del análisis entre el Acuerdo OTC y el GATT*

La cuestión del orden del análisis entre diferentes acuerdos abarcados ha surgido en casos anteriores. Es una cuestión jurídica indirectamente vinculada con la aplicación del principio de la economía procesal. En este asunto, México insistió que el Grupo Especial debía considerar sus alegaciones bajo el Acuerdo OTC y el GATT. Sin embargo, el Grupo Especial decidió analizar primero el Acuerdo OTC y, luego, aplicar el principio de la economía procesal para no considerar las alegaciones bajo el GATT.

El Grupo Especial razonó que había que analizar el acuerdo más específico primero, citando el Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Madera blanda IV*.[8] Consideró que el Acuerdo OTC es más específico que el GATT, por la referencia al GATT en el preámbulo del Acuerdo OTC y la conclusión sobre la misma cuestión en el informe del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*.[9] El Grupo Especial también notó que la Nota interpretativa al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC aclara que, en caso de conflicto entre una disposición del GATT y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A, prevalecerá esta última en el grado en que haya conflicto. Entonces, las disposiciones del Acuerdo OTC prevalecerían sobre las del GATT.[10] Además, las partes no estaban de acuerdo sobre la cuestión de si la medida en litigio era un reglamento técnico y, por lo tanto, si las disposiciones del Acuerdo OTC eran aplicables. Por lo tanto, el Grupo Especial

[5] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.1-7.09.
[6] *Ibid*, párrafo 7.288.
[7] *Ibid*, párrafos 7.21-7.24.
[8] *Ibid*, párrafo 7.40.
[9] *Ibid*, párrafo 7.41.
[10] *Ibid*, párrafo 7.42.

siguió el mismo orden de análisis que Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, donde surgió la misma cuestión, y empezó su análisis bajo el Acuerdo OTC.[11]

III. Reglamentos técnicos

Los artículos 2.1, 2.2 y 2.4 del Acuerdo OTC sólo se aplican a los reglamentos técnicos. Por lo tanto, en este asunto había que determinar si las medidas en litigio eran reglamentos técnicos antes de analizar su consistencia con estos artículos.

En *CE – Amianto* y *CE – Sardinas*, el Órgano de Apelación aplicó tres criterios para determinar si una medida es un "reglamento técnico", los cuales se derivan de la definición del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial aplicó los mismos criterios: (1) la medida se aplica a un producto o grupo de productos identificable; (2) establece una o más características del producto; y (3) la observancia de las características del producto es obligatoria.[12] En cuanto al primer criterio, la medida se aplicaba a los productos de atún, la medida identificaba los productos por medio de una definición y las partes estaban de acuerdo que se cumplía con el criterio.[13]

En cuanto al segundo criterio, la primera frase del párrafo 1 del Anexo 1 dispone que un reglamento técnico puede establecer "las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados". La segunda frase enumera algunos aspectos concretos que los reglamentos técnicos pueden también "incluir...o tratar exclusivamente". Según el Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, el objeto de un reglamento técnico puede "limitarse" a uno de los elementos enumerados en la segunda oración, incluidas las "prescripciones en materia de...etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción". Las dos partes reconocieron que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* establecen "prescripciones en materia de etiquetado" en el sentido del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Además, ambas consideraron que el sentido que se debe dar a la expresión "prescripción en materia de etiquetado" en este contexto es el de un conjunto de criterios o condiciones que se deben cumplir para poder utilizar una etiqueta. El Anexo 1 no define la expresión "prescripción en materia de etiquetado", pero estipula que los términos utilizados en el Acuerdo OTC tienen el mismo sentido que los definidos en la sexta edición de la Guía 2 de la ISO/CEI de 1991, excepto si se dispone otra cosa en el Anexo 1. La Guía 2 de la ISO/CEI de 1991 define el término "prescripción" como "disposición que incorpora criterios que se deben cumplir". Las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* definen las condiciones que se deben satisfacer para utilizar la etiqueta. Al hacerlo, "incorporan criterios que se deben cumplir" para tener derecho a utilizar esa etiqueta. Por consiguiente, establecen "prescripciones en materia de etiquetado" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1. Además, la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1 se refiere a las prescripciones en materia de etiquetado "aplicables a un producto, proceso o método de producción". Los Estados Unidos consideraron que sus disposiciones sobre etiquetado *dolphin safe* conciernen a un producto, los productos de atún, y a un método de producción. El Grupo Especial concluyó que las medidas en litigio establecen prescripciones en materia de etiquetado aplicables a un

[11] *Ibid*, párrafos 7.43-7.44.
[12] *Ibid*, párrafo 7.53.
[13] *Ibid*, párrafo 7.62.

producto, proceso o método de producción y de que el objeto de las medidas está, por lo tanto, comprendido en el ámbito de la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1.[14]

En este asunto, hubo un voto disidente sobre el tercer criterio. La mayoría del Grupo Especial concluyó que la observancia era obligatoria para poder usar el etiquetado y, por tanto, se cumplió el tercer criterio.[15] La mayoría explicó su conclusión de la siguiente manera:

> A nuestro juicio, las medidas de los Estados Unidos sobre etiquetado del atún "reglamentan" las prescripciones en materia de etiquetado *dolphin safe* "de forma vinculante o imperativa" en la medida en que prescriben, en un instrumento vinculante y jurídicamente exigible, la forma de obtener una etiqueta *dolphin safe* en los Estados Unidos, y no permiten ningún otro uso de una denominación *dolphin safe*. No es imperativo *satisfacer* esas prescripciones y utilizar la etiqueta para vender atún en el mercado de los Estados Unidos. Por consiguiente, las medidas estadounidenses no imponen la *prescripción de etiquetar* de forma "afirmativa". Sin embargo, sí prescriben e imponen *las condiciones en que* un producto puede llevar la etiqueta *dolphin safe*. En particular, las medidas prescriben "de forma negativa", para utilizar la expresión del Órgano de Apelación, que ningún producto de atún puede llevar la etiqueta *dolphin safe* o referirse de otro modo a delfines, marsopas o mamíferos marinos si no satisface las condiciones en ellas establecidas e *imponen*, por lo tanto, una prohibición de ofrecer para su venta en los Estados Unidos productos de atún que lleven una etiqueta en la que se haga referencia a delfines y que no cumplan las prescripciones que en ellas se establecen. (énfasis en el original)[16]

La mayoría consideró que este caso era similar a la situación en el asunto *CE – Sardinas*. En aquel asunto, un reglamento de las Comunidades Europeas (CE) sobre las "conservas de sardinas" establecía que las conservas contuvieran únicamente sardinas de una especie indicada (*Sardina pilchardus*), con exclusión de las demás especies (entre ellas, *Sardinops sagax*). Era jurídicamente posible vender *Sardinops sagax* en el mercado de las CE, siempre que no se vendieran bajo la denominación "conservas de sardinas". El Órgano de Apelación concluyó que la observancia del reglamento era "obligatoria" y que dicho reglamento era un "reglamento técnico".[17] La mayoría también cito el informe del Grupo Especial en *CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, donde había que cumplir con cierto requisito para usar una denominación y el Grupo Especial concluyó que era un requisito obligatorio. El Grupo Especial concluyó que estas resoluciones indican "que el mero hecho de que sea jurídicamente admisible que se ofrezca el producto en el mercado sin utilizar la denominación reglamentada por las medidas en litigio no impone la conclusión de que esas medidas no son "obligatorias" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1, cuando las medidas efectivamente reglamentan de forma vinculante la utilización de la denominación".[18]

Un panelista llegó a la conclusión opuesta, porque el uso del etiquetado no era obligatorio para vender el producto en los Estados Unidos. Por lo tanto, no estuvo de acuerdo que las medidas en litigio exigen la observancia obligatoria de las características de un producto o los procesos y métodos de producción prescritos.[19] Explicó su conclusión de la siguiente manera:

---

[14] *Ibid*, párrafos 7.71-7.79.
[15] *Ibid*, párrafos 7.131-7.145.
[16] *Ibid*, párrafo 7.131.
[17] *Ibid*, párrafos 7.134-7.135.
[18] *Ibid*, párrafos 7.136-7.137.
[19] *Ibid*, párrafos 7.146-7.188.

> Los sistemas de etiquetado pueden ser imperativos cuando lo es la utilización de una determinada etiqueta para acceder al mercado o pueden ser voluntarios cuando se pueden comercializar los productos con o sin la etiqueta. Pero las "prescripciones en materia de etiquetado", es decir, las prescripciones que se formulan para permitir la utilización de una etiqueta, deben cumplirse también en un sistema de etiquetado voluntario. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso de un sistema de etiquetado imperativo, en un sistema voluntario los productos no tienen que llevar la etiqueta ni tienen que cumplir esas prescripciones en materia de etiquetado para ser comercializados; también pueden ofrecerse en el mercado sin esa etiqueta y sin satisfacer dichas prescripciones. Por consiguiente, en un sistema de etiquetado voluntario, las prescripciones en materia de etiquetado no son obligatorias para comercializar los productos.[20]

Por lo tanto, el panelista concluyó que, cuando la observancia de la prescripción en materia de etiquetado y la utilización de la etiqueta no sean obligatorias, la prescripción en materia de etiquetado debe ser considerada una norma, no un reglamento técnico.[21]

IV. Artículo 2.1 del Acuerdo OTC

En virtud del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros, se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. El Grupo Especial consideró que hay una infracción del artículo 2.1 si se cumplen dos conjuntos de condiciones: (1) la medida es un reglamento técnico elaborado, adoptado y aplicado por instituciones del gobierno central de un Miembro; y (2) los productos importados del territorio de un Miembro reciben un "trato menos favorable" que los productos similares de origen nacional u originarios de cualquier otro país con respecto a ese reglamento técnico.

1. *Productos similares*

El Grupo Especial señaló que el término "productos similares" no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 "es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos", era pertinente para interpretar el artículo 2.1.[22] Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT: (1) las propiedades físicas; (2) los usos finales; (3) los hábitos y preferencias de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria.[23] Los productos que se había de comparar eran los productos de atún estadounidenses y los productos de atún mexicanos, así como los productos de atún originarios de cualquier otro país.[24] El Grupo Especial concluyó que: (1) las propiedades físicas son idénticas;[25] (2) tienen los mismos usos finales;[26] (3) los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de

[20] *Ibid*, párrafo 7.150.
[21] *Ibid*, párrafo 7.151.
[22] *Ibid*, párrafos 7.223-7.224.
[23] *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.
[24] *Ibid*, párrafo 7.233.
[25] *Ibid*, párrafo 7.243.
[26] *Ibid*, párrafo 7.244.

atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos;[27] y (4) la clasificación arancelaria es idéntica.[28] Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares.

El papel de las preferencias de los consumidores en la determinación de la similitud es uno de los aspectos más interesantes de este caso. Sobre esta cuestión, vale la pena citar textualmente al Grupo Especial:

> La información presentada al Grupo Especial efectivamente indica que los consumidores de los Estados Unidos tienen determinadas preferencias con respecto a los productos de atún, basadas en que sean o no inocuos para los delfines, y no excluimos que esas preferencias puedan ser pertinentes para la evaluación de la similitud. En la medida en que las preferencias del consumidor, incluidas las preferencias sobre la forma en que se ha obtenido el producto, pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos, consideramos que *a priori* es pertinente tenerlas en cuenta en la evaluación de la similitud. Sin embargo, no estamos convencidos de que, en las circunstancias de este asunto, la consideración de las preferencias de los consumidores de los Estados Unidos relativas a la inocuidad de los productos de atún con respecto a los delfines nos deba llevar a modificar nuestra conclusión con respecto a la similitud de los productos de atún estadounidenses y mexicanos y los productos de atún originarios de cualquier otro país.[29]

En este caso, había evidencia sobre las preferencias del consumidor relativas a los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal. Mientras este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre la similitud de los productos, el Grupo Especial reconoció que los PMP pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos. Como se mencionó arriba, el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos. Fue por esta razón, y no el impacto de las preferencias en la relación de competencia, que este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre similitud.

En el asunto *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación consideró que, en los casos en que los productos son físicamente diferentes, es aun más importante aducir pruebas bajo los demás criterios de que existe una relación de competencia para demostrar que los productos son similares.[30] La misma lógica puede aplicarse al revés. En los casos en que los productos son físicamente idénticos, debe ser posible aducir pruebas bajo los demás criterios de que no existe una relación de competencia para demostrar que los productos no son similares. En *Estados Unidos – Atún II (México)*, las preferencias del consumidor determinaron la relación de competencia entre dos productos—atún inocuo para delfines y atún no inocuo para delfines—no sus características físicas ni su uso final. Por lo tanto, considero que estos dos productos no deberían considerarse como productos similares. La falta de evidencia sobre la inocuidad del atún proveniente de distintos Miembros es una cuestión distinta, aunque determinante en este caso.

2. *Trato menos favorable*

El Grupo Especial consideró que se daría un "trato menos favorable" a los productos de atún mexicanos con respecto a las medidas si estuviesen en desventaja en comparación con

[27] *Ibid*, párrafo 7.250.
[28] *Ibid*, párrafo 7.245.
[29] *Ibid*, párrafo 7.249.
[30] Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 118.

productos estadounidenses y/o con otros productos importados en relación con la elaboración, adopción y aplicación de las medidas de los Estados Unidos sobre la inocuidad para los delfines. México alegó que *de facto* estaba privado del beneficio del acceso a la etiqueta y, por ello, estaba en desventaja competitiva en el mercado de los Estados Unidos.[31] El Grupo Especial estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que las decisiones de los consumidores estadounidenses sobre comprar o no productos de atún inocuos para los delfines son el resultado de su propia elección y no de las medidas. Sin embargo, consideró que son las medidas mismas las que controlan el acceso a la etiqueta y permiten que los consumidores expresen sus preferencias por el atún inocuo para los delfines. Por consiguiente, a los productos que reúnen los requisitos para llevar la etiqueta, las medidas les otorgan una ventaja en forma de acceso a la etiqueta.[32] El Grupo Especial concluyó que la etiqueta *dolphin safe* tiene un valor comercial significativo en el mercado estadounidense de productos de atún: (1) por tratarse del único medio de reivindicar la inocuidad para los delfines; (2) porque los fabricantes de productos enlatados excluyen totalmente el empleo de atún que impediría obtener la etiqueta para sus productos finales; y (3) porque los supermercados no lo compran sin la etiqueta.[33]

Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que la medida no era inconsistente con el artículo 2.1. Las medidas distinguen un pescado de otro según el método de pesca y no por su origen. [34] El origen del producto no se determina por el origen del atún, sino por el lugar de procesarlo.[35] Los pescadores de México, Estados Unidos y otros países enfrentaron la misma opción de cambiar su forma de pesca para tener acceso al etiquetado o no hacerlo. Por lo tanto, su situación era resultado de sus propias decisiones, no de la medida. El impacto de la medida era atribuible al comportamiento del sector privado, mientras que el artículo 2.1 regula el trato que proviene del gobierno.[36] Además, el comportamiento del sector privado está relacionado con las preferencias del consumidor estadounidense y no quedaba claro si sus prácticas hubieron sido distintas sin el etiquetado.[37] En otras palabras, la respuesta del sector privado a las preferencias del consumidor era la fuente del trato menos favorable, no la medida en si.

Este aspecto del informe es problemático. Más adelante, en su análisis del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial reconoció que el atún mexicano no tenía acceso al etiquetado aun si se pescaba sin matar o herir a los delfines. El atún de los Estados Unidos y de otros países podían tener acceso al etiquetado aun si se pescaba de manera que mataba o hería a los delfines. Esto resultó del diseño de la medida. Además, los Estados Unidos no permitía el uso de otro etiquetado. Dado que la respuesta del sector privado se basaba en el acceso al etiquetado, parece que la medida fue la fuente del trato menos favorable, por lo menos indirectamente.

3. *Reglamentación extraterritorial*

Por último, México sostuvo que las medidas de los Estados Unidos unilateralmente ejercen presión sobre la flota mexicana para que cambie de zonas de pesca y/o de métodos

[31] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Atún II (México)*, párrafo 7.283.
[32] *Ibid*, párrafo 7.287.
[33] *Ibid*, párrafos 7.289-7.290.
[34] *Ibid*, párrafo 7.305.
[35] *Ibid*, párrafo 7.310.
[36] *Ibid*, párrafos 7.333-7.334.
[37] *Ibid*, párrafo 7.364.

de pesca, lo cual es prueba del efecto discriminatorio *de facto* de la medida. Según México, esta reglamentación extraterritorial es incompatible con las obligaciones del trato nacional y de la nación más favorecida. No se debe interpretar las obligaciones de los Acuerdos de la OMC para permitir que un Miembro de la OMC condicione el acceso a su mercado nacional a que se cumpla la política unilateral del Miembro relacionada con actividades realizadas fuera de su territorio, incluidos los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal. [38] México reconoció la posibilidad de que, en algunas circunstancias limitadas y en virtud de alguna de las excepciones específicas a las obligaciones de la OMC, un esfuerzo unilateral dirigido a modificar el comportamiento de otro país soberano esté justificado. Sin embargo, los Estados Unidos no habían invocado ninguna de esas excepciones y ninguna de ellas se aplicaba a las medidas estadounidenses.[39]

El Grupo Especial respondió a este argumento citando la siguiente observación que hizo el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Camarones*:

> No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por alguna de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita *a priori* la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Una interpretación de ese tipo inutiliza la mayoría de las excepciones del artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.

Aunque se hizo en el contexto de un análisis en el marco del artículo XX, el Grupo Especial opinó que las mismas consideraciones son pertinentes en el contexto del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. [40] También notó que las disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos no exigen que el *Miembro* emplee un método de pesca particular, sino que los *productos* en sí mismos deben cumplir los requisitos sobre etiquetado, si se quiere que tengan los beneficios que otorga la etiqueta.[41] Además, en tanto las medidas en cuestión crean incentivos para que las flotas que hacen lances sobre delfines abandonen esta práctica para conseguir una ventaja comercial en el mercado estadounidense, esos incentivos se aplican también a la flota de los Estados Unidos y a otras flotas atuneras que pescan en aguas internacionales.[42]

V. Artículo 2.2 del Acuerdo OTC

En virtud del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología

[38] *Ibid*, párrafo 7.369.
[39] *Ibid*, párrafo 7.370.
[40] *Ibid*, párrafo 7.371.
[41] *Ibid*, párrafo 7.372.
[42] *Ibid*, párrafo 7.373.

de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos. Estas listas de objetivos legítimos y elementos pertinentes para evaluar los riesgos no son exhaustivas.

El Grupo Especial determinó que la segunda frase del artículo 2.2 del Acuerdo OTC establece dos requisitos que deben cumplir los reglamentos técnicos para no constituir obstáculos innecesarios al comercio internacional: (1) deben tratar de alcanzar un objetivo legítimo; y (2) no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.[43]

1. *Objetivo legítimo*

Según el Grupo Especial, la carga de la prueba bajo el artículo 2.2 corresponde al reclamante. Esto implica necesariamente la determinación del objetivo de la medida y de su legitimidad. El hecho de que algunos aspectos de la disposición en cuestión estén relacionados con los objetivos de las medidas, determinados por el Miembro que adopta la medida, no libera al reclamante de su obligación de establecer una violación *prima facie*. Sin embargo, los objetivos de la medida definidos por el propio Miembro son pertinentes a esta determinación. Únicamente se espera que el reclamante presente sus alegaciones teniendo en cuenta la información de que dispone a este respecto. No obstante, a fin de salvaguardar el derecho del Miembro demandado a adoptar medidas para alcanzar determinados objetivos legítimos, el Grupo Especial debe examinar también la descripción que hace el demandado de sus propios objetivos, a fin de aclarar debidamente cuáles son los objetivos de la medida y qué legitimidad tienen esos objetivos.[44] En este caso, el Grupo Especial examinó la descripción de los objetivos de los Estados Unidos y de México, además de examinar la estructura y diseño de la medida.[45] Concluyó que la medida tenía dos objetivos: (1) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines; y (2) proteger a los delfines.[46]

El artículo 2.2 del Acuerdo OTC proporciona una lista no exhaustiva de los objetivos legítimos de conformidad con esta disposición. Esta lista abarca la "prevención de prácticas que puedan inducir a error" y la "protección de...la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente". El Grupo Especial concluyó que los objetivos del etiquetado *dolphin safe* estaban incluidos en el ámbito de esas dos categorías de objetivos legítimos.[47]

2. *No restringir el comercio más de lo necesario*

México propuso la misma interpretación del término "necesario" en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC que se había hecho en el contexto de los apartados b) y d) del artículo XX del GATT y el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Según México, para que una medida sea "necesaria", deben examinarse los siguientes factores: (1) la importancia de los intereses o valores en juego; (2) hasta qué punto contribuye la medida a que se alcance su objetivo; (3) el grado de restricción del comercio que implica la medida; y (4) si existen medidas alternativas razonablemente disponibles que

[43] *Ibid*, párrafo 7.387.
[44] *Ibid*, párrafos 7.392-7.393.
[45] *Ibid*, párrafo 7.406.
[46] *Ibid*, párrafos 7.409-7.418.
[47] *Ibid*, párrafo 7.437.

puedan restringir menos el comercio y hagan una contribución equivalente al logro del objetivo.[48]

El Grupo Especial señaló que, contrariamente a lo que ocurre en el caso del artículo XX del GATT o el artículo XIV del AGCS, en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC el aspecto de la medida que ha de justificarse como "necesario" es su grado de restricción del comercio y no la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo. Por lo tanto, el término "necesario" de la segunda frase del artículo 2.2 significa que la restricción del comercio debe ser "requerida" para alcanzar el objetivo. Observó que esta cuestión es distinta de la del nivel de protección que el miembro trata de lograr en relación con su objetivo. El preámbulo del Acuerdo OTC deja claro que un Miembro tiene derecho a adoptar medidas "a los niveles que considere apropiados" para alcanzar un objetivo legítimo. Entonces, la evaluación de si cualquier grado de restricción del comercio resultante de las medidas en litigio es "necesario" debe entenderse como una indagación de si ese grado de restricción del comercio es requerido para alcanzar los objetivos legítimos que persigue el Miembro al nivel de protección que ha elegido.[49] Por lo tanto, para determinar si una medida restringe el comercio más de lo necesario en el sentido del artículo 2.2, se debe evaluar la manera en que las medidas en litigio alcanzan sus objetivos y el grado en que lo hacen, teniendo en cuenta el nivel de protección elegido por el Miembro, y comparar esto con una posible medida alternativa que entrañe una menor restricción del comercio y que lograría los objetivos que se trata de alcanzar con el reglamento técnico al nivel de protección elegido por el Miembro. Entonces, una medida restringiría el comercio más de lo necesario si estuviera razonablemente disponible una medida alternativa menos restrictiva del comercio que permitiera alcanzar al mismo nivel el objetivo de la medida impugnada.[50]

Además, el artículo 2.2 obliga al Grupo Especial tener en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros, la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos. El Grupo Especial interpretó que este elemento del artículo 2.2 prescribe que considere tanto la probabilidad como la gravedad de los posibles riesgos (y cualesquiera consecuencias perjudiciales conexas) que podrían surgir en caso de que no se alcanzara el objetivo legítimo que se persigue. Por lo tanto, un medio alternativo de alcanzar el objetivo que entrañara mayores "riesgos de no alcanzarlo" no sería una alternativa válida, incluso si restringiera menos el comercio.[51]

El artículo 2.2 del Acuerdo OTC prevé una obligación positiva, no una excepción.[52] Por lo tanto, el reclamante (México), tenía la carga de demostrar que las medidas restringen el comercio más de lo necesario, incluyendo la identificación de una alternativa razonablemente disponible que pueda lograr el objetivo perseguido por la medida impugnada al mismo nivel que la medida impugnada, habida cuenta de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.[53] Dado que la medida de los Estados Unidos perseguía dos objetivos, el Grupo Especial analizó las alternativas para cada objetivo.

---

[48] *Ibid*, párrafo 7.446.
[49] *Ibid*, párrafo 7.460.
[50] *Ibid*, párrafo 7.465.
[51] *Ibid*, párrafos 7.466-7.467.
[52] *Ibid*, párrafo 7.458.
[53] *Ibid*, párrafo 7.468.

3. *El objetivo de no inducir a error o engañar a los consumidores*

México sostuvo que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* no alcanzan su objetivo declarado de garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado por un método que cause efectos perjudiciales a los delfines. Permiten que los productos de atún lleven la etiqueta *dolphin safe* incluso si contienen atún obtenido mediante operaciones de pesca en las que se dio muerte o se hirió a delfines, cuando el atún fue capturado en cualquier lugar fuera del Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO). México propuso como una medida alternativa una norma de inocuidad para los delfines en virtud de la cual se reconozca la norma del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) y se utilice una etiqueta que cumpla dicha norma.[54]

Después de analizar la evidencia científica presentada, el Grupo Especial concluyó que México había demostrado que determinados métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales. El uso de esas otras técnicas fuera del PTO puede dar lugar a niveles importantes de capturas incidentales de delfines y efectivamente lo ha hecho durante el período en que han estado en vigor las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*. Cuando ese atún se captura fuera del PTO, tendría derecho a la etiqueta oficial de los Estados Unidos incluso si se ha capturado o se ha herido gravemente a delfines durante la expedición. De conformidad con las medidas estadounidenses tal como se aplican, no se exige un certificado de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín fuera del PTO. Aproximadamente el 86 por ciento del atún enlatado por los fabricantes estadounidenses en 2009 se pescó en el Océano Pacífico Occidental. La gran mayoría de los productos de atún vendidos en el mercado estadounidense que contienen atún capturado en el Océano Pacífico Occidental tienen derecho a llevar la etiqueta *dolphin safe*. De conformidad con las disposiciones de la Ley DPCIA, todos los productos de atún que contienen atún capturado en una pesquería no situada en el PTO mediante un método distinto de los lances sobre delfines tienen derecho a llevar la etiqueta *dolphin safe* sin necesidad de certificar que en el lance no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín. Entonces, los productos de atún vendidos en el mercado estadounidense con la etiqueta *dolphin safe* pueden contener atún capturado durante una expedición en la que se dio muerte o se hirió gravemente a delfines. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que, en la medida en que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* dan acceso a la etiqueta a determinados productos de atún que puede haber sido capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines, no permiten que el consumidor distinga con precisión entre el atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines y el resto del atún.[55]

El Grupo Especial analizó si la LEY DPCIA alcanzaba su objetivo de no inducir a error o engañar a los consumidores. El Grupo Especial no estaba convencido de que las amenazas resultantes del uso de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines para capturar atún fuera del PTO sean insignificantes, desde el punto de vista de la mortalidad o las heridas graves observadas o incluso del carácter sostenible de las poblaciones. Tampoco estaba convencido de que se hubiera demostrado que esas amenazas son menores que las amenazas similares con que se enfrentan los delfines en el PTO. Como resultado, la concesión del acceso a la etiqueta *dolphin safe* a productos de atún que contienen atún

[54] *Ibid*, párrafos 7.470-7.471.
[55] *Ibid*, párrafos 7.531-7.542.

capturado de esa manera crea un auténtico riesgo de que se pueda inducir a error a los consumidores acerca de si el atún fue capturado utilizando una técnica que no causa efectos perjudiciales a los delfines. Por lo tanto, llegó a la conclusión de que las medidas estadounidenses sólo pueden garantizar parcialmente que los consumidores estén informados de si el atún fue capturado utilizando un método que cause efectos perjudiciales a los delfines.[56]

El Grupo Especial concluyó que, tanto en el caso de las medidas de los Estados Unidos como en el del régimen del APICD, los consumidores de productos de atún tendrían que soportar un cierto grado de incertidumbre sobre si los delfines sufrieron efectos perjudiciales durante la captura del atún. Con arreglo a las medidas de los Estados Unidos, es posible que el atún capturado durante una expedición en la que se dio muerte o se hirió a delfines lleve la etiqueta *dolphin safe*. De conformidad con el APICD, la etiqueta sólo se concedería cuando no se hubiera dado muerte a ningún delfín, aunque podrían haberse causado, sin embargo, a esos animales determinados efectos perjudiciales no observados. Por lo tanto, si se permitiera que la etiqueta APICD coexistiera con las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*, la medida en que se induciría a error a los consumidores en cuanto a las consecuencias de la forma en que se capturó el atún no sería mayor de lo que es de conformidad con las medidas vigentes.[57]

Además, el Grupo Especial observó que México no se limitaba a proponer sencillamente que se permita utilizar el logotipo *dolphin safe* del APICD en el mercado estadounidense. México sostuvo que la coexistencia de las etiquetas *dolphin safe* de los Estados Unidos y del APICD permitiría que los consumidores estadounidenses estuvieran plenamente informados de todos los aspectos de los métodos de pesca inocuos para los delfines. El Grupo Especial concluyó que esta alternativa propuesta por México implicaría la transmisión de información más completa a los consumidores, y podría reducir las posibilidades de engaño de éstos en mayor grado que la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que, en relación con el objetivo de información al consumidor, México había identificado una alternativa que restringe menos el comercio y que alcanzaría un nivel de protección equivalente al que logran las medidas de los Estados Unidos, habida cuenta de los riesgos que crearía no alcanzar dicho objetivo. Entonces, México había demostrado que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo de garantizar que no se induzca a error a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.[58]

4. *El objetivo de proteger a los delfines*

Dado su conclusión de que el etiquetado *dolphin safe* sólo podía alcanzar parcialmente el objetivo de garantizar que no se induzca a error a los consumidores acerca de si el atún fue capturado por un método que cause efectos perjudiciales a los delfines, el Grupo Especial concluyó que el segundo objetivo sólo puede alcanzarse parcialmente también. En cuanto las medidas no permiten que los consumidores distingan con precisión entre el atún capturado en condiciones perjudiciales para los delfines y el resto del atún, las técnicas de

[56] *Ibid*, párrafos 7.562-7.563.
[57] *Ibid*, párrafo 7.573.
[58] *Ibid*, párrafos 7.575-7.578.

pesca conexas no pueden desalentarse o alentarse de manera que refleje con precisión esa distinción.[59] Mientras las medidas estadounidenses permiten que el atún capturado por cualquier método distinto de los lances sobre delfines fuera del PTO utilice la etiqueta *dolphin safe*, sin exigir ninguna certificación de si se puede haber dado muerte o herido gravemente a un delfín, el etiquetado *dolphin safe* no garantiza que el mercado estadounidense no se utilice para alentar técnicas de pesca que causen efectos perjudiciales a los delfines. Al dar acceso a la etiqueta *dolphin safe* a atún capturado mediante la utilización de técnicas de pesca que causan efectos perjudiciales a los delfines fuera del PTO y denegar al mismo tiempo ese acceso al atún capturado en las condiciones controladas del APICD en el PTO, el etiquetado *dolphin safe* no sólo pueden no conseguir desalentar esas técnicas de pesca perjudiciales sino que pueden tener el efecto opuesto. Como saben que se da a su atún acceso a la etiqueta *dolphin safe* prácticamente sin limitaciones, las pesquerías que emplean esas otras técnicas no tienen ningún incentivo para adaptar sus artes y sus prácticas de pesca a fin de tener en cuenta preocupaciones relativas a la protección de los delfines. Entonces, las medidas estadounidenses sólo pueden alcanzar parcialmente su objetivo declarado de proteger a los delfines garantizando que el mercado de los Estados Unidos no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.[60]

Permitir que se haga publicidad del cumplimiento de las prescripciones del APICD, como del de las normas estadounidenses vigentes, no daría lugar a un nivel de protección menor que el que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*. La alternativa que propuso México no crearía, para los delfines del PTO, riesgos superiores a los que aceptan los Estados Unidos de conformidad con las medidas impugnadas en relación con otras técnicas de pesca empleadas fuera del PTO. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que México había identificado una alternativa razonablemente disponible que restringiría menos el comercio y alcanzaría el nivel de protección logrado por las medidas estadounidenses en relación con el objetivo de contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado de los Estados Unidos no se utilice para alentar la pesca de atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.[61]

Por sus conclusiones sobre los dos objetivos, el Grupo Especial constató que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* eran incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.[62]

VI. Artículo 2.4 del Acuerdo OTC

En virtud del artículo 2.4 del Acuerdo OTC, cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

[59] *Ibid*, párrafo 7.592.
[60] *Ibid*, párrafos 7.597-7.599.
[61] *Ibid*, párrafos 7.615-7.619.
[62] *Ibid*, párrafo 7.620.

Citando al Órgano de Apelación en *CE – Sardinas*, el Grupo Especial señaló que correspondía a la parte reclamante demostrar que la supuesta norma internacional no había sido utilizada como base del reglamento impugnado y que esa parte debía acreditar asimismo que dicha norma era eficaz y apropiada para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por el reglamento. Por lo tanto, examinó: (1) si la "norma del APICD" constituye una norma internacional pertinente; (2) si los Estados Unidos la habían utilizado como base de sus disposiciones sobre etiquetado *dolphin safe*; y (3) si esa norma era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos.[63] Concluyó que la "norma del APICD" constituye una norma internacional pertinente[64] y que los Estados Unidos no la habían utilizado como base de sus disposiciones sobre etiquetado *dolphin safe*.[65]

El Acuerdo OTC no define el término "norma internacional". De acuerdo con el Anexo 1, como no hay una definición concreta de ese término, debe entenderse que la expresión "norma internacional" tiene en el Acuerdo OTC el mismo significado que en la Guía 2 de la ISO/CEI, que la define como una "[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización y puesta a disposición del público". Por lo tanto, el Grupo Especial constató que una "norma internacional" está integrada por tres elementos: (1) una norma; (2) adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización; y (3) puesta a disposición del público.[66] También concluyó que el término "norma" utilizado en la definición de "norma internacional" en la Guía 2 de la ISO/CEI debe interpretarse como se define en la propia Guía de la ISO/CEI: un "documento establecido por consenso y aprobado por una institución reconocida que prevea, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para las actividades o sus resultados, destinadas a lograr el grado óptimo de orden en un determinado contexto".[67] Concluyó que la definición de *dolphin safe* en la Resolución del APICD sobre el seguimiento y verificación del atún a que se hace referencia en la Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin Safe* prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características en relación con la pesca de atún y los productos de atún. Por ende, constituye una "norma" a los fines del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.[68] Hay un fuerte vínculo institucional entre el APICD y la Comisión Internacional de Atún Tropical (CIAT), porque todos los Estados partes en el APICD son miembros de la CIAT (con excepción de Honduras). De preferencia, hacen las reuniones anuales de ambos juntos. Por tanto, el Grupo Especial concluyó que las partes en el APICD, cuando actúan dentro del marco institucional de la CIAT, constituyen una "organización" a los fines de la aplicación del artículo 2.4 del Acuerdo OTC. [69] También concluyó que el APICD tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización" y por consiguiente constituye un "organismo con actividades de normalización".[70] La participación en el APICD está abierta, sobre una base no discriminatoria, a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros de la OMC, de acuerdo con el principio de apertura descrito en la

[63] *Ibid*, párrafos 7.628-7.629.
[64] *Ibid*, párrafos 7.663-7.707.
[65] *Ibid*, párrafos 7.711-7.716.
[66] *Ibid*, párrafos 7.663-7.664.
[67] *Ibid*, párrafos 7.670-7.672.
[68] *Ibid*, párrafo 7.677.
[69] *Ibid*, párrafo 7.684.
[70] *Ibid*, párrafo 7.687.

Decisión del Comité OTC. Por lo tanto, puede considerarse una "organización internacional con actividades de normalización" según la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI.[71] Finalmente, la definición y la certificación *APICD dolphin safe* se ponen a disposición del público.[72] Además, la definición y la certificación de atún APICD *dolphin safe* son "pertinentes" para la medida estadounidense.[73]

Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que esa norma no era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos. El APICD sólo informaría a los interesados de que la expresión "*dolphin safe*" en su contexto se refiere a atún capturado en asociación con delfines, en lances en los que no hay mortalidad ni heridas graves de esos animales. En la medida en que esto no permitiría que los consumidores fueran informados del hecho de que hubo persecución de delfines en el contexto de la captura del atún en cuestión ni de la existencia de posibles consecuencias no observadas de esos lances, la etiqueta APICD no abordaría algunos de los efectos perjudiciales para los delfines que los Estados Unidos habían identificado como parte de sus objetivos. Por lo tanto, la norma del APICD, aplicada por sí sola, no sería un medio eficaz ni apropiado para lograr el objetivo de los Estados Unidos de garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.[74] Además, la etiqueta APICD, aisladamente, no aborda los efectos perjudiciales no observados derivados de la caza y el cercamiento reiterados de delfines y del lance reiterado de redes de cerco sobre ellos. En la medida en que la norma del APICD se ocupa de los lances sobre delfines y no de otras técnicas de pesca que también pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, tampoco sería un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos en ese ámbito.[75] Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que México no había demostrado que la norma *dolphin safe* del APICD sea un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país.[76]

VII. Implicaciones para casos futuros

Este caso es un precedente importante sobre la consistencia de los etiquetados ambientales con el derecho de la OMC. En este caso, los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos. Esto, junto con el hecho de que los productos eran idénticos bajo los demás tres criterios, determinó que los productos eran similares. ¿Cuál sería el resultado si hubiera evidencia de un producto es inocuo en términos ambientales mientras que el otro no lo es? ¿Esta diferencia sería suficiente para determinar que dos productos no son similares en el contexto del artículo 2.1 del Acuerdo OTC o en el contexto de los artículos I y III del GATT?

---

[71] *Ibid*, párrafos 7.691-7.692.
[72] *Ibid*, párrafo 7.695.
[73] *Ibid*, párrafo 7.702.
[74] *Ibid*, párrafos 7.729-7.731.
[75] *Ibid*, párrafos 7.738-7.739.
[76] *Ibid*, párrafo 7.740.

Si el fin del análisis de la similitud de los productos es determinar la relación de competencia en un mercado determinado, y la inocuidad del producto determina si puede competir en el mercado o no, sería razonable esperar que este criterio pudiera ser determinante, a pesar de la similitud de los productos bajo los otros tres criterios. En tal situación, las preferencias del consumidor relativas a los procesos y métodos de producción (PMP), que no afectan al producto como tal, podrían ser determinantes. Entonces, esto podría servir como base para determinar que tales etiquetados ambientales son consistentes con el trato nacional y la nación más favorecida en el derecho de la OMC. También podría ser relevante para el análisis de la similitud de productos bajo el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.[77]

En este caso, se determinó que el artículo 2.1 no regula el impacto de los etiquetados que se pueden atribuir al efecto del comportamiento del sector privado sobre el mercado. Esta interpretación del artículo 2.1 sería pertinente para la interpretación de los artículos I y III del GATT también. Entonces, aun si no se puede evitar la inconsistencia de estos artículos con un análisis de similitud que diera mayor peso a las preferencias de los consumidores, este argumento podría servir como base para determinar que los etiquetados ambientales son consistentes con el trato nacional y la nación más favorecida en el derecho de la OMC.

Hay muchos programas de etiquetado ambiental en el mundo. Algunos son del sector privado y otros son gubernamentales. La mayoría son programas voluntarios. La demanda en el mercado indica que estos programas seguirán creciendo y los productores responderán a esa demanda. Además, hay nuevos programas de etiquetado para la huella de carbono de los productos que están por lanzarse. Por lo tanto, la relación entre el derecho de la OMC y los programas de etiquetado ambiental es un tema cuya importancia seguirá creciendo. Una cuestión clave será la diferencia entre normas voluntarias y reglamentos técnicos obligatorios en el Acuerdo OTC.

[77] Véase Bradly J. Condon, "Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law", *Journal of International Economic Law*, 12:4, 2009, pp. 895-926.

Revista de Derecho Económico Internacional
Centro de Derecho Económico Internacional, ITAM

Instrucciones para los autores

La Revista de Derecho Económico Internacional pretende promover la investigación tanto en español como en portugués en áreas como el sistema multilateral de comercio, los acuerdos comerciales regionales, la inversión extranjera, la propiedad intelectual internacional, la competencia económica y el derecho fiscal internacional. El público al cual está dirigida está compuesto por investigadores, funcionarios de gobierno, abogados y otros interesados.

La revista da la bienvenida a contribuciones inéditas que tomen la forma de artículos académicos originales escritos en español o en portugués, los cuales estarán sujetos al proceso de arbitraje de la revista, comentarios sobre disputas recientes, artículos cortos de profesionales en torno a la práctica, así como reseñas críticas de libros. La revista recibirá aquellas contribuciones que desarrollen un enfoque económico, jurídico, político, o bien interdisciplinario en sus contenidos.

Formato y estilo

1. Los artículos académicos deben contar con 5.000 a 15.000 palabras e incluir un resumen no mayor a 200 palabras tanto en inglés como español. Las reseñas críticas no deben exceder las 4.000 palabras. Los artículos profesionales cortos tendrán un máximo de 2.000 palabras.

2. Los manuscritos deben ser entregados en formato *Word*; márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros e izquierdo y derecho de 3 centímetros (los que se aplican automáticamente por *Word*); doble espacio; y letra Times New Roman de 12 puntos.

3. Todas las afirmaciones sobre referencias y datos estadísticos deben tomar la forma de notas a pie de página. Las tablas y cuadros deberán anexarse al final del artículo e indicarse su ubicación en el texto del manuscrito.

4. En las citas de los informes de la OMC, por ejemplo, debe incluirse el título completo para el caso de la primera cita, de acuerdo a la clasificación de la OMC, disponible en *http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm*. Para la segunda cita, se recurrirá al título corto. Por ejemplo:

   Primera cita: Informe del Órgano de Apelación, *México — Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas (México — Impuestos sobre los refrescos)*, WT/DS308/AB/R, adoptado el 24 de marzo de 2006, párrafo 123.
   Segunda cita: Informe del Órgano de Apelación, *México — Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 123.

5. Además de las reglas antes mencionadas, los autores deben seguir los criterios editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponibles en: *http://www.juridicas.unam.mx/publica/critedit/critedit.pdf*

Proceso de revisión

1. La revista llevará a cabo un minucioso proceso de revisión para asegurar la calidad de los artículos académicos publicados. El proceso consiste en dos etapas: en la primera etapa los editores realizan una revisión preliminar del material recibido para determinar si el tema y el contenido del artículo son relevantes para la revista. En la segunda etapa, una vez aprobado por los editores, el trabajo es sometido a un proceso de arbitraje de doble anonimato, es decir, dos miembros del Consejo Editorial fungirán como dictaminadores y evaluarán el artículo sin saber el nombre del autor o los autores de la obra evaluada, y éstos a su vez, no sabrán el nombre de los dictaminadores. Como consecuencia de este proceso, el artículo se aceptará, se formularán modificaciones mayores o menores, o bien se rechazará.

2. El proceso de revisión tomará en promedio un máximo de dos meses. La revista se compromete a respetar en tiempo y forma las diferentes etapas del proceso editorial.

Envío de manuscritos

1. Los artículos deberán ser enviados a la dirección electrónica dei@itam.mx para su consideración.

2. Los editores confirmarán la recepción del artículo a la brevedad posible, y con ello el inicio del proceso de revisión.

Ciudad de México, marzo de 2012.

Centro de Derecho
Económico Internacional

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México
Río Hondo No. 1, Col. Progreso Tizapán,
C.P. 01080, Del. Álvaro Obregón, México, D.F.
dei@itam.mx
www.itam.mx