

## 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<sup>1</sup>.

#### **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 Bradley Condon<sup>2</sup>, 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.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Condon Bradley 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<sup>3</sup> (“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

---

<sup>3</sup> 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](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”.<sup>4</sup>

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

---

<sup>4</sup> *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<sup>5</sup>, 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

---

<sup>5</sup> 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*.<sup>6</sup>

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*<sup>7</sup> 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<sup>8</sup>). 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

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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<sup>9</sup>, 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*<sup>10</sup> 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

---

<sup>9</sup> Documento MTN/GNS/W/120 del 10 de julio de 1991.

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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<sup>12</sup>.

[...]

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<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.”

<sup>13</sup> 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<sup>14</sup>.

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

---

<sup>14</sup> 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 examinaremos 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.<sup>15</sup>

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<sup>16</sup> [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 son obligatorios y mucho menos se tratan pues de criterios "cerrados". Es decir, el análisis deberá hacerse caso por caso.<sup>17</sup>

Los cuatro criterios son los siguientes:

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, página 14.

<sup>16</sup> *Ibidem*, página 22.

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> En el Informe del OA en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, se consideró el cuarto criterio<sup>19</sup>.

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.”<sup>20</sup>

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<sup>21</sup>. 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

---

<sup>18</sup> IBDD 18S/106, adoptado por las partes contratantes el 2 de diciembre de 1970.

<sup>19</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op cit.*, página 16.

<sup>20</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op. cit.*, párrafo 119.

<sup>21</sup> *Cfr.*, Condon Bradly, *op cit.*

pertinente examinar la demanda latente" que está suprimida por los obstáculos reglamentarios.<sup>22</sup>

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<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>. [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.**

---

<sup>22</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op cit.*, párrafo 123.

<sup>23</sup> *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.

<sup>24</sup> 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<sup>25</sup> 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*.<sup>26</sup>" [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<sup>27</sup> 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

<sup>25</sup> Mireille Cossy, autora que se examinará más adelante.

<sup>26</sup> 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

<sup>27</sup> *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<sup>28</sup>. 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 Nicoladis 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 declarararía 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<sup>29</sup>. 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

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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”<sup>30</sup>. 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 en 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

---

<sup>30</sup> 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.

similitud, 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 “similitud” de probarse que la medida en cuestión tiene como objeto y efecto la protección de los productos del Miembro que la implementó<sup>31</sup>.

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<sup>32</sup>, 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<sup>33</sup>.

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

---

<sup>31</sup> De aplicarse este examen, el efecto de una medida en el mercado sería parte integral del examen de similitud, sostiene Cossy.

<sup>32</sup> *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.

<sup>33</sup> 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”<sup>34</sup>. 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<sup>35</sup>.

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<sup>36</sup> 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.”<sup>37</sup>

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

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 traspasar las disposiciones aplicables a productos a aquellas aplicables a inversiones”. *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 7 de agosto de 2005 *apud*, Cossy Mireille, *op. cit.*

<sup>36</sup> *Ibidem*, página 18.

<sup>37</sup> 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<sup>38</sup>, 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."<sup>39</sup>

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<sup>40</sup>, debido a lo amplio de dicha categoría.

De igual forma, "[I]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<sup>41</sup>". En este sentido, el contexto en donde se da esta relación de competencia es sin lugar a dudas el mercado, pues es en éste

---

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *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.<sup>42</sup>

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 a cabo 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<sup>43</sup>. 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.”<sup>44</sup> 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

---

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

<sup>43</sup> “directamente competidores o directamente sustituibles entre sí”.

<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>” 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<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit.*, página 20.

<sup>46</sup> 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"<sup>47</sup>.

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.

---

<sup>47</sup> 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.”<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup>

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<sup>50</sup>” 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<sup>51</sup> 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<sup>52</sup> 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”<sup>53</sup>.

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

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, párrafo 99.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Como se señaló arriba, visto desde el punto de vista de una relación de competencia.

<sup>52</sup> Esto es, evitar el proteccionismo de la producción nacional, a través de medidas interiores.

<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup>”

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<sup>55</sup>. 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*.<sup>56</sup>

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<sup>57</sup> 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

<sup>54</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Corea-Carne vacuna op. cit.*, párrafo 137.

<sup>55</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, Párrafo 7.309.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Se refiere a la inscripción en la Lista de Compromisos Específicos.

CPC<sup>58</sup>”. 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<sup>59</sup>. 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<sup>60</sup> 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.”<sup>61</sup>

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.

---

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Como por ejemplo, los cuatro criterios para determinar si determinados productos gozan de “similitud” al amparo del GATT.

<sup>60</sup> 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”.

<sup>61</sup> 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<sup>62</sup> 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<sup>63</sup> 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<sup>64</sup> 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

<sup>62</sup> Diccionario de la Real Academia Española, [www.rae.es](http://www.rae.es), fecha de consulta: 7 de septiembre de 2011.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> 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<sup>65</sup>. 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

---

<sup>65</sup> 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<sup>66</sup>:

**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.<sup>67</sup>

**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.”<sup>68</sup>

**d. Clasificación arancelaria**

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

---

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> *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, Bradley 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<sup>69</sup>”. 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

---

<sup>69</sup> 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 un 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 desarrolla 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 de 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 un 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<sup>70</sup>, 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<sup>71</sup>". 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<sup>72</sup>; 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<sup>73</sup>. Así, a

<sup>70</sup> Cfr. Informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Autos*, *op. cit.*, párrafo 69.

<sup>71</sup> 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](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm), fecha de consulta: 7 de septiembre de 2011.

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> 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*<sup>74</sup> hizo eco del criterio sostenido en *CE-Bananos III*<sup>75</sup>, 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.<sup>76</sup>

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*<sup>77</sup>. 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”<sup>78</sup>.

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

---

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Bananos III*, *op.cit.*

<sup>76</sup> *Cfr.* Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, *op. cit.* párrafo 79.

<sup>77</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, *op. cit.*

<sup>78</sup> *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*<sup>79</sup> 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

---

<sup>79</sup> 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”<sup>80</sup> 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"<sup>81</sup>.

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.’<sup>82</sup>

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<sup>83</sup> 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<sup>84</sup>”.

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

<sup>80</sup> *Ibidem* párrafo 7.281.

<sup>81</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Bananos III op. cit.*, párrafo 220.

<sup>82</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, párrafo 7.281.

<sup>83</sup> 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;

<sup>84</sup> *Ibidem*, párrafo 7.280.

*cuestiones pero afecta de todas formas al comercio de servicios.*”<sup>85</sup> Esta interpretación la retomó el Grupo Especial que resolvió *Canadá-Autos*.<sup>86</sup>

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<sup>87</sup>. 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<sup>88</sup>; sin embargo, el Grupo Especial aclaró que la situación de la CE fue contraria a lo que estipula el artículo antes señalado, pues la 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”.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> *Ibidem* párrafo 7.285. El énfasis es añadido.

<sup>86</sup> Informe del Grupo Especial en *Canadá- Autos*, *op. cit.*, párrafo 10.231.

<sup>87</sup> *Cfr. Ibidem*, párrafo 10.233.

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> 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*<sup>90</sup>, 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 I 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.<sup>91</sup>

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.<sup>92</sup>

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<sup>93</sup> 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

---

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, *op cit.*, párrafo 151. El subrayado es añadido.

<sup>92</sup> *Ibidem*, párrafo 155.

<sup>93</sup> 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 una 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*<sup>94</sup>, 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<sup>95</sup>. 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*<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup>

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<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Vid. *Supra*.

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> *Cfr. Matsushita op cit.*

<sup>98</sup> 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"<sup>99</sup>

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.<sup>100</sup>

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."<sup>101</sup>

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

---

<sup>99</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 7.299.

<sup>100</sup> *Ibidem*, párrafo 7.302.

<sup>101</sup> *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 similitud 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<sup>102</sup> (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 “similitud”.

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.”<sup>103</sup>

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.”<sup>104</sup> 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<sup>105</sup>”. 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

<sup>102</sup> Cfr. *Ibidem*, párrafo 7.346.

<sup>103</sup> Cfr. *Ibidem* párrafo 234.

<sup>104</sup> Cfr. Informe del Grupo Especial en *Canadá-Autos op cit.*, párrafo 10.262.

<sup>105</sup> 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<sup>106</sup>, 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<sup>107</sup> 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”<sup>108</sup>.

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

---

<sup>106</sup> Ortino Federico, *op cit.*

<sup>107</sup> África, Caribe y Pacífico.

<sup>108</sup> *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].*<sup>109</sup>

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].*<sup>110</sup>

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

<sup>109</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, op. Cit., párrafo 171. El subrayado es añadido.

<sup>110</sup> *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 “incondicionalmente” 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<sup>111</sup> 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<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> 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’<sup>113</sup>. 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<sup>114</sup>. 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<sup>115</sup>. 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.

<sup>113</sup> Condon Bradley J., *op cit.*, página 600.

<sup>114</sup> 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.*

<sup>115</sup> 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<sup>116</sup> 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*<sup>117</sup>, 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

---

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> 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<sup>118</sup> 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.

---

<sup>118</sup> 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 acumulativa. 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 acumulativa 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. Concuero 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<sup>119</sup>, 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”.

---

<sup>119</sup> 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 similitud 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.