

# **El trato nacional y la nación más favorecida en el Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio**

**Nadja Dorothea Ruiz Euler**

## **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”) 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.

El GATT fue firmado en 1947; sin embargo, en 1994, se revisó en lo que se denominó la Ronda de Uruguay, dando lugar a la firma del GATT de 1994 y al AGCS. Ambos acuerdos entraron en vigor el 1 de enero de 1995.

Toda vez que el GATT es un acuerdo que lleva bastante más tiempo que el AGCS, a lo largo de las disputas tanto del GATT de 1947 como del GATT de 1994, los grupos especiales del GATT de 1947 y de la OMC, así como el Órgano de Apelación de la OMC, han logrado dotar de significado a aquellos conceptos y principios que rigen el acuerdo sobre mercancías. Así, las implicaciones y consecuencias de los principios angulares de dicho acuerdo como lo son el principio de nación más favorecida (“NMF”) y el principio de trato nacional son ya bien conocidos por los Miembros de la OMC. Lo anterior da lugar a que los Miembros puedan, por una parte, percatarse de las consecuencias de emitir medidas o regulación en general que vaya ya sea, de conformidad con lo que enuncian los principios antes referidos o bien, de hacer lo contrario. Por otra parte, pueden asimismo establecer cuando hay una violación por parte de otro socio comercial.

No obstante ello, en el caso de AGCS esto no es así, debido a dos supuestos: (i) escasos asuntos resueltos con motivo del acuerdo comercial que busca liberalizar el comercio de servicios y (ii) los cinco asuntos que han sido resueltos al amparo de este acuerdo no han profundizado sobre qué debe entenderse por el trato de NMF y el trato nacional. Por ello, hoy en día existe una falta de criterios bajo el derecho de la OMC que den cuenta de lo anterior, provocando, como es lógico, un estado de incertidumbre para todo aquel que tenga contacto con el derecho que rige dicha organización.

En virtud de lo anterior, el tema antes referido es relevante en materia de derecho de la OMC, toda vez que hoy en día no existen criterios que determinen de manera clara y concisa la metodología a seguir por los grupos especiales o bien, el Órgano de Apelación para efectos de establecer cuándo la medida adoptada por determinado miembro de dicha organización es inconsistente con los principios antes referidos.

Asimismo, parecería que en la actualidad, los Estados Miembros de la OMC se encuentran en una especie de penumbra jurídica, pues al no contar con los criterios utilizados por la autoridad que conoce de diferencias suscitadas entre países Miembros de la OMC para determinar cuando hay violaciones a los principios angulares del sistema de comercialización de servicios, aquellos reducirán sus posibilidades de efectivamente liberalizar el comercio de servicios. Lo anterior, en el caso de ambos principios, debido a que no podrían establecer *a priori* sus conductas y regulaciones como gobiernos con el fin de evitar inconsistencias con los artículos II (NMF) y XVII (trato nacional), respectivamente, dando como resultado un estado de indefensión tanto para el Miembro que aduce inconsistencia como para el que es acusado de la

misma. De igual forma, en relación con el principio de trato nacional, se inhibiría que los Miembros no establecieran limitación alguna en sus respectivas listas de compromisos específicos sobre la liberalización del comercio de servicios, las cuales se explicarían más adelante.

De ser posible que se emitieran los criterios antes referidos, no sólo los Miembros se verían beneficiados por la seguridad jurídica que acompañaría a dicha situación, sino que los propios grupos especiales, así como el Órgano de Apelación se verían beneficiados pues tendrían los elementos jurídicos necesarios para que, de presentarse la situación, resolvieran de manera tal que se salvaguarde la seguridad jurídica y el objeto y fin del AGCS.

Por último, se beneficiarían los proveedores, ya que sabrán que efectivamente les será posible suministrar servicios en el extranjero de manera segura, pues habrá un marco regulatorio no sólo consensuado (como lo es el AGCS), sino que provisto de los medios necesarios para hacer valer el medio de defensa adecuado para salvaguardar los intereses involucrados. De manera indirecta, los beneficiados también serán los consumidores, pues ampliarán su gama de elecciones en cuanto a servicios se refiere y eso se reflejará en un mejor precio, ya que aumentará la competitividad.

De esta manera, los beneficios no sólo serían jurídicos, sino que habría también económicos e incluso políticos.

Es por lo anterior que, el presente trabajo se enfocará en analizar la relación que existe entre el GATT, tratado internacional que rige el comercio de mercancías y el AGCS, tratado que rige el comercio de servicios, 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, ambas contenidas en dichos acuerdos. En concreto, la hipótesis del trabajo que aquí se expone es la siguiente: los criterios utilizados en la jurisprudencia emitida con motivo de los principios trato nacional y NMF del GATT no son aplicables a las cláusulas relativas a los mismos principios, correspondientes al AGCS.

En este sentido, el objetivo será probar, a través del análisis de los términos de los tratados y de la jurisprudencia, así como de la doctrina sobre el tema, que los criterios que hoy en día rigen la interpretación de los principios ya 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 han vertido como resultado de las disputas que han tenido lugar bajo el GATT y en virtud de los principios señalados. Segundo, se analizará la jurisprudencia que tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación de la OMC han llevado a cabo bajo el AGCS. Tercero, se plasmarán las opiniones sobre el tema de expertos en derecho de la OMC. Cuarto, 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 concluir sobre la hipótesis aquí expuesta en relación con cada uno de los principios enunciados.

La estructura de este artículo será como a continuación se señala:

En la primera parte se expondrá cómo se conforma el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, documento que rige la solución de controversias que se dan entre

Miembros de la organización referida. Se analizará el efecto jurídico de la jurisprudencia de la OMC en la interpretación de los acuerdos. Asimismo, se presentarán los artículos relativos a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y la manera en la que se aplican al momento de interpretar tratados internacionales. Dada la importancia del contexto en la interpretación de los tratados, se expondrá la estructura y el funcionamiento del AGCS y se comparará el contexto del AGCS con lo del GATT.

En la segunda y tercera parte se abordará el principio de trato nacional, así como el principio de la nación más favorecida, respectivamente. 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.

## **I. Antecedentes**

### **1. Introducción.**

El Acuerdo General sobre Aranceles y Aduanas de 1994 (“GATT” por sus siglas en inglés<sup>1</sup>) y el AGCS son el acuerdo comercial que regula el comercio de mercancías y el acuerdo comercial que regula el comercio de servicios, ambos dentro del sistema de la OMC. Los dos tratados internacionales fueron suscritos como consecuencia de la Ronda de Uruguay. Dicha negociación tuvo lugar con la finalidad de crear la OMC, mediante el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (“Acuerdo sobre la OMC”) y cuyos anexos incluyen los acuerdos señalados; i.e. el GATT y el AGCS, entre otros.

En relación con el GATT, vale la pena señalar que se trata pues de la incorporación y, de alguna manera, actualización del GATT de 1947, acuerdo temporal que se firmó para eliminar las barreras al comercio. Es por esto que, el GATT de 1994 reemplaza al de 1947, subsistiendo como el tratado internacional que busca liberalizar el comercio de bienes y mercancías dentro del marco de la OMC.

Como se señaló, dentro del Acuerdo sobre la OMC se contienen diversos anexos, dentro de los cuales están el GATT (Anexo 1 A) y el AGCS (Anexo 1 B). De igual forma, está el Anexo 2, el cual se refiere al Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias y que es señalado expresamente en el AGCS.

Si embargo, antes revisaremos la Convención de Viena, toda vez que el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias hace mención expresa de las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.

En virtud de lo señalado anteriormente, en esta parte abordaremos los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena, pues darán la pauta para entender el contexto dentro del derecho internacional público en el cual se insertan las cláusulas de no-discriminación del AGCS, puesto que se trata de un acuerdo internacional. Asimismo, examinaremos el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, ya que éste es el documento que rige en la OMC para efectos de solucionar cualquier controversia que se suscite entre los Miembros de dicha organización. Por último, revisaremos el AGCS en el sentido de explicar cómo funciona, cuál es su estructura y su relación y diferencias con el GATT. Todo lo

---

<sup>1</sup> General Agreement on Tariffs and Trade.

señalado es de extrema importancia para esta parte el análisis que se llevará a cabo, toda vez que los anteriores resultan trascendentales en el tema de este artículo y a continuación veremos por qué. Pues bien, la Convención de Viena es relevante, pues ésta establece las reglas de interpretación de los acuerdos internacionales y aplicándola al tema aquí analizado, los acuerdos de la OMC. Esto, toda vez que, como se señaló, el entendimiento arriba referido nos remite a “las normas usuales de interpretación del derecho público internacional” en su artículo 3.2, las cuales incluyen los artículos 31, 32, y 33 de la Convención de Viena. El artículo 31 de ésta establece la forma en que se deberá analizar la disposición en cuestión utilizando los siguientes elementos, entre otros: el sentido corriente de los términos utilizados para expresar los principios de trato nacional y de NMF contenidos en el AGCS, los cuales serán analizados en las siguientes partes; el contexto de las obligaciones de trato nacional y de NMF bajo el GATT y el AGCS, ya que nos dará la pauta para discernir las similitudes y las diferencias entre ambos acuerdos comerciales, y la práctica seguida por las partes en las controversias suscitadas con motivo de las obligaciones de trato nacional y de NMF.

Aunado a la Convención de Viena, se explicará en qué consiste el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, ya que éste figura como el documento que se señala en el Acuerdo sobre la OMC como el encargado de regir las diferencias que se produzcan en el seno de la OMC. De igual forma, este documento explica qué es el Órgano de Solución de Diferencias, qué son y en qué consisten los grupos especiales y el Órgano de Apelación. También estudiaremos en qué consisten los informes especiales emitidos por los grupos especiales y el Órgano de Apelación y su relevancia en términos jurídicos.

Finalmente, en esta parte y en relación con la Convención de Viena, se estudiará la estructura del AGCS su funcionamiento y su relación y diferencias con el GATT, ya que lo anterior ayudará a dar cuenta de lo diferente de ambos contextos, situación que figura de manera contundente para no traspasar las interpretaciones de las obligaciones de trato nacional y de NMF contenidas en el GATT a las relativas al AGCS.

Por último, es importante señalar que tiene por finalidad sentar los antecedentes necesarios para la total comprensión de este artículo y de esta manera ayudar en contextualizar tanto la hipótesis como la solución aquí propuestas en relación con la interpretación de los principios de trato nacional y de NMF contenidas en el AGCS y que serán examinados en las partes II y III, respectivamente.

## **2. Interpretación de tratados internacionales dentro de la Organización Mundial del Comercio.**

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 (“la Convención de Viena”) es el instrumento jurídico base encargado de regir el derecho internacional público. De igual forma, toda vez que se trata de derecho consuetudinario aplica a todos, independientemente de si son signatarios o no.

Al tenor de lo anterior, el concepto “tratado” se define en el artículo 2 (1) (a) de la Convención de Viena como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Dicho lo anterior, pasemos ahora a las reglas de interpretación de los tratados de conformidad con lo señalado por la Convención de Viena.

Los artículos encargados de regir la forma en que se interpretarán los tratados en caso de duda son el 31, 32 y 33 de la Convención de Viena. Los anteriores establecen las reglas que todo

intérprete debe seguir con el objeto de deducir el significado y contenido de un tratado o cualquiera de sus disposiciones, tomando en cuenta la evidencia con la que se cuenta al momento del respectivo análisis. Es por esto que las reglas de interpretación aplicable a los tratados no pueden ser vistas como un conjunto de reglas, cuya aplicación es estricta y mucho menos automática.

Parece importante señalar que respecto de las reglas de interpretación contenidas en los artículos arriba señalados, hoy en día hay consenso de que se tratan pues del reflejo o codificación del derecho consuetudinario internacional, como lo estableció el Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Gasolina*<sup>2</sup> al afirmar que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena pertenecen al derecho internacional consuetudinario y por ende, no debe leerse el GATT de manera aislada del derecho internacional público. Lo anterior de conformidad con lo que establece el artículo 3.2 de Entendimiento de Solución de Diferencias, razón por la que estudiaremos dicho documento más adelante, y el cual establece la obligación de los grupos especiales y el Órgano de Apelación de aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados en el Acuerdo sobre la OMC de conformidad con las normas de interpretación del derecho internacional público<sup>3</sup>.

Pues bien, el artículo 31 reza de la siguiente manera:

#### Artículo 31

##### Regla General de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
  - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
  - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
  - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones;
  - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
  - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

---

<sup>2</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*; WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, página 19.

<sup>3</sup> Cfr. Condon Bradly J., *El derecho de la Organización Mundial del Comercio*, Cameron May, Londres, 2007.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Por su parte, el artículo 32 establece:

Artículo 32  
Medios de Interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementario, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifestante absurdo o irrazonable.

Por último, el artículo 33 dispone:

Artículo 33  
Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.

Comencemos el estudio de las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena, examinando lo que la propia jurisprudencia en el contexto de la OMC ha establecido por cuanto hace a dichos artículos para luego revisar un poco de doctrina en el tema.

En el asunto *Estados Unidos-Artículo 301*, explicó la manera en la que se deberá aplicar el artículo 31 de la Convención de Viena. De esta manera indicó que el texto, contexto, objeto y fin de un tratado son elementos que forman parte de las metodologías textual, sistemática y teleológica, respectivamente aplicable a la labor de interpretación de tratados multilaterales. Sin embargo, los elementos señalados en el artículo 31 antes citado; a saber, el texto, el contexto, el

objeto y fin de un tratado y la buena fe, deben ser considerados como una norma holística de interpretación y de ninguna manera como criterios escalonados; es decir, aplicables de conformidad con un orden jerárquico. Así, el artículo 31 establece que el texto del tratado será la base del proceso interpretativo<sup>4</sup>.

Más aún, Condon indica que, de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional, "...las normas del derecho público internacional pueden informar la interpretación de los términos cuando sean 'normas pertinentes', en virtud del artículo 31 (3) (c)"<sup>5</sup>. En conexión con la idea holística del artículo 31, el mismo autor señala que todos los elementos contenidos en el artículo aquí examinado forman parte de una sola regla y eso se confirma con el comentario a propósito de dicha disposición de la Comisión de Derecho Internacional, al establecer que el artículo 31 lleva el título de "Regla general de interpretación" en singular y no en plural "...porque la Comisión deseaba subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad y que las disposiciones del artículo 31 forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí."<sup>6</sup>

Condon evoca el criterio vertido en el asunto *CE-Trozos de pollo* respecto de que el sentido corriente de un término debe analizarse a la luz de la intención de las partes "según se exprese en las palabras que utilizaron a la luz de las circunstancias que las rodeaban."<sup>7</sup>

En cuanto al contexto señalado en el artículo 31 de la Convención de Viena, Condon señala que éste no está limitado al texto de las disposiciones del acuerdo, pues de la redacción se desprende que dicho concepto se extiende a lo establecido en los párrafos 2 y 3 del artículo; a saber todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado, todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado o bien, todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones, toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado y toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Respecto de la "práctica ulteriormente seguida", el Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas Alcohólicas II* sostuvo que:

se entiende que en esencia la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie "concordante, común y coherente", de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulteriormente seguida; sino que se requiere una serie de actos por los que se establezca el acuerdo de las partes.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Cfr. Condon Bradley J. *op. cit.* e informe del Grupo Especial en *Estados Unidos-Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior* de 1974, WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000, párrafo 7.22.

<sup>5</sup> Condon Bradley J. *op. cit.*, página 47.

<sup>6</sup> Cfr. Condon Bradley *op. cit.* *Apud.* Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, volumen II, página 241.

<sup>7</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R; WT/DS286/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párrafo 175.

<sup>8</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, páginas 10 y 11.

En este sentido, en *Estados Unidos-Juegos de Azar*, el Órgano de Apelación determinó que la “práctica ulteriormente seguida” se compone de dos elementos: “...i) que exista una pauta común, concordante y coherente de actos o declaraciones; y ii) que esos actos o pronunciamientos impliquen un *acuerdo* sobre la interpretación de la disposición respectiva.”<sup>9</sup>

Siguiendo con el artículo 31 (3) (c), en el asunto *CE-Productos biotecnológicos*<sup>10</sup>, el Grupo Especial retoma el criterio vertido por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Camarones*, al recordar que de acuerdo con dicho artículo, los principios generales de derecho internacional deberán de tomarse en cuenta para efectos de la interpretación de las disposiciones de la OMC.

Igualmente en *CE-Productos biotecnológicos*, el Grupo Especial también sostuvo que ‘...es importante el hecho de que el párrafo 3 c) del artículo 31 indique que, al interpretar un tratado, sólo hay que tener en cuenta las normas de derecho internacional "aplicable[s] en las relaciones entre las partes". Esta limitación plantea la cuestión de qué se entiende por la expresión "las partes".’<sup>11</sup> En este sentido concluyó que ‘...las normas de derecho internacional que han de tenerse en cuenta al interpretar los Acuerdos de la OMC en cuestión en la presente diferencia son las aplicables en las relaciones entre los Miembros de la OMC.’<sup>12</sup>

Asimismo, el artículo 31 (3) (c) no prescribe un resultado determinado en virtud de la obligación de considerar otras normas de derecho internacional, pues el mismo artículo 31 en su párrafo 1 dispone y deja en claro que un tratado deberá interpretarse “de buena fe”. De esta forma, el intérprete, en caso de más de una interpretación admisible y de conformidad con la buena fe, “...tendría que decantarse por la interpretación más acorde con otras normas de derecho internacional aplicables.”<sup>13</sup>

Pues bien, la doctrina<sup>14</sup> enfatiza la idea errónea de la lectura de los artículos 31 y 32 como si se tratara de dos fases distintas del procedimiento de interpretación de tratados; sin embargo, esta concepción es errónea. Ello es así, toda vez que la separación entre la regla general de interpretación de tratados y los medios de interpretación complementarios tiene por finalidad hacer énfasis en el distinto peso que tienen los distintos elementos a considerar para efectos de interpretar. De esta manera, se distinguen entre aquellos elementos que son legalmente vinculantes para las partes y aquellos elementos que por su naturaleza únicamente sirven para dilucidar la intención de las partes de utilizar determinados términos. De esta manera, los elementos que son legalmente vinculantes para las partes serán aquellos contenidos en el artículo 31 de la Convención de Viena; a saber: el texto del tratado (incluyendo su preámbulo y anexos),

---

<sup>9</sup> Informe del Órgano de Apelación en *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 192.

<sup>10</sup> Informe del Grupo Especial en *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*; WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R; del 29 de septiembre de 2006, párrafo 7.67 y *cfr.* 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 158.

<sup>11</sup> *Ibidem*, párrafo 7.68.

<sup>12</sup> *Ídem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, párrafo 7.69.

<sup>14</sup> *Cfr.* Antonius Engelen Fransiscus, *Interpretation of Tax Treaties under International Law. A study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties*, Volume 7, Doctoral Series, Academia Council, Internacional Bureau of Fiscal Documentation, Rotterdam, 2004.

acuerdos celebrados entre las partes que sean contemporáneos al tratado, instrumentos igualmente contemporáneos llevados a cabo por una o más partes y aceptados por las demás partes contratantes, práctica y acuerdos ulteriores, así como cualquier otra regla del derecho internacional público que sea aplicable a las partes.

En conexión con el artículo 31, es menester señalar que la regla aquí establecida conlleva un proceso, mediante el cual se busca dotar de significado a los términos dentro del contexto del tratado, tomado éste como una unidad, incluyendo para este análisis el objeto y fin del tratado, instrumentos y acuerdos contemporáneos y relacionados con el tratado, acuerdos ulteriores, así como cualquier otra regla relevante del derecho internacional aplicable en la relación entre las partes. No obstante, habrá que dar flexibilidad a lo anterior con la finalidad de que el intérprete pondere estos elementos a la luz de la buena fe<sup>15</sup> con el propósito de que se llegue a un resultado razonable de la intención de las partes.

Ahora bien, el párrafo 1 del artículo 31 contiene la expresión “sentido corriente”, la cual se refiere al significado ordinario<sup>16</sup> de los términos; esto es, el significado que naturalmente fluye desde una lectura objetiva del tratado a la luz, evidentemente, del objeto y fin del mismo y bajo una apreciación justa, honesta y razonable de los elementos señalados en los párrafos 2 y 3 del mismo artículo<sup>17</sup>. Es decir, según Franciscus Antonius Engelen<sup>18</sup> se presume que los términos utilizados en los tratados son utilizados en el sentido en el que normalmente serían entendidos en determinado contexto. No obstante esto, existe la excepción contenida en el párrafo 4 del artículo en comento, ya que la presunción antes mencionada es controvertida al momento en que las partes acuerdan dotar de un significado *especial* a cierto o ciertos términos; i.e. un significado distinto a aquel entendido normalmente en un contexto dado. Contrario a lo que se piensa, en este caso se aplica la regla general de interpretación y no ya los medios de interpretación complementarios.

En este caso, la importancia de diferenciar si el término tiene un significado ordinario o especial radica en la carga de la prueba, pues en el segundo caso será responsabilidad de la parte que afirma el significado especial probar su dicho.

Pues bien, los elementos arriba mencionados son los decisivos para efectos de la interpretación de tratados; sin embargo, establece el autor arriba referido, sólo será en caso de

---

<sup>15</sup> Es decir, de manera honesta, justa y razonable.

<sup>16</sup> El sentido *ordinario* de un término en ningún momento supone que éste sea un sinónimo de la explicación establecida en los diccionarios, por lo que el intérprete del mismo deberá contar con excelentes cualidades no sólo lingüísticas, sino también técnicas dentro del contexto o materia del tratado.

<sup>17</sup> [...] el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

<sup>18</sup> Antonius Engelen Franciscus, *op. cit.*

que aquellos den como consecuencia un significado, obscuro, ambiguo o bien, que éste sea manifiestamente absurdo o irrazonable que las partes podrán recurrir a otro tipo de evidencia de la voluntad de las partes como lo es el contenido del artículo 32 de la Convención de Viena; i.e. los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración con la finalidad de esclarecer o clarificar el sentido o significado del texto. Con esto se corrobora que el artículo en comento no establece o no señala medios alternativos y autónomos para interpretar tratados de conformidad con la Convención de Viena; únicamente da cuenta de elementos necesarios que auxilian para confirmar la interpretación vertida de conformidad con los elementos contenidos en el artículo 31 ya mencionados, el cual se refiere a la regla general de interpretación.

Más aún, no cualquier ambigüedad u obscuridad en el sentido de un término da pie a que se apliquen los medios de interpretación complementarios, ya que hacer esto sería tanto como diluir la aplicabilidad de la regla general de interpretación.

En relación con la jurisprudencia emitida a propósito del artículo 32 de la Convención de Viena, Condon indica que en *CE-Trozos de pollo*, el Órgano de Apelación determinó que, dado que el propio artículo 32 no delimita de manera exhaustiva los medios de interpretación complementarios, el intérprete podrá considerar otros medios complementarios de interpretación pertinentes, además de los trabajos preparatorios del acuerdo y las circunstancias de su celebración, para así auxiliarse en discernir la intención común de las partes. Las circunstancias de su celebración incluyen, de conformidad con el Órgano de Apelación en *CE-Equipo Informático*<sup>19</sup>, los antecedentes históricos de la negociación. En este sentido, de acuerdo con el Órgano de Apelación en *CE-Trozos de pollo* tampoco hay que demostrar ni un vínculo directo con el texto del tratado ni una intención común de las partes para considerar un hecho, acto o instrumento como circunstancia de su celebración de un tratado. De igual forma, qué puede ser considerado como una circunstancia de la celebración de un tratado y el nivel de pertinencia son dos preguntas diferentes, ya que la pertinencia se deberá determinar con base en elementos objetivos: tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; conocimiento efectivo de un acto o instrumento o el simple acceso a él; contenido del documento, instrumento o hecho en relación con la disposición del tratado a interpretarse, y cómo se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado<sup>20</sup>.

Respecto del tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica, la jurisprudencia ha establecido que la pertinencia de éstos se definirá según las circunstancias del caso en cuestión<sup>21</sup>.

En relación con la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado, el Órgano de Apelación en *CE-Trozos de pollo* afirmó que cuanto más distancia haya en el tiempo entre el momento en el que se produjo un hecho, fue promulgado un acto o instrumento y la celebración del acuerdo, menos pertinente será para interpretar la disposición. No obstante esto, esta relación es menos importante que el discernimiento de la intención de las partes al momento de la celebración del tratado<sup>22</sup>.

Por último, en cuanto al conocimiento efectivo es suficiente que el acto o instrumento haya

---

<sup>19</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de determinado equipo informático*; WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R; adoptado el 22 de junio de 1998.

<sup>20</sup> *CE-Trozos de pollo*, *op cit.*, párrafos 291 y 297.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párrafo 302 y Bradley Condon *op. cit.*, página 52

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrafo 293.

sido publicado de manera oficial y que haya estado a disposición del público, de modo que cualquier parte interesada pueda haberla conocido. Esta prueba aumentará el grado de pertinencia de una circunstancia para la interpretación<sup>23</sup>.

Ahora bien, la doctrina ha sostenido en relación con el artículo 32 y en particular el 32 (a)<sup>24</sup>, que éste será aplicable si y sólo si, la ambigüedad u oscuridad en cuestión no pueden ser aclaradas a través de una interpretación de buena fe utilizando los elementos del artículo 31. En otras palabras, únicamente se aplicará el párrafo mencionado del artículo 32 si la interpretación del término llevada a cabo de buena fe a la luz del artículo 31 deja como resultado una duda real respecto de la intención de las partes al incluir el término analizado.

Pasemos ahora al artículo 32 (b) de la convención aquí referida. Al respecto, este inciso establece una excepción a la regla general de interpretación; por ello, su aplicación está restringida a aquellas situaciones en las que la aplicación del artículo 31 señalado de cómo resultado que en determinado contexto, el significado sea objetiva y manifiestamente absurdo o irrazonable; i.e. que dicho resultado es manifiestamente contrario a la intención razonable de las partes<sup>25</sup>

En virtud de lo hasta ahora mencionado, resulta evidente que dentro del sistema de interpretación establecido por la Convención de Viena, los medios de interpretación complementarios no juegan un papel determinante a la hora de dotar de significado legal a los términos de un tratado, salvo en los casos señalados. En consecuencia, si al aplicar el artículo 31, en cierto contexto, éste da como resultado una interpretación razonable, los medios establecidos en el artículo 32 únicamente tendrán por finalidad confirmar dicha interpretación. Así, si el resultado no da cuenta de conclusiones contundentes, su valor será escaso sino es que nulo, puesto que es evidente que se le dará prioridad al resultado obtenido a través de la regla general de interpretación.

Finalmente, para efectos de la hipótesis del presente trabajo, parece importante señalar que Antonius Engelen sostiene que, en cuanto a interpretación de tratados, la Corte de Justicia Internacional ha comparado los términos utilizados en determinado tratado con los términos utilizados de manera general o usual en otros tratados para así traspolar el significado de la intención de las partes y dotarlos de significado.

Vayamos por último con el artículo 33 de la Convención de Viena, el cual es pertinente al presente trabajo, toda vez que se aplica porque al interior de la OMC, los textos son auténticos en tres idiomas; a saber, en inglés, en español y en francés. Así, de acuerdo con Condon en caso de discrepancia no prevalecerá ninguno de los textos para el caso de los acuerdos de la OMC, ya que se presume que los términos tienen igual sentido en los tres idiomas, salvo en caso de una enmienda a alguno de los tratados. En caso de una discrepancia que no se podrá resolver usando la regla general contenida en el artículo 31, o por medio de una enmienda, habrá que adoptar la interpretación “que mejor concilie los textos.”<sup>26</sup>

Aunados a la Convención de Viena, en el derecho internacional también se utilizan principios al momento de interpretar las disposiciones que así lo ameritan. Sin embargo, únicamente se explicarán aquellos utilizados para efectos del derecho de la OMC.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafo 297.

<sup>24</sup> Art. 32 a): deje ambiguo u oscuro el sentido; o

<sup>25</sup> El autor aquí señala que estas son situaciones poco comunes y que en su mayoría se deben a errores en los borradores o a textos que son materialmente defectuosos.

<sup>26</sup> Bradley Condon, *op cit*, página 54.

A continuación, se explicarán cuáles son y en que consisten dichos principios:

i) Principio de efectividad: al tenor de este principio, los tratados deben ser interpretados a la luz del objeto y fin del mismo (ya sea el explícitamente declarado o el que se deduce aparente). Las disposiciones deberán interpretarse en el sentido de que se les de un peso y efecto consistente con el sentido normal de los términos utilizados, así como con el texto completo, de manera tal que se le atribuya significado todo el texto que no sea redundante o inútil. Al respecto, el Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos-Gasolina*, indicó que “...uno de los corolarios de la ‘Regla general de interpretación’ de la Convención de Viena es que la interpretación ha de dar sentido y ha de a todos los términos de un tratado.”<sup>27</sup> Por tanto, “...no se puede adoptar una interpretación que reduzca cláusulas o párrafos a la redundancia o inutilidad.”<sup>28</sup> De esta manera, “hay que interpretar a todos los términos de un tratado de forma que da sentido a todos, de una forma armoniosa.”<sup>29</sup>

ii) Principio in dubio mitius: se trata de un medio complementarios de interpretación y consiste en que ante la ambigüedad de un término, ha de tomarse aquel que sea menos oneroso para la parte en el conflicto que asume una obligación, que interfiera menos con la supremacía territorial y personal o bien, que implique restricciones menos generales para las partes<sup>30</sup>. En *CE-Hormonas*, el Órgano de Apelación aplicó el principio aquí comentado de la siguiente forma:

No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la conformidad con esas normas, directrices o recomendaciones o el cumplimiento de ellas. Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto o imperativo que el del Acuerdo 3 del MSF.<sup>31</sup>

iii) Presunción contra el conflicto: esta presunción supone que hay que interpretar, en la medida de lo posible, los acuerdos como un conjunto con la finalidad de evitar conflicto entre las reglas de uno y otro. Lo anterior, también busca evitar conflictos con las normas de derecho público internacional. En caso de dos posibles interpretaciones, se ha de tomar la que evite un conflicto entre las normas interpretadas. El “conflicto” supone normas inconsistentes, incompatibles o bien, contradictorias. Estos criterios los asentó el Grupo Especial en *Indonesia-Autos*. Asimismo, Condon indica que cuando haya un conflicto entre el Acuerdo sobre la OMC y otro acuerdo multilateral de comercio de la OMC,

---

<sup>27</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Gasolina*, *op cit.*, página 26.

<sup>28</sup> *Ibidem*, página 23

<sup>29</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Corea-Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000.

<sup>30</sup> Condon Bradley *op cit.* página 56, *apud* R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim’s Internacional Law*, 9th ed., Vol. 1, Longman, 1992, página 1278.

<sup>31</sup> Bradley Condon, *op cit.*, página 57 y *apud.*, Informe del Órgano de Apelación en *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*; WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R; adoptado el 13 de febrero de 1998.

prevalecerá el Acuerdo sobre la OMC, en el grado que haya conflicto. En el mismo sentido, toda vez que el derecho internacional consuetudinario aplica a todos los Estados, los tratados únicamente a sus partes; por lo tanto, en caso de diferencia entre dos Estados no puede haber conflicto entre dos tratados, a menos que ambos Estados sean partes en dichos tratados. Este criterio va de acuerdo con lo que el Grupo Especial refirió en el asunto *CE-Productos biotecnológicos*, en relación con el artículo 31 párrafo 3 arriba expuesto. Por último, hay dos formas de solucionar conflictos entre el derecho de la OMC y otros tratados: mediante cláusulas de conflicto o bien, a través de las reglas generales del derecho internacional público sobre conflictos entre tratados: el tratado posterior prevalece sobre el anterior cuando el asunto es el mismo y el tratado más específico prevalece sobre el más general (*lex posterior* y *lex specialis*, respectivamente). Los anteriores se contienen en el artículo 30 de la Convención de Viena.

Así, habida cuenta de que se de la misma redacción de disposiciones y por tanto el conflicto normativo sea inevitable, habrá que recurrir a los criterios de temporalidad y de especialidad. El primero siendo aquel bajo el cual el tratado posterior prevalecerá sobre el anterior dentro del mismo contexto y la misma materia y el segundo, aquel respecto del cual el tratado más específico prevalece sobre el tratado más genérico.

### **3. Entendimiento de Solución de Diferencias.**

El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (“ESD”) es el documento que rige el procedimiento al cual se tienen que atener los Miembros de la OMC en caso de aducir incompatibilidades con cualquiera de los “acuerdos abarcados”<sup>32</sup>, entre los cuales se encuentran el GATT y el AGCS, de conformidad con el Apéndice 1 de dicho entendimiento. Cabe señalar que el procedimiento establecido en este documento excluye cualquier otro sistema de solución de controversias, de acuerdo con el artículo 23 del ESD.

Así, de acuerdo con el artículo 3 del ESD, el sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Por lo que los Miembros reconocen que dicho sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público<sup>33</sup>. Además, establece el artículo antes referido, las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Apelación no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Es por lo anterior que en el marco del ESD, los Miembros están constreñidos a acatar las normas y procedimientos establecidos en el ESD. Por lo tanto, también lo están a recurrir al procedimiento ahí previsto en caso de diferencias. En consecuencia, tienen prohibido aplicar medidas unilaterales.

---

<sup>32</sup> Los acuerdos abarcados son los siguientes: Acuerdo sobre la OMC, GATT y los demás acuerdos sobre el comercio de bienes del Anexo 1A, AGCS, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“ADPIC”), ESD, Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles, Acuerdo sobre Contratación Pública, Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y el Acuerdo Internacional de la Carne Bovina. Estos últimos 4 dependen de las partes.

<sup>33</sup> Como se comentó, se trata de los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrada el 23 de mayo de 1969.

Las incompatibilidades pueden darse en virtud de medidas adoptadas por cualquiera de los Miembros y que resulten contrarias a lo establecido en el articulado del acuerdo en cuestión. Al respecto, las medidas objeto del ESD son cualquiera que sean atribuibles a los Miembros. Por lo tanto, serán controvertibles:

- (i) la aplicación de una regla o norma en una situación específica y
- (ii) reglas o normas de aplicación general y prospectiva en sí misma.<sup>34</sup>

Asimismo, se crea el Órgano de Solución de Diferencias (“OSD”) con la finalidad de administrar el ESD. Dicho Órgano se conforma de representantes de todos los Miembros de la OMC.

Para satisfacer la finalidad del OSD; es decir, administrar el ESD, se prevé el establecimiento grupos especiales. Los grupos especiales, de conformidad con el artículo 8 del multicitado entendimiento, estarán conformados por personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no; a saber, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un Miembro, entre otros. De igual manera, se prevé que los miembros de los grupos especiales deben ser elegidos de manera que quede asegurada su independencia, así como la participación de personas con formación suficientemente variada y experiencia en campos muy diversos.

En específico, la función de los grupos especiales será la de ayudar al OSD en las funciones previstas a lo largo del ESD. Por ello, los grupos especiales, para resolver los asuntos que se presenten, deberán llevar a cabo una evaluación objetiva del asunto que se les haya encomendado, de manera que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados<sup>35</sup> pertinentes y de la conformidad con éstos. Asimismo, formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer recomendaciones o dictar resoluciones previstas en los acuerdos abarcados.

Además de los grupos especiales, el ESD prevé una segunda instancia: el Órgano de Apelación. Este órgano tendrá carácter permanente y tendrá por finalidad revisar los informes emitidos por los grupos especiales. Sin embargo, únicamente consideran las cuestiones de derecho que ahí se contengan, así como las interpretaciones de carácter jurídico vertidas por el grupo especial con motivo del respectivo informe.

El Órgano de Apelación se integrará “...por personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. [...] No intervendrán en el examen de ninguna diferencia que pueda generar un conflicto directo o indirecto de intereses.”<sup>36</sup>

En cuanto a los informes generados ya sea por los grupos especiales o por el Órgano de Apelación, en el ESD se establece que el OSD será el facultado para “...adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y

---

<sup>34</sup> Condon Bradley *op cit.*, página 84.

<sup>35</sup> *Cfr.* Apéndice 1 del ESD.

<sup>36</sup> Artículo 17 del ESD.

recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.<sup>37</sup>” En este sentido, los dos tipos de informes serán adoptados por el OSD, la cual se hará por consenso negativo; es decir, el OSD sólo puede rechazarlos informes por consenso, situación que hasta el momento no se ha presentado, como lo señala Condon<sup>38</sup>. Así, “se considerará que el OSD ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración cuando ningún Miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella”.<sup>39</sup>

Finalmente, los informes adoptados sirven como base para futuras controversias, ya que sientan criterios de interpretación de aquellas disposiciones de los acuerdos abarcados sobre las cuales se tengan dudas. Asimismo, son jurídicamente vinculantes únicamente para las partes en una diferencia. Sin embargo, tanto los grupos especiales como el propio Órgano de Apelación recurren a los informes anteriores a manera de precedentes. En este orden de ideas, cuando las constataciones o interpretaciones en cuestión emitidas por los grupos especiales no son apeladas, éstas sí tienen valor jurídico; sin embargo, su valor jurídico es menor que aquél aparejado a los informes del Órgano de Apelación.<sup>40</sup>

Lo anterior se confirma con lo afirmado por el Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*:

[...]los informes no adoptados de grupos especiales "carecían de valor normativo en el sistema del GATT o de la OMC, puesto que no habían sido avalados por decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT o de los Miembros de la OMC".<sup>31</sup> Del mismo modo, estamos de acuerdo en que "un grupo especial podía encontrar útiles orientaciones en el razonamiento seguido en un informe no adoptado de un grupo especial que a su juicio fuera pertinente al asunto que examinaba".<sup>41</sup>

Por ello, los grupos especiales, así como el Órgano de Apelación recurren a ellos para resolver las controversias que se susciten. Aunado a lo anterior, en el asunto *Estados Unidos-Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (Argentina)*, el Órgano de Apelación dejó claro que el que los grupos especiales sigan las conclusiones a que ha llegado el Órgano de Apelación no sólo es apropiado, sino que es lo que se espera de éstos<sup>42</sup>.

Finalmente, con el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Acero Inoxidable* se estableció el criterio respecto de que se espera la adhesión a los informes del Órgano de Apelación adoptados con anterioridad en cuanto contengan las mismas cuestiones. Esto, toda vez que los informes de los grupos especiales y, en específico, los del Órgano de Apelación

---

<sup>37</sup> *Ibidem* Artículo 2.

<sup>38</sup> Condon Bradley, *op cit.*, página 96.

<sup>39</sup> *Ídem*.

<sup>40</sup> Condon Bradley J., *Comentario sobre Estados Unidos-Acero Inoxidable (México), Informe del Órgano de Apelación, 30 de abril de 2008*, <http://cdei.itam.mx/comentarioEEUUAceroinoxidableOA.pdf>, fecha de consulta:7 de febrero de 2009.

<sup>41</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op cit.* Página 12.

<sup>42</sup> Condon Bradley, *Comentario sobre Estados Unidos-Acero Inoxidable (México), Informe del Órgano de Apelación, 30 de abril de 2008*, *op cit.*, página 6. *Apud*, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 188.(Argentina)

tienen un efecto similar a los precedentes de los sistemas jurídicos pertenecientes al “common law”.<sup>43</sup>

#### **4. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.**

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios fue adoptado en la Ronda de Uruguay y entró en vigor el 1 de enero de 1995 como parte integral del nuevo sistema de la OMC<sup>44</sup>.

##### **A. Estructura y funcionamiento.**

El AGCS, a diferencia del GATT, se trata de un acuerdo que permite negociar acuerdos específicos dentro del contexto del comercio de servicios; por ello, es un acuerdo bastante más flexible que el relativo a mercancías.

El articulado del AGCS, señala Bradley Condon<sup>45</sup>, se divide en tres categorías, las cuales son:

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.

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 trato nacional.

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>46</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 trato nacional. 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

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, página 8.

<sup>44</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>45</sup> Condon Bradley J., *op. cit.*, página 592.

<sup>46</sup> La información de este apartado proviene de Guía para la lectura de las Listas de compromisos específicos y de las Listas de exenciones del artículo II (NMF), página 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: 6 de febrero de 2009.

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 trato nacional 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 trato nacional y se compromete a no imponer ninguna medida nueva que restrinja el ingreso en el mercado o la 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 trato nacional. 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 trato nacional 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 trato nacional, 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 trato nacional.

Es por lo anterior que, para efectos de este artículo, la columna pertinente es la tercera; es decir, la que establece las limitaciones al trato nacional, pues ésta cambia por completo el contexto del principio de trato nacional bajo el AGCS, pues a diferencia del GATT, la obligación de trato nacional 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 trato nacional 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 trato nacional 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 trato nacional — 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>47</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 trato nacional 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 trato nacional, 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 trato nacional, el Miembro en cuestión deberá inscribir en su Lista, en la parte pertinente al sector y modo de suministro, la anotación “NINGUNA” en caso de no haber limitación alguna para el otorgamiento del trato nacional. 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 trato nacional.

## **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 trato nacional 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>48</sup>, dentro del marco del AGCS las reglas básicas establecidas en el GATT se hacen

---

<sup>47</sup> *Idem.*

extensivas al acuerdo que regula el comercio de servicios, principios que incluyen el trato nacional, el relativo a la NMF, así como la transparencia en la regulación.

Pues bien, en virtud de lo mencionado hasta ahora y como se verá a continuación, no obstante esta estrecha relación entre ambos acuerdos comerciales y la aparente similitud en el GATT y en el AGCS respecto del principio de trato nacional 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 trato nacional para el GATT no pueden aplicarse de manera automática a las mismas cláusulas, pero 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, incluso, materia de varios asuntos; a saber *CE-Bananos III*, *Canadá-Autos* y *Canadá-Publicaciones*, en los que el Órgano de Apelación 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 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 Órgano de Apelación sobre *Canadá - Publicaciones*.<sup>49</sup>

En virtud de la cita antes transcrita, podemos observar que toda vez 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 trato nacional 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

---

<sup>48</sup> Gary Hufbauer & Sherry Stephenson, *op cit*.

<sup>49</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.

mismos y las particularidades del AGCS respecto de la aplicación de la obligación de trato nacional (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. Es decir, si se analiza cualquiera de los dos principios y la cláusula de NMF o bien, la de trato nacional del GATT y del AGCS pueden aplicarse a la misma medida y se interpretan iguales, el análisis de ambas disposiciones a la luz de ambos acuerdos sería redundante y por tanto, carecería de importancia aplicar los dos acuerdos comerciales a la misma medida. No obstante las similitudes o la relación que puedan tener ambos acuerdos, resulta también evidente que tienen marcadas diferencias como las que veremos a continuación.

### **C. Diferencias entre GATT y AGCS.**

Como podemos advertir de la estructura y el funcionamiento del AGCS, a pesar de la relación existente entre el GATT y el AGCS también se observa una gran diferencia.

La diferencia existente 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, como se vio arriba, al tener la posibilidad de establecer listas de compromisos específicos para efectos de otorgar el trato nacional 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 trato nacional 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 Órgano de Apelación en *CE-Amianto*<sup>50</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.

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>51</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 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.

---

<sup>50</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>51</sup> Central Product Classification.

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>52</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 Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Juegos de Azar*<sup>53</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.

Pues bien, en esta parte se revisó en términos generales el contexto del AGCS, ya que dentro de éste se encuentran la propia Convención de Viena, así como el ESD, toda vez que es el propio AGCS en su artículo XXIII<sup>54</sup> el que se remite al ESD para la solución de controversias y éste a su vez a la Convención de Viena.

Respecto de las reglas de interpretación establecidas en el derecho internacional público, se examinó la forma en la que han de aplicarse los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena, así como otros principios de interpretación, de conformidad no sólo con el derecho internacional público, sino también a la luz del derecho de la OMC.

En conexión con el ESD, se explicó a grandes rasgos cómo se integran los grupos especiales y el Órgano de Apelación, la forma de adoptar los informes, así como el efecto jurídico de éstos.

Finalmente, respecto del AGCS se estableció, *grosso modo*, que se trata pues de un acuerdo más flexible que el GATT, toda vez que permite, en relación con el tema analizado en este artículo, que sean los Miembros los que, a través de listas de compromisos específicos y listas de exenciones, negocien el alcance del trato nacional y de NMF para con otros Miembros.

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 trato nacional 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 (trato nacional y NMF) al AGCS.

---

<sup>52</sup> Documento MTN.GNS/W/120 del 10 de julio de 1991.

<sup>53</sup> Cfr. Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Juegos de Azar*, *op cit.*, párrafo 172.

<sup>54</sup> El artículo XXIII del AGCS dispone lo siguiente:

#### Artículo XXIII

##### Solución de diferencias y cumplimiento de las obligaciones

1. En caso de que un Miembro considere que otro Miembro no cumple las obligaciones o los compromisos específicos por él contraídos en virtud del presente Acuerdo, podrá, con objeto de llegar a una solución mutuamente satisfactoria de la cuestión, recurrir al ESD.

## II. Principio del trato nacional

### 1. Introducción.

Una vez explicada la metodología establecida por la Convención de Viena para interpretar tratados internacionales, el ESD y el contexto del AGCS, vayamos ahora al análisis de uno de los principios esenciales del comercio a nivel internacional: el principio de trato nacional.

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 Órgano de Apelación; revisaremos y analizaremos la doctrina establecida con motivo del AGCS respecto del principio señalado 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.

Pues bien, el principio de trato nacional es fundamental cuando se habla del sistema jurídico que rige para la OMC, toda vez que 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 proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores.<sup>55</sup> Es por lo anterior que la cláusula de trato nacional se aplica a discriminación de *iure* y *de facto*.

En este sentido, el Miembro que invoca una violación al principio de trato nacional debe establecer *prima facie*<sup>56</sup> dicha violación; razón por la cual, la carga de la prueba recae en el Miembro que aduce la violación. Una vez establecida la violación *prima facie*, la carga de la prueba se revierte al Miembro al que se le imputa.

Empecemos pues con nuestro análisis no sin antes señalar que en este artículo primero se analizará el principio de trato nacional, porque hay mucho más jurisprudencia sobre este principio, la cual sirve para dotar de sentido y alcance al principio de NMF, sobre el cual existe poca jurisprudencia de la OMC. Es decir, el artículo I (NMF) se analizará a la luz del contexto del artículo III (trato nacional).

### 2. Trato nacional en el GATT y en el AGCS.

Pues bien, la disposición del GATT que establece la obligación de trato nacional es el artículo III, mismo que se establece lo siguiente en su parte pertinente:

#### 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

---

<sup>55</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op cit.*, página 13.

<sup>56</sup> La acreditación *prima facie* se refiere a que la parte que tiene la carga de la prueba debe presentar las pruebas suficientes que prueben como legítima su presunción de reclamación, no obstante que las pruebas que requerirá para establecer dicha presunción varíen según la medida, la disposición del acuerdo en disputa y el caso *per se*. Al respecto, *vid.* Condon Bradley J. *op cit.*

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>57</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 trato nacional 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>58</sup>.

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

---

<sup>57</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>58</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.”

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 Órgano de Apelación ha definido criterios que permiten fijar si determinada medida adoptada por cualquier Miembro de la OMC es incompatible o no con el principio de trato nacional al amparo del GATT; sin embargo, esto no ha sido igual para la cláusula de trato nacional 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 Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, estableció que la finalidad del párrafo 1 del artículo del GATT que establece el principio de trato nacional 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>59</sup>.

Así pues, el párrafo 1 del artículo III enuncia el principio general de trato nacional, 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 por separado ya por el Grupo Especial encargado de su solución ya por el Órgano de Apelación.

Asimismo, como se señaló, el párrafo aquí comentado cuenta con una nota interpretativa, la cual recordamos:

---

<sup>59</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op cit.* , páginas 17-18.

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.

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

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

Así, la primera frase<sup>60</sup> 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 Órgano de Apelación 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 Órgano de Apelación 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>61</sup>

Es por ello que el Órgano de Apelación 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>62</sup>.

---

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op cit.*, página 14.

<sup>62</sup> *Ibidem*, página 22.

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.

Pasemos ahora al análisis de lo que la jurisprudencia hasta ahora emitida entiende por “producto similar”. Al respecto, los grupos especiales y el Órgano de Apelación que han analizado dicho concepto han determinado que para efectos de determinar cuándo se está ante un “producto similar” se requieren de cuatro criterios. No obstante su uso para interpretar la frase en comento, es importante aclarar que de acuerdo con el Órgano de Apelación en *CE-Amianto* estos criterios son únicamente instrumentos que permiten dotar de significado al concepto antes aludido, pues permiten la clasificación y análisis de los elementos de prueba que se estimen pertinentes. Ellos, debido a que no están contenidos en ningún tratado internacional y por lo tanto, no so obligatorios y mucho menos se tratan pues de criterios “cerrados”. En consecuencia, en palabras del Órgano de Apelación en el asunto mencionado “[...] la adopción de un marco determinado para facilitar el examen de las pruebas, no hace desaparecer el deber o la necesidad de examinar en cada caso todos los elementos de prueba pertinentes.”<sup>63</sup>

Los cuatro criterios mencionados son los siguientes:

- 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>64</sup>

De igual forma, en el Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, dicho órgano consideró un cuarto criterio para determinar si hay o no “similaridad”. Este cuarto criterio se refiere a la clasificación arancelaria, con base en la cual se aseveró que “[s]i la clasificación arancelaria es lo bastante detallada puede ser un signo provechoso de similaridad de productos.”<sup>65</sup>.

Más aún, dentro del razonamiento respecto de qué debe entenderse por “producto similar”, también se observado que dicho concepto debe interpretarse de manera restrictiva; es decir, según el Órgano de Apelación en *Japón- Bebidas alcohólicas II*<sup>66</sup> “[...] la primera frase del párrafo 2 del artículo III debe interpretarse en el sentido restrictivo de manera que no se condenen las medidas que en sus términos estrictos no se trata de condenar [...]”, el concepto de “productos similares” debe igualmente interpretarse de manera que se restrinja. No obstante ello, aquí la pregunta que surge es ¿restrictivo hasta qué punto? Al respecto, los diferentes grupos especiales y el Órgano de Apelación han concordado en que el criterio a regir es que para cada caso se revisará y analizará

---

<sup>63</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op. cit.*, párrafo 102.

<sup>64</sup> IBDD 18S/106, adoptado por las partes contratantes el 2 de diciembre de 1970.

<sup>65</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit.*, página 16.

<sup>66</sup> *Ibidem.*, Página 15.

por separado hasta qué punto será restringida la interpretación. Es decir, “[...] la interpretación de dicha expresión debían examinarse caso por caso. Así se podría llegar en cada uno de ellos a reconocer con bastante exactitud los distintos elementos que constituyen un producto “similar””<sup>67</sup>.

En conexión con la interpretación vertida respecto de lo restrictiva que debe ser ésta es que toma relevancia el que se haya determinado que el estudio para dilucidar si un producto es o no similar sea casuístico, ya que así se podrá establecer para cada uno de los productos si existe o no “similaridad”, ya que se busca que no se castiguen medidas que no fueron contempladas al amparo de dicha frase.

Analicemos ahora cada uno de los criterios utilizados 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 Órgano de Apelación sostuvo que al momento de llevar a cabo el análisis, los grupos especiales y el propio Órgano de Apelación 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>68</sup>

Ahora bien, para efectos del análisis del principio de trato nacional 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. No obstante lo anterior, me parece que hay que adecuar este criterio al comercio de servicios en el sentido de que es más certero preguntar por la finalidad de un servicio más que por su uso final, ya que todo servicio está encaminado a un fin por el que se lleva a cabo. Sin embargo, es igualmente correcto analizar un servicio a la luz de su uso final.

#### **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>69</sup>. Siguiendo lo anterior, en *CE-Amianto*, el Órgano de Apelación afirmó que “[...] en particular, en un mercado donde haya obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia, es muy posible que exista una demanda latente”

---

<sup>67</sup> *Ídem*.

<sup>68</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op. cit.*, párrafo 119.

<sup>69</sup> *Cfr.*, Condon Bradley J., *op cit.*

de un producto. [...] Señalamos que, en tales situaciones, "puede ser sumamente pertinente examinar la demanda latente" que está suprimida por los obstáculos reglamentarios.<sup>70</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. Sin embargo, me parece que no se puede llevar a cabo una aplicación automática o mecánica de los pocos o muchos criterios que a nuestro juicio sean aplicables, toda vez que no estamos ante el mismo objeto de análisis. Esto es, no podemos perder de vista que por un lado estamos ante productos (y únicamente productos, sin importar los agentes que en su proceso de fabricación o distribución entres) y por el otro ante servicios y los agentes encargados de proveerlos; i.e. proveedores de servicios. Por ello, me inclino más a pensar en un criterio que si bien no es lo mismo, me parece, refleja desde un punto de vista económico lo que al final del día se busca con el criterio aquí analizado. Pues bien, dicho criterio es el de la tasa de sustitución existente entre los servicios objeto de disputa. De esta manera, se tendrá un criterio objetivo respecto de las preferencias de los consumidores finales de dichos servicios.

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>71</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>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op cit.*, párrafo 123.

<sup>71</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>72</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

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 trato nacional bajo el AGCS, toda vez que este criterio versa, según lo han interpretado los grupos especiales y el Órgano de Apelación 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.**

Al respecto, y como se señaló en líneas anteriores, este criterio debe ser lo bastante detallado para que cumpla con la finalidad de establecer si dos productos son “similares”. Es por lo anterior que, dicho criterio no resulta determinante para considerar dos productos como “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, 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 siendo igual para la CPC. Esto, ya que se queda a un nivel de cuatro dígitos provocando que la categoría de servicios sea en extremo amplia, situación que no es de utilidad en caso de disputa, toda vez que lo que se requiere en estos casos es que haya una diferencia, por mínima que sea, para no atribuir la característica de “similar” a un servicio.

Al respecto, la doctrina<sup>73</sup> sostiene que a lo mucho este criterio puede dar cuenta de una presunción de similaridad, mas no de un criterio certero.

Pues bien, 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>74</sup>

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.

---

molecular en *CE – Amianto* (informe del Órgano de Apelación).

<sup>73</sup> Mireille Cossy, autora que se examinará más adelante.

<sup>74</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op cit.*, página 17. *Vid, inter alia*, Informe del Grupo Especial en *México-Impuesto sobre los refrescos*, *op cit.*, párrafo 8.52

En relación con los criterios establecidos para comprobar que existe la “similaridad”, examinemos un poco de 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>75</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 (paneles TLCAN). Asimismo, se remite a la negociación que se llevó a cabo con motivo del AGCS. Pues bien, 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 resolver de acotar el significado de dicho concepto. Más aún, el desinterés deviene también de los propios Miembros de la OMC, ya que éstos han demostrado desgana por la discusión en abstracto sobre el concepto antes aludido, prefiriendo que se vaya esclareciendo de manera casuística en la misma forma en que se llevó a cabo para el GATT<sup>76</sup>, con la diferencia que para éste de hecho se estableció un Grupo de Trabajo además.

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 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 de 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 trato nacional y por tanto un efecto liberalizante mucho mayor de dicha obligación<sup>77</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 Trato nacional 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.

---

<sup>75</sup> Cfr. Cossy Mireille, Determining “likeness” under the GATS: Squaring the circle?, documento de trabajo de la OMC ERSD-2006-08, septiembre de 2006.

<sup>76</sup> Sin embargo, el número de asuntos hasta el momento resueltos bajo el AGCS es son cinco.

<sup>77</sup> No perdamos de vista que el amparo del AGCS, la obligación de trato nacional es un compromiso específico, cuyo alcance es determinado por los Miembros en sus respectivas listas.

Al respecto, Cossy repasa el cuestionamiento de la doctrina en general sobre este carácter inseparable de ambos conceptos. Así, 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 declararían 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.

Al respecto, la 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>78</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 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 Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“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

---

<sup>78</sup> Reconocido en la Ronda de Uruguay.

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>79</sup>. En este sentido, Cossy concluye que la obligación contraída con motivo del artículo XVII, esto es, la obligación de trato nacional, debe ser acotada para y por cada modo de suministro, de manera independiente.

Cossy, al tratar el tema de este artículo, i.e. si el examen desarrollado para efectos de interpretar el GATT son los adecuados para el AGCS. De esta forma, la autora lleva 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 similaridad, puesto que dos o más servicios pueden caer dentro de una misma categoría, situación que no lo hace un documento del todo confiable para estos efectos. No obstante lo mencionado, Cossy también concluye que lo anterior se centra únicamente en “servicios” y deja de lado el análisis de los “proveedores de servicios”, por lo que no resuelven el problema aquí planteado.

Otra teoría estudiada por Cossy, y formulada en un principio para el GATT, es la del “objeto y efecto de una medida”, teoría bajo la cual un panel no sólo debe considerar si una distinción en el marco regulatorio respecto de productos tiene un objetivo de *buena fe*, sino debe además considerar si dicha medida crea un efecto proteccionista a favor de los productos nacionales. No obstante esto, una medida sí puede implicar distinciones legales entre productos, siempre y cuando no tenga por objeto lo anterior; es decir, ni un objetivo ni un efecto proteccionista de la producción nacional. En este sentido, establece la autora, habría determinación de “similaridad” de probarse que la medida en cuestión tiene como objeto y efecto la protección de los productos del Miembro que la implementó<sup>80</sup>.

La teoría antes explicada fue rechazada no sólo por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, en el marco del GATT<sup>81</sup>, sino que lo fue también para efectos del AGCS, ya que en *CE-Bananos III*, el Órgano de Apelación 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

---

<sup>79</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.

<sup>80</sup> De aplicarse este examen, el efecto de una medida en el mercado sería parte integral del examen de similaridad, sostiene Cossy.

<sup>81</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.

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>82</sup>.

Por último, Cossy analiza el concepto de "circunstancias similares" utilizada en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual fue examinado en el asunto de "Servicios de transporte transfronterizo", controversia en la que México adujo incumplimiento a los artículos 1202 (trato nacional en servicios transfronterizos) y 1203 (trato de la nación más favorecida 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 "...el trato diferencial no puede ser mayor que el necesario por motivos normativos específicos tales como la seguridad y que dicho trato diferenciado debe ser equivalente al trato dado a los prestadores de servicios nacionales"<sup>83</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>84</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.

---

<sup>82</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Bananas III*, *op. cit.*, párrafo 241.

<sup>83</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>84</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.*

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

Tomando en cuenta la Nota Interpretativa del artículo III del GATT señalada párrafos más arriba, el Órgano de Apelación<sup>85</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 trato nacional enunciado en el párrafo 2 y en particular en su segunda frase.

En conexión con lo anterior, examinemos ahora el criterio adoptado para con la segunda frase ya señalada. El Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II* asevera 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>86</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 que una medida es incompatible con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT. A saber:

- a) si los productos importados y los productos nacionales son productos "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" y que compiten entre sí;
- b) si los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí no están sujetos "a un impuesto similar"; y
- c) 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>87</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:

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, página 18.

<sup>86</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit.*, páginas 17 y 18.

<sup>87</sup> *Ídem*.

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>88</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 Órgano de Apelación 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>89</sup>, debido a lo amplio de dicha categoría.

De igual forma, “[l]a expresión "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" describe un determinado tipo de relación entre dos productos, uno importado y el otro nacional. De la formulación de la expresión resulta evidente que la esencia de esa relación es que los productos están en competencia<sup>90</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 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 en su opinión que no obstante la utilidad de los análisis cuantitativos, éstos no son necesarios.<sup>91</sup>

Respecto de los criterios emitidos con motivo de la frase aquí estudiada, me parece importante señalar que 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

---

<sup>88</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>89</sup> *Ídem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párrafo 114.

<sup>91</sup> Informe del Grupo Especial en *Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/R, del 17 de septiembre de 1998, párrafo 10.42.

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 similitud 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 “similitud” de los servicios.

Lo anterior reconociendo evidentemente que en el AGCS no está contenida una frase equivalente a la señalada<sup>92</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>93</sup> De aquí que el principio de trato nacional 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 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 “similitud”, concepto que a la luz de la jurisprudencia del GATT es, como se vio, un concepto más estrecho. Sin embargo, el concepto de similitud 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>94</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

---

<sup>92</sup> “directamente competidores o directamente sustituibles entre sí”.

<sup>93</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 7.305

<sup>94</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit.*, página 20.

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>95</sup>.

En relación con estos dos últimos criterios, me parece que no pueden aplicarse al trato nacional 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 trato nacional 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 trato nacional 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 trato nacional 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 Órgano de Apelación 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

---

<sup>95</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.

4, establece dos obligaciones distintas en cada una de sus frases. Es en virtud de esta diferencia 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>96</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.

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>97</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>98</sup>

En dicho sentido, la palabra “afectar”, según el Órgano de Apelación 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

---

<sup>96</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto*, *op. cit.*, párrafo 96.

<sup>97</sup> *Ibidem*, párrafo 99.

<sup>98</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.

nacionales y los productos importados<sup>99</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>100</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>101</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>102</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 similares no es, por consiguiente, ni necesaria ni suficiente para demostrar una infracción del párrafo 4 del artículo III.<sup>103</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 trato nacional 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, hoy por hoy, 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>104</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>105</sup>

---

<sup>99</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>100</sup> Como se señaló arriba, visto desde el punto de vista de una relación de competencia.

<sup>101</sup> Esto es, evitar el proteccionismo de la producción nacional, a través de medidas interiores.

<sup>102</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto op. cit.*, párrafo 100.

<sup>103</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Corea-Carne vacuna op. cit.*, párrafo 137.

<sup>104</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, Párrafo 7.309.

<sup>105</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.

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; a saber:

- 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 trato nacional 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 trato nacional 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 trato nacional. Ello, debido a que dicho Miembro "...inscribió<sup>106</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 CPC<sup>107</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 trato nacional 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 trato nacional 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.

---

<sup>106</sup> Se refiere a la inscripción en la Lista de Compromisos Específicos.

<sup>107</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.

- 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>108</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>109</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>110</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 vertido 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.

Los negociadores del AGCS fueron concientes de la jurisprudencia relevante del GATT cuando redactaron el párrafo 3 del artículo XVII del AGCS. Haciendo un pequeño 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>111</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.

---

<sup>108</sup> Como por ejemplo, los cuatro criterios para determinar si determinados productos gozan de “similaridad” al amparo del GATT.

<sup>109</sup> Recordemos que el párrafo 3 del artículo XVII del AGCS dispone lo siguiente:

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.

<sup>110</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op cit*, párrafo 7.327.

<sup>111</sup> Página del Diccionario de la Real Academia Española,

[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=modificar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=modificar), fecha de consulta: 12 de febrero de 2008.

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.

Como se puede apreciar de todo lo anterior, hoy en día no existe una interpretación certera de “trato menos favorable” bajo el AGCS, dejando dicha expresión sin alcance alguno.

No obstante lo anterior, Federico Ortino<sup>112</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 *et al*<sup>113</sup> señalan, en relación con el trato nacional 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 *et al*, 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 artículo XVII como el género y las medidas comprendidas en los artículos señalados como la especie.

Desde una perspectiva del *listado*, explican Matsushita *et al*, 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

---

<sup>112</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>113</sup> Matsushita *et al*, *Trade in Services*, The World Trade Organization, segunda edición, Oxford University Press, 2006, Capítulo 8.

otorgar trato nacional 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 *et al* también dejan claro que los Miembros tampoco están obligados a otorgar trato nacional a las medidas señaladas a manera de ejemplo.

Los autores referidos retoman el análisis vertido por el Grupo Especial en *CE-Bananos III* y el Órgano de Apelación respecto de los tres elementos a examinar para efectos de probar inconsistencias con el artículo XVII<sup>114</sup>. En esta línea de análisis observan que los elementos señalados deben presentarse de manera cumulativa. Seguido de dicha observación, Matsushita *et al* desglosan y analizan 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 trato nacional 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 servicios y cómo es afectado por dicho servicios.

De lo sostenido por Matsushita *et al* se advierte que, al igual que los grupos especiales y el Órgano de Apelación que han resuelto controversias a propósito del AGCS, y en particular trato nacional, 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 Órgano de Apelación 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 Órgano de Apelación 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 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,

---

<sup>114</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 Trato nacional 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.

los cuatro criterios de “similaridad” señalados para el párrafo 2 también son aquí analizados. Comencemos pues con el examen de los cuatro criterios<sup>115</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 Órgano de Apelación en *CE-Amianto* se desprende que se deberán estudiar copiosamente las características físicas de un producto. Más minuciosamente, 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 estimen y no ya de manera parcial.<sup>116</sup>

Previamente al examen del segundo y tercer criterio, parece importante resaltar lo que el Órgano de Apelación sostuvo en relación con los anteriores, toda vez que

las pruebas acerca de la medida en que los productos pueden utilizarse para los mismos usos finales, y la medida en que los consumidores están -o estarían- dispuestos a elegir un producto en lugar de otro para tales usos finales, son sumamente pertinentes para apreciar la "similitud" de esos productos en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994<sup>117</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 “[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’. 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>118</sup>,

---

<sup>115</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>116</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>117</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Amianto op. cit.*, párrafo 117.

<sup>118</sup> *Ibidem*, párrafo 123. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación en *Corea-Bebidas alcohólicas, op. cit.*

#### **d. Clasificación arancelaria.**

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

Toda vez que ya se hicieron 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 trato nacional 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 trato nacional 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 Órgano de Apelación 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 *et al* recuerdan 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>119</sup>”. Asimismo, en el informe, sostienen los autores, el Órgano de Apelación 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 del tanto del Grupo Especial como del Órgano de Apelación 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 *et al* 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”.

---

<sup>119</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 7.322.

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

En todo caso, Matsushita *et al* 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 podemos remitirnos a la doctrina para dilucidar la problemática alrededor del trato nacional 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 trato nacional, no son aplicables los criterios esgrimidos a propósito del artículo III del GATT, toda vez que el trato nacional 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 trato nacional en el GATT le son aplicables al símil en el AGCS.

De suponer tajantemente que los criterios del GATT no figuran ni siquiera a modo de guía para la interpretación del trato nacional en el AGCS, me parece, sería tanto como retroceder 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 trato nacional en el marco del comercio de servicios. Así, creo que nos veríamos en una encrucijada para la cual no hay elementos que ayuden a resolverla, lo que resultaría en un entorpecimiento del objeto del AGCS; i.e. la liberalización de los servicios. Por ello, y regresando un poco a lo que se señaló líneas más arriba, a continuación veremos cuáles son, desde mi punto de vista, aquellos puntos en los que podrían utilizarse los criterios del GATT para trato nacional en el artículo XVII del AGCS.

Pues bien, de acuerdo con lo que se analizó, bien podemos afirmar que de los cuatro criterios establecidos para interpretar “productos similares”; es decir, uso final de un producto en un mercado determinado; gustos y hábitos del consumidor; propiedades, naturaleza y calidad de los productos, y clasificación arancelaria es claro que no todos serán aplicables y los que sí resulten, 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 el otro la obligación del AGCS que sí) y 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 veremos 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 trato nacional, este criterio definitivamente no debe contar para determinar la “similaridad de servicios”, en virtud de que estamos antes objetos distintos respecto de los tratados y es claro que este criterio se desarrollo dentro de un esquema de bienes tangibles (productos) y el trato nacional 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 de en este caso los servicios, 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 último, 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”. Luego entonces, primero habrá que determinar la “similaridad” de servicios para entonces 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 me parece que sí, pues determinados tanto la metodología como los criterios que permitan determinar cuándo se está ante servicios “similares” será posible aplicarla a los cuatro modos de suministro en virtud de que éstos serán establecidos de manera abstracta para que así puedan ser aplicados y analizados *in casu*, dependiendo la medida en disputa.

Por último, me parece importante hacer notar que la obligación de trato nacional 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 trato nacional 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 trato nacional. 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. Ello, para finalmente determinar el alcance de la jurisprudencia emitida para el GATT dentro del contexto del AGCS.

### **III. El Principio de la Nación Más Favorecida**

#### **1. Introducción.**

Hasta ahora se examinó el principio de trato nacional contenido en el AGCS, toda vez que es uno de los principios angulares del sistema de intercambio comercial a nivel internacional. Empero, el principio antes aludido no es el único sobresaliente del sistema de derecho de la OMC, pues otro de los principios fundamentales de dicho sistema es el de Nación Más Favorecida (NMF).

Al igual que en la parte pasada, en ésta estudiaremos y 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 Nación Más Favorecida (NMF) es, según la jurisprudencia y la doctrina, la piedra angular del sistema comercial multilateral<sup>120</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>121</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>122</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.

---

<sup>120</sup> Cfr. Informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Autos*, *op. cit.*, párrafo 69.

<sup>121</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: 10 de octubre de 2008.

<sup>122</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.

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 este 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>123</sup>. Así, a 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 debido al principio aquí estudiado 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 Órgano de Apelación 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 también, o más bien 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 mencionado órgano ha sostenido en relación con la exigencia de NMF.

Veamos pues en que consisten los artículos de ambos tratados que prevén la cláusula de NMF.

El GATT dispone el principio estudiado en el artículo I:1, el cual 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

---

<sup>123</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.

producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

El equivalente en el AGCS es el artículo II en el cual se 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 Órgano de Apelación de la OMC han interpretado el artículo I del GATT de 1994, el cual establece la obligación de NMF, para efectos de dictaminar cuándo un Miembro de la OMC ha incurrido en una incompatibilidad y por tanto violado el GATT de 1994.

Al respecto, en el informe del Grupo Especial en *Indonesia-Automóviles*<sup>124</sup> dicho grupo especial retomó el criterio sostenido en *CE-Bananos III*<sup>125</sup>, el cual asienta que para poder afirmar una incompatibilidad con el artículo I del GATT de 1994 es necesario atender a tres elementos; a saber:

- 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

---

<sup>124</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>125</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Bananos III*, *op.cit.*

demás Miembros.<sup>126</sup>

Con respecto al análisis del término o más bien del concepto “productos similares” ha sido interpretado en varios informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación y en el *Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera*<sup>127</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 término en el contexto del artículo I:1 del GATT; 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 Órgano de Apelación en varias controversias. A manera de recordatorio, dichos criterios son los siguientes: las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, su uso final en un mercado determinado, así como los gustos y hábitos del consumidor. No obstante lo anterior, como se señaló en la parte anterior, en *Japón-Bebidas alcohólicas II*<sup>128</sup>, el Órgano de Apelación enunció un cuarto criterio que aunque no determinante, sí es útil para decidir si hay o no similitud entre productos: la clasificación arancelaria de los productos. Al respecto, el Órgano de Apelación antes mencionado sostuvo que no es determinante, toda vez que el Sistema Armonizado de clasificación arancelaria atiende únicamente a los primeros seis dígitos de la clasificación de un producto, dejando a los países en cuestión la definición de las categorías a detalle.<sup>129</sup>

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>130</sup>.

Así, una vez delimitado la interpretación que le han dado los grupos especiales y el Órgano de Apelación al artículo I del GATT de 1994, es momento de analizar la forma en que han procedido tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación al efectuar la interpretación del artículo II, mismo 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 Nación Más Favorecida retoma o se basa en algún punto en los criterios o elementos establecidos para el artículo I del GATT de 1994.

Vayamos pues con el análisis del principio de NMF al amparo del AGCS; sin embargo, antes de iniciar cualquier análisis sobre la cláusula de 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

---

<sup>126</sup> Cfr. Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, *op. cit.* párrafo 79.

<sup>127</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, *op. cit.*

<sup>128</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit.*

<sup>129</sup> Cfr. Condon J. Bradley, *op. cit.*, página 204.

<sup>130</sup> Cfr. Informe del Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II*, *op. cit.*, página 16.

#### 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>131</sup> interpretó el sentido corriente de los términos "que afecten". 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.

---

<sup>131</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 4.614.

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 interpretaba en informes anteriores de otros grupos especiales del GATT, las palabras que afectan 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>132</sup> Como puede observarse, en la interpretación de las palabras "que afectan" 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>133</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>134</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 afectan al comercio de servicios" contenida en el apartado "c" del referido artículo<sup>135</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

---

<sup>132</sup> *Ibidem* párrafo 7.281.

<sup>133</sup> Informe del Órgano de Apelación en *CE-Bananos III op. cit.*, párrafo 220.

<sup>134</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III, op. cit.*, párrafo 7.281.

<sup>135</sup> El artículo XXVIII del AGCS establece lo siguiente:

Definiciones

A los efectos del presente Acuerdo:

[...]

c) "medidas adoptadas por los Miembros que afectan 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;

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>136</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 cuestiones pero afecta de todas formas al comercio de servicios.”<sup>137</sup> Esta interpretación la retomó el Grupo Especial que resolvió *Canadá-Autos*.<sup>138</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>139</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 acuerdo en comento; i. e., 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 01 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>140</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 01 de enero de 1995. Sobre el particular, el Órgano de Apelación no pudo pronunciarse, toda vez que el punto apelado versa, según palabras del propio órgano de 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

---

<sup>136</sup> *Ibidem*, párrafo 7.280.

<sup>137</sup> *Ibidem* párrafo 7.285. El subrayado es añadido.

<sup>138</sup> Informe del Grupo Especial en *Canadá- Autos*, *op. cit.*, párrafo 10.231.

<sup>139</sup> *Cfr. Ibidem*, párrafo 10.233.

<sup>140</sup> Este artículo establece la irretroactividad de los tratados y reza de la siguiente manera: [I]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.

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>141</sup>

A raíz de dicha constataciones, 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, en el Órgano de Apelación en *Canadá-Autos* retomó su criterio vertido a su vez en el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*<sup>142</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 1 del artículo I, en conexión con el resto del AGCS, requiere que la determinación de si una medida está, de hecho, abarcada por el AGCS, se efectúe antes de que pueda evaluarse la compatibilidad de esa medida con cualesquiera obligaciones sustantivas establecidas en ese Acuerdo.<sup>143</sup>

De conformidad con lo anterior, para efectos de analizar, por tanto, el artículo II del AGCS, es menester primero llevar el análisis casuístico de la medida en cuestión a la luz del artículo I del AGCS para así, primero 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 pero contenido en el AGCS.

Finalmente, el Órgano de Apelación 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>144</sup>

De la cita anterior se desprende que el grupo especial el Órgano de Apelación que revise controversias al amparo del AGCS deberá, antes de llevar a cabo cualquier análisis, indagar

---

<sup>141</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 7.298.

<sup>142</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Camarones*, *op. cit.*, párrafo 119.

<sup>143</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, *op. cit.*, párrafo 151. El subrayado es añadido.

<sup>144</sup> *Ibidem*, párrafo 155.

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 establecidas en el párrafo 2 del propio artículo I; i.e. si se suministra un servicio adoptando cualquiera de las siguientes modos:

- 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.

Respecto del artículo I del AGCS, la doctrina ha retomado la postura del Órgano de Apelación en el asunto *Canadá-Autos* al afirmar que para efectos de analizar posibles incompatibilidades con obligaciones que se reputan sustantivas del acuerdo aquí estudiado, es necesario primero analizar si la medida que se asume viola determinado artículo es de las que están comprendidas en el AGCS. Por tanto, habrá que determinar en primer lugar si se puede hablar de “comercio de servicios”, lo cual solamente será susceptible si el servicios en cuestión se presta de conformidad con cualquiera de los cuatro suministros previstos en el artículo I; i.e. suministro transfronterizo, suministro en el extranjero, presencia comercial y presencia de personas físicas. 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.

Así, para efectos de definir “servicios”, Matsushita *et al*<sup>145</sup> observan 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 en el acuerdo que regula el comercio de servicios; es decir, el AGCS 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 Órgano de Apelación. Sin embargo, su análisis se desarrolla alrededor del cuestionamiento sobre si en virtud de una medida en particular que afecta el comercio de servicios, dado el texto del artículo I, debe o no aplicarse el AGCS en su totalidad; es decir, si dada un medida específica cuya aplicación afecta el comercio de servicios es motivo suficiente como para afirmar que todo el AGCS es aplicable. Al respecto, Matsushita *et al* se refieren a la jurisprudencia emitida por el Órgano de Apelación 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>146</sup>, en la que el grupo especial que resolvió la controversia afirmó que hay dos cuestiones a examinar antes de decidir si una

---

<sup>145</sup> Matsushita *et al*, *Trade in Services*, The World Trade Organization, segunda edición, Oxford University Press, 2006.

<sup>146</sup> *Vid. Supra*.

medida afecta el comercio de servicios, argumento que se reprodujo con anterioridad<sup>147</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>148</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 *et al* resuelven 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>149</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>150</sup>. Como bien se mencionó, tanto el grupo especial como el Órgano de Apelación 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, de 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 *et al* evocan la pertinencia e importancia de dicha interpretación para efectos del análisis de las obligaciones generales (como lo es la cláusula de Nación Más Favorecida y la cláusula de trato nacional) contenidas 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

---

<sup>147</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>148</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>149</sup> *Cfr. op cit.* Matsushita.

<sup>150</sup> 01/enero/1995.

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.

De igual manera que para el artículo XVII del AGCS examinado en la parte anterior, el Miembro que aduce una violación al principio de NMF debe establecer *prima facie* dicha violación, por lo que tendrá la carga de la prueba para así demostrar el interés jurídico en la disputa en cuestión. Una vez establecida la violación *prima facie*, la carga de la prueba se revierte al Miembro al que se le imputa.

Al respecto, el texto de dicho artículo reza:

## 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).

Pues bien, 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 párrafos más arriba, el artículo II del AGCS guarda una estrechísima relación con el artículo I del mismo acuerdo, toda vez que éste hace mención expresa de dicha relación. Lo anterior fue confirmado por el Grupo Especial en el asunto *CE-Bananos III* como quedó asentado anteriormente.

#### **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>151</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 trato nacional ("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>152</sup>

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

Ahora bien, el Grupo Especial en *CE-Bananos III* fijó para efectos de analizar el artículo II del AGCS es menester atender a dos elementos; es decir:

- (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>153</sup>

---

<sup>151</sup> Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 7.299.

<sup>152</sup> *Ibidem*, párrafo 7.302.

<sup>153</sup> *Ibidem*, párrafo 7.344.

En relación con el punto i), el análisis a llevarse a cabo es el que se desprende del artículo I del AGCS (una vez más se confirma la inquebrantable relación entre los artículos I y II del acuerdo que regula el comercio de servicios). Asimismo, se deberá examinar la posibilidad 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 Nación Más Favorecida y que se examinará más adelante.

Respecto al punto ii) habrán de analizarse dos cuestiones según el Grupo Especial. Por un lado la similaridad y por el otro, si el Miembro en cuestión otorga un trato menos favorable que el que concede a servicios o proveedores de servicios análogos de cualquier otro país<sup>154</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 “similaridad”.

El Órgano de Apelación 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>155</sup>

Más aún, en conexión con el asunto *Canadá-Autos*, el Grupo Especial determinó en relación con el examen de si las medidas en disputa (es decir, la MVTO de 1998 y la SRO<sup>156</sup>, documentos que otorgaban una exención de los derechos de importación aplicables a automóviles, vehículos comerciales específicos, y autobuses) que éstas 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>157</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 Órgano de Apelación 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 trato nacional 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 Órgano de Apelación, 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 trato nacional “...no son necesariamente

---

<sup>154</sup> *Cfr. Ibidem*, párrafo 7.346.

<sup>155</sup> *Cfr. Ibidem* párrafo 234.

<sup>156</sup> Estos documentos son la Orden Arancelaria relativa a los vehículos de motor de 1998 (MVTO de 1998) y las Órdenes Especiales de Remisión (SRO).

<sup>157</sup> *Cfr. Informe del Grupo Especial en Canadá-Autos op cit.*, párrafo 10.262.

pertinentes a la interpretación del artículo II del AGCS<sup>158</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 NMF. No obstante ello, tampoco es de mucha utilidad este 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.

Pues bien, el “trato no menos favorable” bajo la cláusula de NMF, me parece también hace referencia a una condición de mercado, de la misma manera que es entendida para el GATT (para ambos principios) y, en la medida de lo posible y como se observó, para el trato nacional 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 trato nacional, 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. Lo anterior se confirma por la lectura de la poca jurisprudencia que ha llevado a cabo Federico Ortino<sup>159</sup>, ya que también 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.

Una vez dicho lo anterior y habiendo examinado la expresión “trato menos favorable”, continuemos ahora con el concepto de “similaridad” bajo el artículo II del AGCS.

### **C. 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>160</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,

---

<sup>158</sup> *Cfr. Ibidem* párrafo 231.

<sup>159</sup> Ortino Federico, *op cit.*

<sup>160</sup> África, Caribe y Pacífico.

a nuestro juicio, en la medida en que las entidades suministran esos servicios similares, son también proveedores de servicios similares”<sup>161</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 del concepto de “proveedores de servicios similares” con lo que se entienda por “servicios similares”. Esto, en virtud de que el primer concepto hace una referencia expresa a “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 analizaron la similaridad de los servicios y proveedores de servicios. En el caso de *Canadá-Autos*, ya que 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.

En relación con lo anterior, el Órgano de Apelación en *Canadá-Autos* tampoco dilucidó el alcance del tema de esta parte, ya que 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.<sup>162</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

---

<sup>161</sup> Cfr. Informe del Grupo Especial en *CE-Bananos III*, op. cit., párrafo 7.322.

<sup>162</sup> Informe del Órgano de Apelación en *Canadá-Autos*, op. Cit., párrafo 171. El subrayado es añadido.

un análisis cuidadoso. Dejamos la interpretación del artículo II del AGCS para otro caso y otro momento.<sup>163</sup>

Derivado de lo anterior y toda vez que hasta el momento no ha habido la necesidad en el sentido de que no se ha presentado ningún otro asunto con motivo del tema de esta parte, podemos advertir que por lo menos en el corto plazo la interrogante aquí analizada; es decir, si cabe aplicar los criterios para la interpretación de la cláusula de NMF para el GATT a su equivalente en el AGCS. A pesar de la falta de jurisprudencia en este sentido, también tenemos la doctrina, misma que no obstante es muy poca, debemos examinarla con la finalidad de explorar si en ella se proponen criterios para llegar a nuestro objetivo.

En relación con el tema aquí examinado, 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 trato nacional; 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.

#### **D. 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 Órgano de Apelación ni por la doctrina. Sin embargo, me parece que dado la redacción es la misma para ambos acuerdos comerciales en cuanto hace a la condición; i.e. “inmediata e 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.

#### **E. 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, recurramos entonces a lo que se ha dicho en este sentido en un plano meramente académico. Pues bien, América Nelly Pérez Manjarrez<sup>164</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

---

<sup>163</sup> *Ibidem* párrafo 184.

<sup>164</sup> Tesista quien obtuvo el título de licenciada en derecho con la tesis “Las prácticas desleales en el comercio internacional de servicios (el caso del transporte marítimo)” por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en 1997. *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.

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 trato nacional, 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>165</sup>.

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*. Más aún, Condon retoma lo también establecido en la jurisprudencia respecto de que en cuanto hace al análisis para la determinación de si una medida es incompatible o no con la disposición de NMF, el objeto y efecto de la anterior no es oportuno.

Ahora bien, al evocar la jurisprudencia emitida con motivo de la cláusula de NMF, el autor aquí estudiado 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

---

<sup>165</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 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.

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>166</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>167</sup>. Así, establece que para examinar si una medida es compatible con la disposición que contiene la obligación de nación más favorecida 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>168</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.

Por último, en virtud de que se utilizan las mismas expresiones que para el artículo XVII del AGCS (trato nacional), lo poco sostenido por los académicos y expertos para dicho artículo también le es aplicable al artículo II, por lo que para tales efectos nos remitiremos a lo establecido en la parte anterior. De esta manera, me parece que el alcance de la “similaridad” entre servicios y proveedores de servicios para el artículo II y el artículo XVII del AGCS es el mismo, ya que, desde mi punto de vista, se aplica la misma metodología para determinar si son o no “servicios similares” y “proveedores de servicios similares”. Así, una vez determinado lo anterior, se podrá verificar que la cláusula de NMF aplica por ser una obligación general y respecto del artículo XVII habrá que atender a la Lista, pero ya habiendo determinado la “similaridad” tanto para servicios como para proveedores de servicios.

### 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, dados los todavía más escasos criterios formulados para el principio de NMF para el AGCS, resulta pues que el análisis para el principio aquí examinado y analizado es todavía menor al llevado a cabo con motivo del trato nacional.

---

<sup>166</sup> Condon Bradley J., *op cit.*, página 600.

<sup>167</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>168</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.

De lo estudiado, 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 emitida, 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 atender a los cuatro modos de suministro previstos en el AGCS.

Respecto de la materia de esta parte; i.e. la cláusula de NMF, se repasó lo que tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación 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 particular punto de vista a dichos conceptos le son aplicables los criterios convenidos en este artículo para trato nacional, evidentemente sin perder de vista que en este caso es respecto

de servicios y proveedores de servicios extranjeros, mientras que para el caso del trato nacional 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 trato nacional, 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>169</sup> para el concepto de NMF bajo el AGCS será más estrecho, mientras que para el trato nacional será más amplio.

Por último, en cuanto a los puntos (iv) y (v) a analizar, 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>170</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 visto en la presente parte y en la anterior, en la próxima parte se exploraran 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 trato nacional. 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 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 en sentido afirmativo, pero tampoco en sentido negativo; es decir, no puede afirmarse de manera tajante que los criterios hoy en día existentes son completamente aplicables o bien, no son aplicables en lo absoluto, pues al igual que en cualquier

---

<sup>169</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>170</sup> Informe del Grupo Especial del GATT, BISD 1S/59

caso de disputa bajo el derecho de la OMC es importante atender a las particularidades del caso y de las disposiciones a aplicar.

## **IV. 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 trato nacional y el de NMF vistos bajo el GATT y el AGCS, respectivamente. Lo anterior con la finalidad de determinar si los criterios aplicables a trato nacional 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 trato nacional y el de NMF bajo el AGCS.

Para efectos de lo anterior, 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 el orden anterior.

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

Pues bien, examinemos ahora los criterios que, me parece, son aplicables para definir la presencia de “servicios similares”.

#### **A. Servicios similares**

Para efectos de determinar el concepto de “servicios similares”, me parece 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 servicios suministrado” versa sobre la esencia y característica del servicio; es decir, se analizará el servicios 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 criterio al comercio de servicios en el sentido, ya que todo servicio está encaminado a un fin por el que se lleva a cabo. Pues denominándolo “finalidad” me parece es más 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 (como es obvio que sucede) en el que los consumidores decidirán entre un servicio proporcionado por diferentes agentes (ya sea que nos ubiquemos en la cláusula de trato nacional 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>171</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.

### **C. Trato no menos favorable.**

---

<sup>171</sup> El criterio lo emitió el Grupo Especial en *CE-Bananos III*, *op cit*.

Pues bien, el criterio para analizar la expresión “trato no menos favorable” para ambas cláusulas; i.e. cláusula de trato nacional y 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 trato nacional o bien el de NMF en detrimento de los servicios y proveedores de servicios “similares” de otros miembros o bien, restrinja o limite el acceso de éstos a los diversos mercados en los cuales se desarrollen las actividades comerciales. Asimismo, se deberá demostrar el trato menos favorable para por un lado “servicios similares” y por el otro “proveedores de servicios similares”, pero de manera cumulativa. Lo anterior atendiendo a la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena, toda vez que tanto el artículo II como el XVII, ambos del AGCS hacen referencia a “servicios y proveedores de servicios”. Además, atendiendo al principio de efectividad y con la finalidad de dar una interpretación eficaz a ambas cláusulas respecto del “trato no menos favorable”, para el principio de trato nacional 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: como se señaló en la parte de “Antecedentes”, al interior de la OMC los acuerdos son igualmente auténticos además del español, en 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, se deberá aplicar el artículo 33 de la Convención de Viena. Pues bien, me parece que en términos del párrafo 4 del artículo 33 de la Convención de Viena, dado que no puede aplicarse el artículo 31 y consecuentemente el artículo 32, debido a que se presume, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 33, que los términos tienen igual sentido en los tres idiomas y claramente el sentido de los términos “o” e “y” en español, “or” y “and” en inglés y “ou” y “et” en francés es diferente, se deberá por tanto adoptar una 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 trato nacional. Así, para ambos principios se aplicará una interpretación cumulativa de la frase “...a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares”.

Lo anterior en virtud de que, siguiendo con la interpretación que se estableció en las partes anteriores, el concepto de “similaridad” se interpretó de la misma forma para el principio de trato nacional 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 trato nacional o NMF al amparo del AGCS. La única intención es aportar un poco a la complicada y muy evadida problemática alrededor de los principios fundamentales del AGCS no sólo por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, sino también por la doctrina en general e incluso por los Miembros de la OMC. Supongo que, como señaló Cossy, dicha carencia resulta de la falta de interés en el tema, en virtud de quizás lo nuevo y lo poco desarrollado 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 trato nacional 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 <sup>3172</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 o Chile, 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>172</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 trato nacional 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:

Pues bien, 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, pues, 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:

-Trato Nacional:

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 o chilenas. Al igual que para el trato nacional, 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 o Chile.

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 o de hecho, ayudan a interpretar las cláusulas de trato nacional 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.

## Conclusiones generales

Hemos llegado al final del presente trabajo y me parece importante que para efectos de llegar a 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 trato nacional 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.

Por tanto, el objetivo sería probar, a través del análisis de la jurisprudencia emanada con motivo del principio de NMF y trato nacional del GATT, por un lado y del AGCS, por el otro, así como de la doctrina sobre el tema que los criterios que hoy en día rigen la interpretación de los principios ya 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 y del contexto de ambos tratados.

En relación con la anterior, a continuación presentaré las conclusiones a las que llegué y derivadas del análisis aquí llevado a cabo. Pues bien, de la jurisprudencia emitida para el GATT y el AGCS, la doctrina y puntos de vista particulares, a manera de conclusiones finales, podemos advertir que efectivamente, los criterios emitidos para los principios de trato nacional y de NMF no pueden traspasarse 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 trato nacional 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<sup>173</sup>. Aunque dadas las diferentes materias de los acuerdos, deban aplicarse éstos 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

---

<sup>173</sup> Circunstancia que también reconoció Mireille Cossy.

servicios (tasa de sustitución del mismo), con la finalidad de que refleje de manera objetiva las preferencias de los consumidores.

En cuanto al concepto “proveedor de servicios similares”, estoy de acuerdo con el criterio emitido con motivo del propio AGCS, el cual dispone que serán proveedores de servicios aquellos que suministren un servicio definido como “similar”, de manera tal que la similaridad de proveedores se supedita a demostrar que los servicios lo son. Lo anterior por las razones ya expuestas.

Por último, en relación con el “trato no menos favorable” tanto para la cláusula de trato nacional 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 trato nacional 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 trato nacional bastará con demostrar que el mejor trato lo recibe, ya sean los proveedores nacionales de servicios similares o bien, el servicio similar *per se*.

Pues bien, estos son los criterios propuestos para efectos del análisis de los principios angulares del derecho de la OMC: trato nacional y NMF. Sin embargo, me parece que todavía falta mucho por definir respecto del AGCS, pues queda pues una gran labor por hacer, aunque la más importante será, sin duda alguna, la de los grupos especiales o el Órgano de Apelación, pues a nivel académico podrán decirse y proponerse diversos criterios o perspectivas de cómo entender el trato nacional y la NMF bajo el AGCS, pero hasta que no se emitan criterios jurídicamente sustentados y que a su vez las partes en una controversia puedan utilizar para su defensa o bien, para desvirtuar acusaciones habrá poco avance en la materia. 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 Órgano de Apelación en el discernimiento de los criterios a aplicar, mediante sus defensas y su perspectiva sobre el tema. Así en la medida en que aquellos tampoco soliciten de manera directa que se resuelva respecto de las cláusulas aquí estudiadas será muy fácil para las autoridades encargadas de resolver diferencias al interior de la OMC seguir evadiendo tal responsabilidad. Por esta razón, los Miembros de la OMC deberán tener un papel más activo y forzar en las disputas que se lleven a cabo en el futuro a que los grupos especiales y el Órgano de Apelación se pronuncien de una vez por todas respecto de el alcance de estas obligaciones, respectivamente, así como la metodología para interpretar los principios de trato nacional y NMF. Lo anterior es de suma importancia, ya que en la medida en la que esto no se lleve a cabo, todo el sistema jurídico aplicable al comercio de servicios y por consiguiente, a la consecución del objeto del AGCS: la liberalización de este comercio será inoperante y esto evidentemente no es el fin de haber incluido en el sistema jurídico de la OMC la posibilidad de abrir el comercio de servicios entre los miembros de esta organización.

Empero, el escenario antes descrito no podrá continuar por mucho tiempo, ya que conforme se vaya desarrollando el comercio de servicios será necesario que se aborde esta problemática y se vayan asentado criterios aplicables al AGCS y no únicamente emitir criterios, sino emitirlos de manera que ayuden a desarrollar el comercio de servicios entre los Miembros.

Por último, me permito terminar recordando que habrá que seguir de cerca la evolución de los asuntos que con motivo del AGCS se den ante la OMC para tener claro por fin cómo interpretar los principios de trato nacional y de NMF bajo el AGCS de manera que se respete el fin y objetivo del AGCS: liberalización de los servicios.