

|  |     |
|--|-----|
| CAPÍTULO V. Los principios de no discriminación en el sistema multilateral del comercio . . . . .  | 123 |
| I. El principio de trato nacional en los acuerdos de la OMC . . . . .  | 125 |
| 1. El principio de trato nacional en el comercio de mercancías: artículo III del GATT . . . . .  | 125 |
| 2. El principio de trato nacional en el comercio de servicios: artículo XVII del AGCS . . . . .  | 135 |
| 3. El principio de trato nacional en la protección de la propiedad intelectual en la OMC: artículo III del Acuerdo sobre los ADPIC . . . . .           | 141 |
| II. El principio de la nación más favorecida en los acuerdos de la OMC . . . . .   | 146 |
| 1. El principio de trato general de la nación más favorecida en el comercio de mercancías: artículo I del GATT. . . . .                                | 146 |
| 2. El principio de trato de la nación más favorecida en el comercio de servicios: artículo II del AGCS . . . . .                                       | 149 |
| 3. El principio de la nación más favorecida en la protección de la propiedad intelectual en la OMC: artículo 4o. del Acuerdo sobre los ADPIC . . . . . | 152 |

## CAPÍTULO V

### LOS PRINCIPIOS DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO

Los principios de trato nacional (TN) y de la nación más favorecida (NMF) pretenden evitar, el primero, la discriminación que se da en el ámbito interno de un país entre nacionales y extranjeros y, el segundo, la que resulta entre los extranjeros que compiten en el mercado de un tercer Estado.<sup>1</sup> Dado que la discriminación es uno de los principales obstáculos al comercio, los principios de TN y de la NMF se han convertido en dos de los pilares del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y, posteriormente, también del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el Acuerdo sobre los ADPIC).<sup>2</sup> Ahora bien, pese a que la esencia de los principios de TN y de

<sup>1</sup> Para un estudio del principio de trato nacional véase Jackson, J., “National Treatment Obligations and Non-Tariff Barriers”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, 1989, pp. 207-224; Hufbauer, G. C. *et al.*, “The GATT Codes and the Unconditional Most-Favored-Nation Principle”, *Law & Policy International Business*, vol. 12, 1980, p. 59-93. Para un temprano estudio de la cláusula de la nación más favorecida véase Pescatore, M. P., *La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales*, Institut de Droit International, Ginebra, La Tribune de Geneve, octubre 1968. Para una análisis más reciente Forner, J., *La cláusula de la nación más favorecida*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1988. Para una definición del principio de la nación más favorecida por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas véase *Year Book of the International Law Comisión 1978*, vol. II, parte dos, pp. 18-21.

<sup>2</sup> Una muestra de la importancia que tiene el principio de la NMF es que su enmienda, en la práctica, es poco probable, pues requiere de la aceptación de todos los miembros. Párrafo 2 del artículo X del Acuerdo por el que se establece la OMC (BOE, 24 de enero de 1995, núm. 20). El texto del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) puede consultarse, respectivamente, en *Los resultados de la*

la NMF es apreciable en los tres acuerdos, las diferencias en las materias que regulan dan lugar a ciertas diferencias de un acuerdo a otro en cuanto al ámbito material, contenido y aplicación de estos principios. La finalidad de este capítulo es examinar de qué manera son regulados los principios de TN y de la NMF en los acuerdos mencionados.<sup>3</sup> Así, la primera parte está dedicada a analizar el principio de TN en el GATT, en el AGCS y en el Acuerdo sobre los ADPIC y, la segunda parte, en ese mismo orden, el de la NMF. En el estudio del TN en el GATT se examinan la discriminación explícita y de facto, se comentan algunas disposiciones del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio (OTC), se examina el concepto “producto similar” y la distinción entre métodos y procesos producción. Al ocuparnos del TN en el AGCS analizamos la discriminación explícita y de facto, el concepto “servicio similar” y el ámbito de aplicación del principio. Ahora bien, antes de estudiar el TN en el Acuerdo sobre los ADPIC es necesario analizar algunos aspectos generales del acuerdo, como la naturaleza de sus disposiciones y su ámbito material de aplicación. El estudio del trato de la NMF en el GATT examina el concepto “producto similar” y la discriminación de origen. Al ocuparnos del trato de la NMF en el AGCS examinamos la discriminación entre prestadores de servicios y algunas de sus excepciones específicas. El capítulo termina con un estudio de la forma en que el Acuerdo sobre los ADPIC articula el trato de la NMF y sus excepciones.

*Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra, Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25, 503-583, 341-380 y 381-419.

<sup>3</sup> El estudio de estos principios en el GATT es más elaborado que en los otros dos acuerdos. Esto se debe a que el GATT tiene más de medio siglo de práctica —el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC sólo diez años— que ha dejado interesantes decisiones que aportan luz a la interpretación de sus principios.

## I. EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN LOS ACUERDOS DE LA OMC

### 1. *El principio de trato nacional en el comercio de mercancías: artículo III del GATT*

Las medias comerciales que adoptan la forma de leyes o reglamentos internos,<sup>4</sup> de impuestos interiores u otras cargas son reguladas por el artículo III del GATT que prohíbe tanto la discriminación explícita como la discriminación de facto. Los límites a las leyes o reglamentos se complementan con las disposiciones del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC).

#### A. *La prohibición de la discriminación explícita y de facto*

Un impuesto discrimina explícitamente e infringe el artículo III si aplica a los productos importados cargas fiscales más elevadas que a los productos similares nacionales. Lo mismo sucede cuando las leyes o reglamentos que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de productos tratan de forma menos favorable a las importaciones que a los productos nacionales similares.<sup>5</sup> En otras palabras, un impuesto o reglamento interior sólo será congruen-

<sup>4</sup> Algunos grupos especiales del GATT han dicho que el artículo III sólo se aplica a los productos una vez que han sido importados, mientras que el artículo XI se aplica a aquellas medidas que afectan a la importación, es decir, antes de la entrada en el mercado del país que impone la medida. Véase informe del comité de conciliación en el caso *Italia – Subvenciones discriminatorias para la compra de maquinaria agrícola*, GATT Doc. BISD 7S/60, adoptado el 23 de octubre de 1958, párrafo 11. Ahora bien, la nota interpretativa del artículo III dispone que si una restricción fronteriza aplica a las importaciones una normativa en vigor para los productos domésticos la restricción a la importación puede ser tratada como un reglamento interno competencia del artículo III.

<sup>5</sup> Artículo III párrafo 2 y 4 del GATT. El párrafo 2 del artículo III textualmente dispone que: "...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...".

te con el artículo III si se aplica a los productos nacionales y a los extranjeros de la misma forma.<sup>6</sup>

Como ya hemos mencionado, las disposiciones del Acuerdo OTC son aplicables también a los reglamentos, en este caso técnicos, y en general buscan evitar que éstos se elaboren, adopten o apliquen con el fin o el efecto de crear obstáculos innecesarios al comercio. Los “obstáculos innecesarios” se definen como aquellos que restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo pretendido, destacando que se deben tomar en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Dentro de los objetivos legítimos expresamente reconocidos se encuentran la protección del medio ambiente, la protección de la salud o la vida, la salud animal y la vegetal.<sup>7</sup> El Acuerdo OTC también invita a los miembros a adoptar en sus reglamentos los niveles de seguridad y protección de los estándares internacionales.<sup>8</sup> De hecho, salvo prueba en contrario, los reglamentos basados en los estándares internacionales no se consideran obstáculos al comercio.<sup>9</sup> No obstante, el Acuerdo OTC reconoce que algunos estándares internacionales pueden ser inadecuados para el logro de ciertos objetivos legítimos dentro de los que se cuenta la protección del medio ambiente.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Jackson, J., “World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?”, *Washington & Lee Law Review*, vol. 49, otoño, 1992, pp. 1236 y 1237. El párrafo 1 del artículo III del GATT textualmente dispone que: “...Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional...”. El párrafo anterior debe ser leído tomando en cuenta la nota interpretativa del primer párrafo del artículo III del GATT.

<sup>7</sup> Véase el artículo 2.2 Acuerdo sobre de Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay...*, cit., nota 2, pp. 143-169. Los casos de riesgos graves para el medio ambiente justificarán un mayor grado de interferencia en la actividad comercial, mientras que si el riesgo es menor, las pequeñas interferencias podrían ser suficientes para descalificar a la medida.

<sup>8</sup> *Ibidem*, artículo 2.4.

<sup>9</sup> *Ibidem*, artículo 2.5.

<sup>10</sup> *Ibidem*, artículo 2.4. Para S. Charnovitz esto quiere decir que los estándares de protección ambiental no necesariamente tienen que reflejar los niveles de exigencia de los estándares internacionales. Charnovitz, S., “Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and

Por otra parte, pese a que el artículo III no menciona explícitamente la discriminación de facto, la proscripción de la aplicación proteccionista de las medidas fiscales o reglamentarias interiores que contempla su primer párrafo ha llevado a concluir que también está prohibida.<sup>11</sup> Por ejemplo, si un país aplicara un impuesto a la carne tratada con hormonas de crecimiento siendo que, a diferencia de los productores extranjeros, los productores del país importador no utilizan las hormonas de crecimiento en su ganado, el impuesto afectaría únicamente a los productos extranjeros teniendo lugar la discriminación de facto, pues el efecto discriminatorio sería equivalente al de la discriminación explícita.<sup>12</sup> Por lo general, el país que vea amenazada la legitimidad de este tipo de medidas intentará justificar el trato diferenciado diciendo que los productos no son similares. Por ejemplo, tratándose de medidas de protección ambiental, algunas veces se dice que los productos en sí mismos presentan características con diferentes efectos en el medio ambiente y, por lo tanto, no son similares; otras veces se dice que son las diferencias en los impactos ambientales derivadas de los procesos o métodos de producción las que justifican un trato diferenciado. De este modo, el resultado del juicio sobre la similitud de los productos generalmente determinará la legalidad de la medida comercial.

### B. *El concepto producto similar en el contexto del artículo III*

El GATT no contiene reglas claras para determinar cuándo dos productos pueden considerarse similares. El órgano de apelación de la OMC, intentando aportar claridad a la cuestión, ha dicho que los criterios importantes para examinar la similitud son aquellos que puedan

their Application to Environmental Trade Measures”, *Tulane Environmental Law Journal*, verano, 1994, vol. 7, p. 309.

<sup>11</sup> Jackson, J., *The World Trading System*, 2a. ed., Londres, The MIT Press, 1997, pp. 216 y 217.

<sup>12</sup> El artículo III también prohíbe la discriminación fiscal entre productos directamente competidores o que pueden sustituir a los productos nacionales, si la medida se aplica con el objetivo de dar protección a los productos domésticos. Véase nota interpretativa del artículo III.2 del GATT. Ahora bien, el problema con la discriminación de facto es que el país que impone el impuesto puede tener una preocupación auténtica por los posibles efectos en la salud producto del consumo de carne tratada con hormonas de crecimiento y verá como una intromisión en sus facultades reglamentarias que las normas de la OMC le impidan lograr sus objetivos de salud pública.

afectar a la relación de competencia de dos productos.<sup>13</sup> En la práctica, se han seguido los siguientes criterios: *i)* las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; *ii)* los usos finales; *iii)* los gustos y hábitos del consumidor, y *iv)* la clasificación arancelaria.<sup>14</sup> Aunque la importancia que ha de atribuirse a los criterios anteriores tampoco ha sido definida, las propiedades físicas parecen haber sido el criterio que más ha influenciado a los grupos especiales.<sup>15</sup>

Ahora bien, ya que normalmente los productos comparten algunas propiedades y difieren en otras, para poder valorar su similitud antes es preciso saber cuál es el parámetro de comparación. Si las propiedades que comparten son las que importan para la comparación serán similares, en caso contrario, aun las pequeñas diferencias, si son las que interesan para los efectos de la comparación, servirían para determinar que los no son similares. En este orden de ideas, resulta interesante observar que el órgano de apelación recientemente ha dicho que el principio general del artículo III.1, que prohíbe las medidas proteccionistas, es el contexto guía

<sup>13</sup> Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/AB/R del 12 de marzo de 2001, p. 46.

<sup>14</sup> Informe de 1970 del grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párrafo 18. El cuarto criterio, la clasificación arancelaria, no fue mencionado por el grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, sino que fue incluido por grupos especiales ulteriores. Véase, por ejemplo *Japón – Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*, GATT Doc. L/6216 - 34S/94 adoptado el 10 de noviembre de 1987, párrafo 5.6

<sup>15</sup> Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos–Impuestos a la importación de atún* de 1991. (Informe no adoptado). GATT Doc. DS21/R - 39S/155 del 3 de septiembre de 1991, párrafo 5.13. Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*. GATT Doc. DS23R/39S/242, adoptado del 19 de junio de 1992. Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos–Impuestos aplicados a los automóviles*. (Informe no adoptado). GATT Doc. DS31/R del 11 de octubre de 1994, párrafo 5.54. La dificultad para establecer en abstracto una regla general ha llevado a los grupos especiales del GATT a decir que los exámenes sobre la similitud de dos productos requerirán siempre de una valoración personal de los juzgadores, y variarán dependiendo del contexto de la disposición que se estudia. Véase informe del órgano de apelación en el caso *Japón–Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 4 de octubre de 1996, párrafo H.2.c). Véase informe de 1970 del grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera..., *cit.*, nota 13 párrafo 18.

para interpretar el artículo III.<sup>16</sup> Por lo tanto, al ser el proteccionismo *el contexto guía* (parámetro de comparación) sería lógico que se valore, al resolver sobre la similitud de dos productos, si hubo intención o no de proteger a los productores nacionales al adoptarse la medida comercial. Por ejemplo, si una medida otorga un trato comercial diferenciado a dos productos por sus distintos efectos en el medio ambiente y sin esconder intenciones proteccionistas, aunque por lo demás los productos compartan las mismas propiedades, podría considerarse que las mercancías no son similares. Así, como observan R. Howse y D. Regan, lo que “similar” debería significar en el contexto del artículo III es no diferir en ningún aspecto que justifique un trato distinto no proteccionista.<sup>17</sup> Esta forma de analizar la similitud en el contexto del artículo III fue aplicada en dos ocasiones por los grupos especiales,<sup>18</sup> pero rechazada por el órgano de apelación en un caso posterior<sup>19</sup> argumentando que el examen de similitud debe realizarse sobre bases objetivas de modo que es irrelevante que existiera o no una intención proteccionista.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 13, p. 41.

<sup>17</sup> Howse, R. y Regan, D., “The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 2, 2000, p. 261. Esta corriente es conocida como la *doctrina del análisis de los objetivos y efectos*.

<sup>18</sup> Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos-Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas...*, *cit.*, nota 14, párrafo 5.25. Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos-Impuestos a los automóviles*. (No adoptado) GATT. Doc. DS31/R, del 11 de octubre de 1994. En ambos casos se buscó determinar si el trato comercial diferenciado aplicado a dos productos cuya similitud se examinaba estaba basado en motivaciones proteccionistas. La manera de determinar si una medida se aplica de forma proteccionista consistía en analizar si ha habido buena fe en el propósito normativo y si los efectos en las condiciones de competencia eran proteccionistas.

<sup>19</sup> Informe del órgano de apelación *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas...*, *cit.*, nota 13, párrafo H.2.c).

<sup>20</sup> En lugar del análisis de la intención (buena fe en el propósito normativo) de los legisladores, el órgano de apelación estimó que es posible examinar objetivamente los criterios subyacentes utilizados en una medida determinada, tales como su estructura reveladora, diseño, arquitectura y su aplicación global para evaluar si se aplica de manera que otorgue protección a los productos nacionales. *Idem*. El órgano de apelación, en opinión de algunos autores, rechaza el análisis sobre la intención subjetiva, al que equivocadamente relaciona con el análisis del propósito normativo, sin darse cuenta que en realidad éste se refiere al estudio de lo que llaman la intención objetiva. Howse, R. y Regan, D., *op. cit.*, nota 17, p. 265. El estudio de la intención objetiva es prácticamente el mismo



El órgano de apelación pasó después a explicar en detalle el método que debía seguirse para determinar la similitud de dos productos en el artículo III. Los argumentos utilizados son realmente intrincados y están basados en las diferencias textuales que existen entre la primera y segunda frase el párrafo 2 del artículo III. La primera frase y la segunda frase contienen una referencia a los “productos similares”, sin embargo, la segunda frase es distinta de la primera en que, además de remitir expresamente al párrafo 1 —que como hemos mencionado prohíbe las medidas proteccionistas—, contiene una referencia adicional a los productos “directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente”.<sup>21</sup> En opinión del órgano de apelación, para que la referencia a los “productos directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente” no sea privada de contenido, el concepto “producto similar” en la primera frase debe interpretarse de forma restringida y en sentido amplio en la segunda frase.<sup>22</sup> En otras palabras, la exigencia de similitud será mayor en la primera frase.

Adicionalmente, ya que la primera frase no remite al párrafo 1 y la segunda sí, para el órgano de apelación el análisis de similitud en el contexto de la segunda frase requiere un estudio adicional que busque determinar si la medida se ha aplicado de forma proteccionista. En la primera frase el objetivo trazado en el artículo III.1 se protege de forma implícita cuando se analiza si los productos son o no “similares”, y si lo son, si se

que el del análisis de los criterios objetivos subyacentes propuesto por el órgano de apelación pues consiste en analizar las pruebas objetivas del propósito normativo de una medida comercial, tales como la historia legislativa, las actas de sesiones del congreso, declaraciones, etcétera. El propósito subjetivo consistiría en la búsqueda de la intención proteccionista imperante en los legisladores en el momento de establecer una restricción comercial por medio de un reglamento o impuesto, del que la doctrina del análisis de los objetivos y efectos nunca pretendió ocuparse. Hudec, R., “GATT/WTO Constrains on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test”, *The International Lawyer*, vol. 32, núm. 3, Fall 1998, pp. 631, 632 y 643.

<sup>21</sup> El significado de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT se ha precisado basándose en la nota interpretativa a esa disposición. En esa nota textualmente dispone que: “...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>22</sup> Véase informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 13, p. 41.

han aplicado impuestos superiores a los productos importados que a los productos nacionales similares.<sup>23</sup> No obstante, lo cierto es que la interpretación de la primera frase del artículo 2o. que sugiere el órgano de apelación no garantiza que no se apliquen los impuestos de forma que se proteja a la producción nacional. Esto es así ya que, independientemente de que el grado de competencia e incluso las características físicas sean factores siempre importantes al analizar la similitud de dos productos, son criterios estériles cuando se trata de determinar si una medida es aplicada “de manera que se proteja la producción nacional”.<sup>24</sup>

Por otro lado, tampoco conduce a resultados satisfactorios la interpretación de la segunda frase del párrafo 2 a la que se le reconoce la necesidad de examinar adicionalmente si la medida se aplica “de manera que se proteja la producción nacional”. El órgano de apelación ha sostenido que tanto la intención de los legisladores como el objetivo pretendido por una medida (*el propósito normativo*) son irrelevantes en el momento de determinar si es o no proteccionista.<sup>25</sup> El carácter proteccionista, en su opinión, debe determinarse a través de un examen objetivo de la estructura y la aplicación de la medida.<sup>26</sup> Esta interpretación llevaría a declarar contrarias al primer párrafo del artículo III todas las medidas cuya aplicación tenga el efecto, intencional o accidental, de mejorar la posición de competencia de los productos nacionales frente a los extranjeros. Esto ocasiona que el SMC interfiera con las facultades reglamentarias de los países miembros, pues se puede dar el caso de que las políticas no proteccionistas aplicadas de buena fe, por ejemplo, para proteger el medio

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafo H.1.

<sup>24</sup> Por ejemplo, pensemos en dos productos A y B que tienen los mismos usos finales —así se ha definido a dos productos en relación de competencia— y características físicas similares, la única diferencia entre ellos es que A puede ser reciclado y B no. Supongamos que A se produce nacionalmente y que B se produce en el exterior. Por último, pensemos que para promover el reciclaje se impone un impuesto más elevado al producto B que el que se aplica a A. Si la relación de competencia y las características físicas fueran criterios determinantes para definir la similitud de los productos, A y B serían productos similares y, por lo tanto, la discriminación entre ellos estaría prohibida. Sin embargo, ¿podemos asegurar que en el caso se está aplicando el impuesto con el fin de proteger la producción nacional? Evidentemente no, pues el objetivo es la promoción del reciclaje para proteger el medio ambiente, no la protección de sus productores.

<sup>25</sup> Véase informe del órgano de apelación en el caso *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas...*, *cit.*, nota 13, párrafo H.2.c).

<sup>26</sup> *Idem*.

ambiente, no logren pasar el examen “producto similar” o “de manera que se proteja la producción nacional.”<sup>27</sup>

Ahora bien, en el párrafo 4 del artículo III también hay una referencia al concepto “producto similar”, pero, a diferencia del párrafo 2, no hay ninguna a los productos competidores o sustitutos. Para evitar que el párrafo 2 cubra una gama más amplia de productos (similares, competidores y sustitutos) que el párrafo 4 (productos similares), el órgano de apelación ha sostenido que el concepto “producto similar” del párrafo 4 debe interpretarse en sentido amplio. Obviamente esta interpretación debe comprender los productos competidores o sustitutos en alguna medida.<sup>28</sup> En cualquier caso, al igual que sucede en el párrafo 2, el examen sobre la similitud en el párrafo 4 no da ningún papel al propósito normativo y, por lo tanto, es insuficiente para garantizar que las medidas no proteccionistas no serán declaradas contrarias al artículo III.

Un problema adicional es que en las diferencias en los métodos y procesos de producción no son considerados criterios válidos para diferenciar a dos productos.

### *C. Los procesos y métodos de producción no relacionados con los productos*

La diferencia entre los procesos o métodos de producción relacionados y no relacionados con los productos, desde una perspectiva am-

<sup>27</sup> Hudec, R., *op. cit.*, nota 20, p. 626. El ejemplo del impuesto sobre envases no reciclables nos sirve una vez más para ilustrar esta situación. Toda vez que los gobiernos con una preocupación auténtica por la acumulación de desechos sólidos no podrían aplicar un impuesto a los productos presentados en envases no reciclables, si este impuesto puede afectar más a los productos extranjeros por no acostumbrar los materiales reciclables. Aunque en este caso la preocupación ambiental es auténtica, la medida será calificada de proteccionista y contraria al GATT.

<sup>28</sup> No es clara la diferencia entre la interpretación de “producto similar” del párrafo 4 que incorpora a los “productos competidores” y el término “producto similar” de la primera frase del párrafo 2 y las nociones “directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente” de la segunda frase del párrafo 2. El órgano de apelación se ha limitado a decir que el término “producto similar” del párrafo 4 es más amplio que en el párrafo 2. Sin embargo, no es más amplio que el significado del término “producto similar” combinado con los términos “directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente” del párrafo 2. Véase informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 13, pp. 43 y 44.

biental, consiste en que los primeros afectan a las características de un producto hasta el grado de que su uso, manipulación o eliminación daña al medio ambiente, mientras que en los segundos es el proceso sí mismo, no la mercancía, la que genera un daño al medio ambiente.<sup>29</sup> Impedir que los procesos productivos dañen el medio ambiente global, en ocasiones, da lugar a la adopción de restricciones comerciales basadas en los procesos.<sup>30</sup>

En el capítulo anterior ya mencionamos que el artículo III ha sido interpretado de forma tal que se considera que no cubre las medidas fiscales basadas en los procesos de producción no relacionados con los productos.<sup>31</sup> Concretamente, las distintas referencias a los “productos” en el artículo III llevaron al grupo especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún (Atún-Delfines I)* a decir que esta disposición cubre sólo a las medidas fiscales interiores que *afectan a los productos como tales*; es decir, que regulan su venta o lo afectan como producto.<sup>32</sup> Al igual que sucede con los impuestos, para los grupos especiales la nota interpretativa del artículo III sólo cubre los re-

<sup>29</sup> Véase Organization for Economic Co-operation and Development, *Processes and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework and Considerations on Use of PPM-Based Trade Measures*, OECD Doc. OCDE/GD(97)137 11 de agosto de 1997, p. 11. [http://www.oalis.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/ocde-gd\(97\)137](http://www.oalis.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/ocde-gd(97)137).

<sup>30</sup> También ha sucedido que los Estados aplican las restricciones comerciales para proteger a especies no sujetas a la jurisdicción particular de ningún Estado, que bien pueden o no estar en peligro de extinción en acuerdos internacionales. Por ejemplo, los Estados Unidos aplicaron restricciones a la importación de camarón procedente de algunos países cuyas técnicas de pesca causaban la muerte incidental de tortugas, especie calificada en peligro de extinción por CITES. También sucede que se aplican este tipo de medidas cuando los Estados no desean participar en el comercio de productos que dañan los bienes comunes, como los gases CFC perjudiciales para la capa de ozono o de recursos naturales irremplazables, como algunos tipos de madera tropical. Brown Weiss, E. y Jackson, J. “Framework for Environment and Trade”, en Brown Weiss, E. y Jackson, J., *Reconciling Environment and Trade*, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, p. 29.

<sup>31</sup> Véase el informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991..., *cit.*, nota 15, párrafo 5.11. El profesor Jackson comparte la idea del grupo especial de que la referencia a los “productos” tanto en el artículo III como en el artículo XI es base suficiente para considerar la distinción entre las medidas basadas en los procesos y aquellas que se basan en los productos. Véase Jackson, J., “Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy”, en Cameron, J., *et al.*, (eds.), *Trade and Environment, The Search for Balance*, vol. I, Londres, Cameron May Ltd., 1995, p. 46.

<sup>32</sup> Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991..., *cit.*, nota 15, párrafo 5.13.

glamentos que se apliquen a los productos nacionales y extranjeros como tales y no a los que regulan la forma en que los productos se fabrican.<sup>33</sup> Aunque el informe del grupo especial *Atún-Delfines I* no fue adoptado, sus razonamientos han estado presentes en otras decisiones.<sup>34</sup>

Los argumentos del grupo especial y las interpretaciones expuestas sobre la aplicación de los artículos III y XI permiten exponer cuál es la condición legal de las medidas comerciales basadas en los procesos no relacionados con los productos en los siguientes términos. Si la medida es un reglamento que se aplica antes de que entre el producto al mercado doméstico no podrá ser considerada reglamento interno, porque el artículo III no cubre las medidas que no afectan el producto como tal. En consecuencia, el artículo aplicable sería el XI que prohíbe las restricciones no arancelarias y, por lo tanto, también las restricciones comerciales basadas en los procesos de producción no relacionados con los productos. Si la medida es clasificada como reglamento interno, ya sea porque se aplica una vez que los productos han entrado al mercado nacional o porque reciba tal condición por virtud de la nota interpretativa del artículo III, se podría decir que la medida viola el párrafo 4 del artículo III, porque esta disposición no permite el trato diferenciado (entre productos similares) basado en los procesos o métodos de producción que no afectan las características físicas de los productos. Es decir, los productos que difieren sólo en los procesos que no afectan sus características físicas son considerados productos similares. El mismo argumento permite decir

<sup>33</sup> *Ibidem*, párrafo 5.13.

<sup>34</sup> Una vez creada la OMC el primer caso en donde se analizó una medida comercial basada en los procesos o métodos de producción fue el de *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. El grupo especial observó que el artículo III.4 no permite un trato menos favorable que dependa de las características del productor. El grupo especial precisó que la identificación de productos como similares en el contexto del artículo III.4 debe hacerse sobre bases objetivas de similitud y no tomando en cuenta factores extraños relacionados con los productores. Véase informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC Doc. WT/DS2/R, del 29 de enero de 1996, párrafos 6.11 y 6.12. En 1998, el grupo especial en el caso *Indonesia – Medidas que afectan la industria del automóvil* dijo que tampoco están permitidos los impuestos basados en consideraciones de origen del producto y nacionalidad de los productores y en otros factores no relacionados con los productos. Véase informe del grupo especial en el caso *Indonesia – Medidas que afectan la industria del automóvil*. OMC Doc. WT/DS54, 55, 59, 64/R, del 23 de julio de 1998, párrafos 14.112 y 14.113.

que si se imponen cargas fiscales más elevadas a los productos extranjeros, por lo demás similares a los nacionales, con base en los procesos de producción que no afectan sus características físicas se violaría el párrafo 2 del artículo III.

En realidad, a diferencia de los argumentos expuestos, no está claro que el texto del artículo III prohíba las medidas basadas en los procesos y métodos de producción que no afectan las características físicas de los productos.<sup>35</sup> En un capítulo posterior tendremos oportunidad de analizar una interpretación del artículo III en este sentido.

Ahora bien, al igual que el GATT, el AGCS contiene el principio de TN. No obstante, entre uno y otro acuerdo existen importantes diferencias.<sup>36</sup> Por el momento basta apuntar que mientras el artículo III del GATT se aplica a los productos, en el AGCS el TN beneficia normalmente a los productores y receptores de los servicios.<sup>37</sup>

## *2. El principio de trato nacional en el comercio de servicios: artículo XVII del AGCS*

En el artículo XVII del AGCS se regula tanto la discriminación de hecho como la de *facto* entre proveedores de servicios nacionales y extranjeros.

### *A. La regulación de la discriminación de hecho y de facto: artículo XVII del AGCS*

El primer párrafo del artículo XVII del AGCS dispone que, en los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada miembro está obligado a otorgar a los proveedores de servicios de otros miembros, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que

<sup>35</sup> Charnovitz, S., "The Law of Environmental 'PPMS' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality", *Yale Journal of International Law*, vol. 27, invierno 2002, pp. 77 y 78.

<sup>36</sup> Para un análisis de las diferencias entre el GATT y el AGCS véase Ahlind, A., "Comparing GATT and GATS: Regime Creation Under and After Hegemony", *Review of International Political Economy*, vol. 3, núm. 1, 1996, pp. 65-94.

<sup>37</sup> Fritz, T. y Fuchs, P., "GATS: Los servicios públicos bajo la presión de la liberalización. Las negociaciones del AGCS (GATS) en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Un desafío para la sociedad civil internacional", *Global Issue Papers*, núm. 1, 2003, p. 8.

el que dispense a sus propios servicios similares. En otras palabras, las medidas nacionales que explícitamente discriminan a los suministros de servicios extranjeros dispensando un trato más favorable a los proveedores de servicios similares de origen nacional infringen el artículo XVII.<sup>38</sup> Por otro lado, pese a que el AGCS reconoce que el trato comercial concedido a proveedores de servicios similares extranjeros y nacionales puede ser formalmente idéntico o formalmente diferente, se considerará que un trato comercial es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los proveedores nacionales en comparación con los proveedores de servicios similares de otro miembro.<sup>39</sup> De esta manera, aunque una medida no sea explícitamente discriminatoria por otorgar formalmente un trato idéntico a los proveedores de servicios similares nacionales y extranjeros, si altera las condiciones de competencia en perjuicio de estos últimos será contraria al artículo XVII.<sup>40</sup>

Dado que el trato nacional sólo es requerido entre servicios similares, la determinación de similitud de dos servicios aquí también resulta muy importante.

<sup>38</sup> Véase *Consignación en listas de los compromisos iniciales en la esfera del comercio de servicios: nota explicativa*. GATT Doc. MTN.GNS/W/164 del 3 de septiembre de 1993, párrafo 7. Por ejemplo, si se da preferencia a los proveedores nacionales de servicios audiovisuales en la asignación de frecuencias para la transmisión dentro del territorio nacional. Una medida de este tipo de medida discrimina explícitamente sobre la base del origen del proveedor de servicios y constituye, por tanto, una denegación formal o de *jure* del trato nacional.

<sup>39</sup> Véase artículo XVII párrafos 2 y 3 del AGCS.

<sup>40</sup> Por ejemplo, una medida que estipule que se requiere residencia previa para la obtención de una licencia para suministrar un servicio. Aunque la medida no diferencia formalmente a los proveedores de servicios basándose en el origen nacional, dispensa de hecho un trato menos favorable a los proveedores de servicios extranjeros, puesto que en su caso es menos probable que puedan satisfacer el requisito de residencia previa que en el de los proveedores de servicios similares de origen nacional. Véase *Ibidem*, párrafo 7. Es importante observar también que en una nota al pie del primer párrafo del artículo XVII el AGCS establece que no se interpretará el citado artículo como una obligación de los miembros de compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios pertinentes.

B. *El concepto de “servicio similar” en el contexto del artículo XVII*

EL AGCS no define, como hace con otros conceptos, lo que debe entenderse por servicios similares. Tampoco contiene una serie de criterios propios a aplicar en los exámenes de similitud. Por lo tanto, recurrir a la experiencia del GATT en busca de una guía es inevitable.<sup>41</sup>

Al igual que sucede en el GATT, la similitud de dos servicios o proveedores de servicios tomará en cuenta aquellos factores que puedan afectar su relación de competencia en el mercado,<sup>42</sup> particularmente: las propiedades, naturaleza y calidad de los servicios, los usos finales, los gustos del consumidor, y la clasificación.<sup>43</sup> En relación con los criterios anteriores, conviene decir que al determinar la similitud de dos servicios las características físicas son, como observa A. Mattoo, afortunadamente irrelevantes.<sup>44</sup> Por otro lado, la clasificación de los servicios desarrollada y utilizada para la negociación de los distintos compromisos tanto del acceso a los mercados como del trato nacional parece reflejar cierto consenso de que los servicios clasificados en un determinado sub-sector implican un grado de similitud, aunque no está claro hasta qué punto es un criterio determinante. Por último, para algunos autores, el criterio de usos y fines es uno de los que podrían resultar más útiles para determinar la similitud de dos servicios, ya que está más relacionado a los conceptos económicamente significativos de competencia directa o sustitución entre servicios y sigue la lógica del mercado.<sup>45</sup>

A diferencia del GATT, el AGCS no otorga un derecho de trato nacional de aplicación general a todos los servicios extranjeros similares a los

<sup>41</sup> García López, R., *La liberalización del comercio de servicios en la OMC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 98.

<sup>42</sup> Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 13, p. 46.

<sup>43</sup> Informe de 1970 del grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera..., *cit.*, nota 13, párrafo 18.

<sup>44</sup> Mattoo, A., “National Treatment in the GATS. Corner-Stone or Pandora’s Box?”, *Journal of World Trade*, vol. 31, núm. 1, 1997, p. 127.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 128. En este punto hay que decir que, aunque el artículo XVII del AGCS no menciona los servicios directamente competidores o sustituibles, como el artículo III del GATT, parece lógico pensar que el concepto servicio similar debe ser interpretado en sentido amplio de modo que éstos queden comprendidos.



nacionales. El principio de trato nacional tiene en el AGCS un ámbito material más limitado.

*B. El ámbito material de aplicación del principio de trato nacional en el AGCS*

La obligación del artículo XVII del AGCS de dispensar a los servicios y proveedores de servicios de otros miembros un trato no menos favorable que el dispensado a los servicios nacionales similares se aplica selectivamente a los sectores y actividades con base en los términos y condiciones inscritas en las listas de compromisos específicos de los miembros.<sup>46</sup> Así pues, la dispensa de trato nacional es una facultad discrecional de los Estados. Sin embargo, una vez concedido el trato nacional, las limitaciones que un miembro desee establecer deben incluirse en la lista de compromisos, en caso contrario, se presumirá que no está sujeto a ninguna restricción.<sup>47</sup>

La delimitación de la competencia material del artículo XVII presenta problemas adicionales, particularmente, cuando se le relaciona con el artículo XVI sobre acceso a los mercados. El artículo XVI, como tuvimos oportunidad de ver en el capítulo anterior, regula principalmente el uso de restricciones cuantitativas al comercio de servicios.<sup>48</sup> Por su parte, el

<sup>46</sup> Véase Altinger, L. y Enders, A., "The Scope and Depth of GATS Commitments", *The World Economy*, vol. 19, núm. 3, 1996, p. 309. Como hemos mencionado en el capítulo anterior, dado que el comercio de servicios normalmente es intangible no se presta a ser controlado en la frontera a través de la aplicación de aranceles. El control comercial de este sector de las actividades económicas tradicionalmente se ha realizado a través de medidas discriminatorias no arancelarias. G. Feketuky considera que la aplicación general del principio de trato nacional sería equivalente a inhabilitar todas las barreras comerciales que pudieran favorecer a los productores domésticos. Feketuky, G., "Trade in Services-Bringing Services into the Multilateral Trading System" en Bhagwati, J. y Hirsch, M. (eds.), *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Berlín, Springer-Verlag, 1998, p. 96. Por esta razón, los países en vías de desarrollo han promovido una aplicación no generalizada de la cláusula de trato nacional que les impediría la aplicación de medidas no arancelarias necesarias en algunos casos para proteger a las industrias nacionales nacientes en el sector de servicios. Footer, M. E., "Global and Regional Approaches to Regulation of Trade in Services", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, part. 3, julio 1994, p. 673.

<sup>47</sup> López Escudero, M., *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 116.

<sup>48</sup> Véase en este estudio el capítulo IV.

artículo XVII regula las medidas discriminatorias entre servicios nacionales y extranjeros similares. Puede suceder que una restricción de carácter cuantitativo sea discriminatoria y quedar comprendida dentro del ámbito material de ambas disposiciones. Al disponer en el párrafo segundo del artículo XX que las medidas incompatibles con los artículos XVI y XVII se consignarán en la columna correspondiente al artículo XVI y se considerará que la consignación indica también una condición o salvedad al artículo XVII, el AGCS expresamente reconoce que es posible que se den casos de solapamiento en la aplicación de estas disposiciones. Ahora bien, la indicación de consignar en la columna correspondiente a los compromisos de acceso a los mercados (artículo XVI) las medidas que puedan quedar comprendidas simultáneamente en los artículos XVI y XVII, añade elementos que oscurecen más, si es posible, los límites precisos del ámbito material de aplicación del artículo XVII. En las listas de compromisos específicos la columna correspondiente al acceso a los mercados contiene, entre otras, las medidas que son incompatibles con el artículo XVI solamente, pero además contiene las que son contrarias a los artículos XVI y XVII. El problema es que en la columna de acceso a los mercados no hay ninguna indicación sobre en cuál de los dos artículos queda comprendida una medida.<sup>49</sup>

Por otro lado, en la práctica es posible que un miembro conceda pleno trato nacional para ciertos tipos de servicios, pero niegue al mismo sector el acceso a su mercado. El problema entonces sería determinar si el miembro aún es libre de adoptar restricciones cuantitativas discriminatorias; es decir, si el principio de trato nacional cubre también aquellas medidas discriminatorias que afecten el establecimiento (el acceso al mercado) o sólo es aplicable a las que afectan a los proveedores de servicios extranjeros ya establecidos.

Existen tres posibles interpretaciones de la competencia material del artículo XVII. Por un lado, es posible interpretar que el principio de trato nacional cubre el derecho a establecerse y después de establecido.<sup>50</sup> Por otro lado, algunos autores consideran que el principio de trato nacional

<sup>49</sup> Mattoo, A., *op. cit.*, nota 44, p. 127.

<sup>50</sup> El texto del artículo XVII apoya esta interpretación. La referencia a “todas las medidas que afecten al suministro de servicios” indican que debe cubrir también las restricciones cuantitativas, incluidas aquellas que afectan la habilidad de establecer la presencia comercial.

excluye el derecho al establecimiento.<sup>51</sup> Por último, se puede interpretar que quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo XVII todas las medidas comprendidas en el artículo XVI, incluidas las restricciones cuantitativas discriminatorias.<sup>52</sup> La primera opción interpretativa parece ir en contra de las normas de derecho internacional público sobre interpretación de los tratados<sup>53</sup> y la tercera opción no parece que sea congruente con la intención de los negociadores. Por su parte, la segunda interpretación, como observa A. Mattoo, tiene a su favor que crea una división clara entre las disciplinas del artículo XVI y XVII. El primero se ocuparía de las cuestiones previas a la entrada y algunas restricciones cuantitativas específicas no discriminatorias, y el segundo de todas las medidas discriminatorias una vez establecido el suministrador extranjero. Adicionalmente, el hecho de que esta interpretación haya sido la base para la elaboración de las listas de compromisos le da cierto peso.<sup>54</sup>

Al igual que el GATT y el AGCS, el Acuerdo sobre los ADPIC ha incorporado el principio del TN, aunque, obviamente, con distinto ámbito material de aplicación.

<sup>51</sup> M.E. Footer ha escrito: "...Market access is the policy instrument by which governments exercise their discretionary powers as to which foreign services, or service suppliers, will be granted access to their domestic markets. The principle of national treatment comes into play once access has been granted, and concerns the continuing treatment which the service, or service supplier, can expect to receive from the authorities of the importing country..." Footer, M. E., *op. cit.*, nota 46, pp. 669 y 670. En el mismo sentido López Escudero, M., *op. cit.*, nota 47, p. 117. Es posible que la práctica de enlistado, al menos de algunos miembros, estuviera basada en la creencia, reflejada en la historia legislativa, de que la obligación de trato nacional es efectiva sólo postentrada al mercado; es decir, una vez que se ha establecido en el mercado nacional el proveedor de servicios extranjero.

<sup>52</sup> Mattoo, A., *op. cit.*, nota 44, pp. 115 y 116.

<sup>53</sup> El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dice que los tratados deben interpretarse de buena fe de acuerdo al sentido ordinario de sus términos. La mención en el artículo XVII a "todas las medidas que afectan el suministro de servicios" parece apoyar una interpretación del principio de trato nacional que incluya las restricciones cuantitativas. No obstante, una interpretación debe dar sentido y efecto a todos los términos de un tratado; el intérprete no es libre de realizar exégesis del tratado que hagan algunas normas redundantes o inservibles. Si se acepta la interpretación de un trato nacional fuerte ¿qué sería de las disciplinas adicionales del artículo XVI? Este artículo regularía entonces principalmente restricciones al acceso a los mercados no discriminatorias. Sin embargo, haría redundante el artículo XVI: 2 f) que trata sobre las limitaciones a la participación de capital extranjero – medidas que en cualquier caso, serían contrarias al principio de trato nacional. Véase Mattoo, A., *op. cit.*, nota 44, pp. 116 y 117.

<sup>54</sup> *Idem.*

### 3. *El principio de trato nacional en la protección de la propiedad intelectual en la OMC: artículo III del Acuerdo sobre los ADPIC*

Actualmente las ideas y los conocimientos tienen un lugar preponderante en el comercio internacional.<sup>55</sup> Por lo general, estos bienes inmateriales están protegidos por derechos de propiedad intelectual (DPI) que conceden derechos de explotación exclusiva a las personas (físicas o legales) sobre las creaciones de su mente.<sup>56</sup> No obstante, pese a la existencia de estos derechos, la explotación de las ideas y conocimientos ajenos no ha podido ser detenida. La necesidad de lograr su efectiva protección ha forzado una mejora progresiva en los DPI en cuya evolución se ha ampliado cada vez más su alcance geográfico.<sup>57</sup> Actualmente, en la cima de la escala evolutiva de la protección internacional de la propiedad intelectual se encuentra el Acuerdo sobre los ADPIC en donde el TN figura como uno de sus principios básicos de protección.<sup>58</sup> Antes de analizar las

<sup>55</sup> Véase Sabido, M., *La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2000, p. 20.

<sup>56</sup> La exclusividad en la explotación de las creaciones intelectuales —otorgada por periodos de tiempo que varían dependiendo del tipo de creación— prohíbe, entre otras acciones, el uso, producción, difusión, interpretación o copia, por terceros sin autorización del titular del derecho en cuestión.

<sup>57</sup> Wilder, R., “Global Harmonization of Intellectual Property”, en Fletcher, I., *et al.* (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 515 y 516. El autor observa que la evolución de la propiedad intelectual en el ámbito internacional puede ser dividida en tres periodos: el territorial, el internacional y el global. El primero se caracteriza por el principio de territorialidad: “los derechos de propiedad intelectual no van más allá del territorio del Estado que otorga los derechos en primer lugar”. El periodo internacional culminó con la conclusión del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial —Convenio de París— (*BOE*, 1 de febrero de 1974, núm. 28) y el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, —Convenio de Berna 1971— (*BOE*, 30 de octubre de 1974) caracterizadas por que los Estados adoptaron ciertos principios fundamentales necesarios para proteger los derechos de propiedad intelectual, siendo entre éstos el trato nacional el principio más importante. En cualquier caso, el nivel de diversidad normativa era importante de modo que la armonización era limitada. El periodo actual, es decir el global, se caracteriza por el hecho de que la propiedad intelectual está ligada al comercio.

<sup>58</sup> El Acuerdo sobre los ADPIC consta de 73 artículos estructurados en siete partes. En su primera parte se ocupa de las disposiciones generales y de los principios básicos. La segunda parte contiene normas relativas a la existencia, límite y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. La tercera parte contiene disposiciones para la observancia

disposiciones que regulan este principio es necesario hacer algunas observaciones sobre la naturaleza y el ámbito material de aplicación de las normas del Acuerdo sobre los ADPIC.

#### A. *El Acuerdo sobre los ADPIC: naturaleza de sus disposiciones*

El Acuerdo sobre los ADPIC tiene como objetivo fomentar la protección y observancia de los DPI y promover la innovación y transferencia tecnológica en beneficio recíproco de los productos y usuarios para favorecer el bienestar social y económico.<sup>59</sup> El acuerdo establece estándares mínimos de protección que los signatarios deben cumplir, pero a la vez reconoce expresamente que los miembros pueden, sin estar obligados, prever una protección más amplia que la exigida por el acuerdo.<sup>60</sup> Además, las obligaciones que contiene el acuerdo son sólo de resultado, ya que cada miembro es libre para establecer el método que considere adecuado para aplicar sus disposiciones.<sup>61</sup>

de los derechos de propiedad intelectual. En su cuarta parte establece las condiciones para la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual. Las normas para prevenir y resolver controversias son el cuerpo de la quinta parte. La sexta parte se ocupa de los artículos de carácter transitorio. Por último, la séptima parte está compuesta de disposiciones finales y sobre aspectos institucionales. Para un estudio del Acuerdo sobre los ADPIC véase D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2003; Correa, C. M. y Yusuf, A. A. (eds.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, Londres, Kluwer Law International, 1998; AA. VV., *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1997; Boval, B., "L'Accord des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce (ADPIC ou TRIPS)", en *La réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*, Colloque de Nice de la Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 1996, pp. 131-152; Casado, A. y Cerro, B., *GATT y propiedad industrial*, Madrid, Tecnos, 1994; Doane, M. L., "TRIPS and International Intellectual Property Protection in an Age of Advancing Technology", *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 9, invierno 1994, pp. 465-497. Para una valoración de la experiencia derivada de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC en los últimos 10 años véase Lamy, P., "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-Ten Years Later", *Journal of World Trade*, vol. 38, núm. 6, 2004, pp. 923-934.

<sup>59</sup> Véase el preámbulo y el artículo 7o. del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>60</sup> *Ibidem*, artículo 1.1. Véase también Otten, A. y Wager, H., "Nature and Scope of the Agreement. Compliance with TRIPS: The Emerging World View", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, mayo 1996, p. 392.

<sup>61</sup> *Idem*. Véase también Casado, A. y Cerro, B., *op. cit.*, nota 58, p. 74.

Las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC obligan a los Estados signatarios —que deberán implementarlas en el ámbito doméstico—, pero benefician a los ciudadanos al establecer que: “Los miembros concederán a los nacionales de los demás miembros el trato previsto en el presente acuerdo”.<sup>62</sup> Dado que los derechos de propiedad intelectual son esencialmente de naturaleza privada, además de prever el recurso al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC para las diferencias que surjan entre los Estados miembros, el Acuerdo sobre los ADPIC contiene una serie de disposiciones que buscan asegurar el cumplimiento del acuerdo en el ámbito interno de los Estados. En ese sentido la obligación general de los Estados consiste en asegurar que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.<sup>63</sup>

### *B. El alcance material del Acuerdo sobre los ADPIC*

Las áreas de la propiedad intelectual que cubre el Acuerdo sobre los ADPIC son: *a)* los derechos de autor, que se otorgan a los autores de libros u otros documentos escritos, las composiciones musicales, películas, obras de arte, etcétera.; *b)* los derechos con él relacionados —en ocasiones denominados derechos conexos a los derechos de autor—, que son aquellos que se otorgan a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, y *c)* los derechos sobre propiedad industrial que pueden ser divididos en dos clases. La primera tiene como rasgo distintivo la protección de los atributos propios o característicos de los productos o servicios. Es el caso, por un lado, de las marcas de fábrica o de comercio que consisten en signos que sean ca-

<sup>62</sup> En una nota al pie del artículo 1.3 del Acuerdo sobre los ADPIC se especifica que por el término “nacionales” utilizado en el acuerdo se entenderá, en el caso de un territorio aduanero distinto miembro de la OMC, las personas físicas o jurídicas que tengan domicilio o un establecimiento industrial o comercial, real y efectivo, en ese territorio aduanero.

<sup>63</sup> Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso. Véase artículo 41.1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

paces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas y, por otro lado, de las indicaciones geográficas que identifican un producto como originario de una región, cuando determinada calidad o característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.<sup>64</sup> La segunda clase comprende aquellos derechos que protegen la innovación, invención y creación tecnológica. En esta categoría quedan comprendidos los dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado de los circuitos integrados, protección de la información no divulgada.<sup>65</sup>

Ahora bien, al igual que en el GATT y el AGCS, el principio de TN es uno de los pilares normativos del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>66</sup>

*C. El principio de trato nacional en los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio: artículo 3.1 del Acuerdo sobre los ADPIC*

En virtud del artículo 3.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, cada miembro debe conceder a los nacionales de los demás miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual. Una nota al pie de esta disposición precisa que el término “protección” comprende los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente este acuerdo.<sup>67</sup> Adicionalmente, el principio de TN no está sujeto

<sup>64</sup> Artículos 15.1 y 22.1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>65</sup> El Acuerdo sobre los ADPIC en la sección en la que define los tipos de derechos que cubre contempla al “Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales” que no es una forma de derecho de propiedad intelectual, sino que versa sobre ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio. Artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>66</sup> Evans, G. E., “The Principle of National Treatment and the International Protection of Industrial Property”, *European Intellectual Property Review*, vol. 18, núm. 1, enero 1996, pp. 149-160; Bergel, S. D., “Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs del GATT”, en Varios Autores, *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1997, p. 57.

<sup>67</sup> Sin embargo, este principio no se aplicará a los procedimientos de adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad industrial, estipulados en acuerdos multila-

a reciprocidad, de modo que no se condiciona a los titulares de derechos de propiedad intelectual extranjeros que su Estado de origen otorgue el mismo nivel de protección a los nacionales del país que habrá de conceder el trato nacional para que éste sea efectivamente conferido.<sup>68</sup>

Por otro lado, además de las estipuladas en algunos tratados incorporados por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC,<sup>69</sup> ciertas excepciones

terales concertados bajo los auspicios de las Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

<sup>68</sup> Algunos autores consideran que la aplicación de disposiciones de acuerdos como el Acuerdo sobre los ADPIC, al menos formalmente, está condicionada a cierto grado de reciprocidad entre sus partes. Para estos autores todos los Estados al vincularse a un acuerdo como el Acuerdo sobre los ADPIC se comprometen a conceder trato nacional al resto de las partes, pero al mismo tiempo adquieren el derecho a que sus nacionales reciban de las demás partes en el acuerdo un trato no menos favorable que el que éstas conceden a sus propios nacionales. Así, el derecho a recibir el trato nacional está condicionado a que el Estado que pretende tal trato comercial esté a su vez vinculado al acuerdo que consigna la obligación. Katzenberger, P., "General Principles of the Berne and the Universal Copyright Conventions: I. National Treatment. Minimum Protection and Reciprocity in International Copyright Law", en Beier, F. y Schriker, G. (eds.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, vol. 11, Munich, Max Planck Institute, 1988, pp. 45 y 46. En cualquier caso hay que decir que, materialmente, el principio de la reciprocidad es opuesto al del trato nacional, ya que su aplicación implicaría que dentro de un mismo país se aplicarían distintas normas a los distintos titulares de derechos de propiedad intelectual dependiendo de su nacionalidad y del nivel de protección que su Estado de origen otorga a los titulares de derechos extranjeros. Véase Bergel, S. D., *op. cit.*, nota 66, p. 58. Por otro lado, conviene decir que en una ocasión los Estados Unidos ya aplicó a la propiedad intelectual un régimen de reciprocidad material estricta. *Semiconductor Chip Protection Act* aprobada como Título III de la Ley 98-620 de 8 de noviembre de 1984.

<sup>69</sup> Las disposiciones sobre trato nacional incluidas en el Acuerdo sobre los ADPIC se aplican a reserva de las excepciones ya previstas, respectivamente, en el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, específicamente en el Acta de Estocolmo de fecha 14 de julio de 1967 —a la que se refiere el Acuerdo sobre los ADPIC como el Convenio de París de 1967— (*BOE*, 1o. de febrero de 1974, núm. 28), en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, específicamente en el Acta de París de fecha 24 de julio de 1971 —a la que se refiere el Acuerdo sobre los ADPIC como el Convenio de Berna 1971— (*BOE*, 30 de octubre de 1974), la Convención Internacional para la Protección de los Artistas Interpretes o Ejecutantes —Convenio de Roma de 1961— (*BOE*, 14 de noviembre de 1991, núm. 273) o el Tratado sobre la Propiedad Intelectual Respecto de los Circuitos Integrados adoptado en Washington el 26 de mayo de 1989. En lo que concierne a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, esta obligación sólo se aplica a los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC. Adicionalmente, los miembros que se valgan de las



al principio de TN están permitidas en relación con los procedimientos judiciales y administrativos, siempre y cuando sean necesarias para conseguir el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del acuerdo, y cuando tales prácticas no se apliquen de manera que constituya una restricción encubierta del comercio.<sup>70</sup>

En el sistema multilateral del comercio, como veremos a continuación, el principio de la nación más favorecida complementa el principio de trato nacional.

## II. EL PRINCIPIO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN LOS ACUERDOS DE LA OMC

### 1. *El principio de trato general de la nación más favorecida en el comercio de mercancías: artículo I del GATT*

Por virtud del artículo I del GATT los derechos de aduana y cualquier clase de impuestos, reglamentos y formalidades relativos a las importaciones o a las 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, deberá ser concedido inmediata e incondicionalmente a todo “producto similar” originario de los territorios de las demás partes o a ellos destinados.<sup>71</sup> Podemos ver que, una vez

posibilidades estipuladas en el artículo 6o. del Convenio de Berna (1971) o en el párrafo 1 b) del artículo 16 de la Convención de Roma lo notificarán según lo previsto en esas disposiciones al Consejo de los ADPIC. Véase artículo 31, párrafos 1 y 2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véase sobre la técnica de la incorporación por referencia Sáenz de Santa María, M. P. A., “La incorporación por referencia en el derecho de los tratados”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXVII, núm. 1, 1984, pp. 7-40.

<sup>70</sup> *Ibidem*, artículo 31.2.

<sup>71</sup> El artículo I del GATT en lo conducente dispone: “1. 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 produc-

más, el juicio sobre la similitud de los productos es determinante al calificar la legalidad de la medida, pues no es exigible la extensión de privilegios entre productos que no son similares.

*A. La interpretación del concepto “producto similar” en el artículo I*

En un caso de 1952 un grupo especial sostuvo que el Acuerdo General distinguía entre “productos similares” y “productos directamente competidores”, y que el artículo I se limitaba a los “productos similares”.<sup>72</sup> Como hemos mencionado antes, el uso final de un producto en un mercado determinado, los gustos y hábitos del consumidor, las propiedades físicas, calidad y naturaleza del producto, y la clasificación arancelaria serán probablemente los criterios para determinar la similitud de las mercancías en caso de controversia.<sup>73</sup>

*B. La discriminación con base en el origen y las medidas comerciales basadas en los procesos no relacionados con los productos*

En la práctica ha sucedido que los Estados prohíben la entrada de productos originarios de un determinado país por sus efectos ambientales negativos o por sus deficientes políticas ambientales, mientras que permiten la entrada de productos similares procedentes de otros países bajo el argumento de que no tienen los mismos efectos ambientales o, en su caso, que las políticas ambientales seguidas por dichos países son adecuadas. En la mayor parte de los casos son los procesos y métodos de producción percibidos como ambientalmente nocivos de un determinado país los que fundamentan la adopción por los países importadores de este tipo de medidas.

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

<sup>72</sup> Informe del grupo especial en el caso *Alemania – Régimen de importación aplicado a las sardinas*. GATT. Doc. 1S/53.

<sup>73</sup> Véase informe de 1970 del grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera, *cit.*, nota 13, párrafo 18.

El grupo especial que se ocupó del caso *Subsidios familiares de Bélgica* dijo que la discriminación entre productos basada en el país de procedencia es contraria al artículo I.1 del GATT. Este informe ha sido citado en múltiples ocasiones para fundamentar la ilegalidad en el marco del Acuerdo General de las restricciones comerciales basadas en los procesos o métodos producción.<sup>74</sup> Sin embargo, el grupo especial no dijo textualmente que alguna disposición del GATT prohíba las medidas comerciales que se basen en los procesos o métodos de producción que no afectan las características físicas de los productos.<sup>75</sup> Existe una diferencia entre una restricción basada en el país de donde proceden los productos y una restricción comercial basada en los procesos o métodos de producción que en un momento pueden ser considerados perjudiciales para el medio ambiente.<sup>76</sup> Por ejemplo, no es lo mismo una restricción a la importación de productos procedentes de Tailandia porque se consideren inadecuadas sus políticas ambientales de protección de las tortugas marinas, que una prohibición a la importación de camarón que sea pescado con métodos que representen un grave peligro para las tortugas marinas, aun cuando el único país que utilice los métodos peligrosos sea Tailandia. El primer caso se trata de una restricción comercial basada en el origen, claramente contraria al artículo I del GATT, y el segundo caso es una restricción comercial neutral respecto del origen cuya ilegalidad aún no está clara.

En 1981, el grupo especial en el caso *España – Régimen arancelario del café sin tostar* consideró, entre otros puntos, que las diferencias entre los métodos de cultivo del café no eran razón suficiente para permitir un trato diferente entre dos productos por lo demás similares.<sup>77</sup> En 1998, el grupo especial del caso *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* dijo que el artículo I no permite que las ventajas comerciales estén condicionadas con base en criterios no relaciona-

<sup>74</sup> Hudec, R., "The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence", en M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000,

<sup>75</sup> Véase informe del grupo especial sobre *Subsidios familiares de Bélgica*, G/32, adoptado el 7 de noviembre de 1952, BISD 1S/59.

<sup>76</sup> Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 10, pp. 317-318.

<sup>77</sup> Véase informe del grupo especial en el caso *España – Régimen arancelario del café sin tostar*. L/5135, adoptado el 11 de junio de 1981, 28S/, 118, 119, párrafos 4.4-4.10.

dos con el producto en sí mismo.<sup>78</sup> Sin embargo, en un informe reciente el grupo especial en el caso *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* estimó que no es correcto calificar de violaciones *prima facie* del artículo I a las ventajas condicionales con base en factores no relacionados con los productos en sí mismos, sin tomar en cuenta si la medida se relaciona con el origen de los productos importados y, si se relaciona, cómo lo hace.<sup>79</sup> En el caso en cuestión, la medida se calificó como contraria al artículo I por considerar que no era neutral respecto del origen de los productos importados, mas no por que pudiera estar basada en procesos no relacionados con los productos.<sup>80</sup>

## 2. *El principio de trato de la nación más favorecida en el comercio de servicios: artículo II del AGCS*

El principio de la NMF ha sido incorporado al AGCS en términos muy similares a los utilizados en el GATT —con las adecuaciones obvias del sector—<sup>81</sup> y, en opinión de algunos autores, es el principio de mayor importancia en el acuerdo.<sup>82</sup>

### A. *La prohibición de la discriminación entre prestadores de servicios extranjeros*

En relación con al principio de la nación más favorecida, el AGCS textualmente dispone que: “con respecto a toda medida abarcada por el

<sup>78</sup> Véase informe del grupo especial del caso *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*. OMC Doc. WT/DS54/R, del 2 de julio de 1998, párrafo 14.143.

<sup>79</sup> Véase informe del grupo especial en el caso *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*. OMC. Doc. WT/DS139/R, WT/DS142/R, del 11 de febrero de 2000, párrafo 10.4.

<sup>80</sup> Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 35, p. 85.

<sup>81</sup> Para una análisis de la cláusula de trato de la nación más favorecida en el AGCS en donde se identifican los aspectos similares y también las diferencias que existen con la articulación de este principio en el GATT véase Abu-Akeel, A. K., “The MFN as it Applies to Service Trade - New Problems for and Old Concept”, *Journal of World Trade*, vol. 33, núm. 4, agosto 1999, pp. 103-130.

<sup>82</sup> Wang, Y., “Most-Favored-Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services- And Its Application in Financial Services”, *Journal of World Trade*, vol. 30, núm. 1, 1996, pp. 91-124.

AGCS, 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”.<sup>83</sup> El principio exige que se hagan extensivas a los miembros de la OMC, de forma inmediata e incondicional, las ventajas comerciales otorgadas a cualquier país —miembro o no— en el sector de los servicios. Es importante enfatizar que, por sí misma, esta disposición no tiene el efecto de ampliar el grado de acceso a los mercados, simplemente proscribire la discriminación entre los proveedores extranjeros de servicios similares, independientemente del grado de apertura de mercados concedida por el miembro en cuyo mercado compiten.<sup>84</sup> No obstante, como observa Abu-Akeel, el acceso a los mercados puede ser un aspecto del principio de la NMF. Si un país otorga acceso a su mercado a los proveedores de servicios de un miembro este derecho de acceso a los mercados será extendido, inmediata e incondicionalmente, al resto de los miembros por virtud del principio de la NMF.<sup>85</sup>

Es interesante también observar que, a diferencia de lo que sucede con los principios de acceso a los mercados y de trato nacional exigibles exclusivamente en aquellos sectores cuya liberalización fue dispuesta en las listas nacionales, el principio de la NMF tiene una aplicación general a todos los sectores de los servicios.<sup>86</sup> Más aún, la referencia a “toda medida abarcada por el AGCS” indica claramente que el trato de la NMF debe aplicarse a toda medida adoptada por los miembros que afecte el comercio de servicios en cualquiera de sus cuatro modos de suministro.<sup>87</sup> Ahora bien, pese a su amplio alcance el principio NMF se aplica sujeto a ciertas excepciones.

<sup>83</sup> Artículo II. 1 del AGCS.

<sup>84</sup> Weiss, F., “The General Agreement on Trade in Services 1994”, *Common Market Law Review*, vol. 32, núm. 5, octubre 1995, p. 1196.

<sup>85</sup> Abu-Akeel, A. K., *op. cit.*, nota 81, pp. 119 y 124.

<sup>86</sup> Weiss, F., *op. cit.*, nota 84, p. 1188.

<sup>87</sup> Wang, Y., *op. cit.*, nota 82, pp. 94 y 95.

B. *Excepciones específicas al principio de la nación más favorecida*

Durante la Ronda Uruguay se puso de manifiesto que la inclusión del principio de la NMF en el AGCS no hubiera sido ampliamente aceptada de no haber sido dotado de cierta flexibilidad, toda vez que algunos de los Estados negociadores aplicaban medidas incompatibles con el principio.<sup>88</sup> Por esta razón, el AGCS previó que, a través del establecimiento excepciones, los miembros pudieran mantener algunas medidas discriminatorias a la entrada en vigor de la OMC.<sup>89</sup> Estas excepciones constan en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II en el que se especifica el sector, tipo de medida, duración de la excepción y los argumentos con los que la justifica.<sup>90</sup> Las solicitudes de exención presentadas después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC se sujetan a un procedimiento adopción que requiere la aprobación por tres cuartos de los miembros.<sup>91</sup> En principio las exenciones no deben exceder un plazo de diez años, pero cabe la posibilidad de que una vez expirado este término se vuelva a negociar la exención.<sup>92</sup> A más tardar, el quinto año serán examinadas por el Consejo del Comercio de Servicio las excepciones otorgadas por más de cinco años, para determinar si aún subsisten las condiciones que motivaron la adopción de la exención y, de ser necesario, fijará la fecha para un nuevo examen.<sup>93</sup>

Por otro lado, el AGCS también establece que sus disposiciones no se interpretarán en el sentido de impedir a los miembros la concesión de ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios de servicios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, que se produzcan y con-

<sup>88</sup> Secretaría de la OMC, *Introducción al acuerdo general sobre el comercio de servicios* (AGCS). OMC Doc. s/n, octubre de 1999, p. 4.

<sup>89</sup> Véase párrafo 1 del artículo II del AGCS.

<sup>90</sup> Párrafo 4 del artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC.

<sup>91</sup> Véase párrafo 2 del artículo II del AGCS en relación con el párrafo 3 del artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC. Una nota al pie de esta última disposición establece que: "Las decisiones de conceder una exención respecto de una obligación sujeta a un período de transición o a un período de aplicación escalonada que el miembro solicitante no haya cumplido al final del período correspondiente se adoptarán únicamente por consenso".

<sup>92</sup> Párrafo 6 del Anexo sobre exenciones de las obligaciones del artículo II del AGCS.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párrafos 3 y 4.

suman localmente.<sup>94</sup> Esta disposición vendría a cumplir la función que realiza en el GATT el artículo XXIV; es decir, facilitar la integración económica regional.<sup>95</sup> De este modo, quedan exentos de conceder trato de la NMF los países parte en acuerdos de integración regional a condición de que tal acuerdo cuente con una cobertura sectorial sustancial,<sup>96</sup> elimine en lo esencial toda discriminación entre las partes y prohíba nuevas medidas discriminatorias.<sup>97</sup>

### 3. *El principio de la nación más favorecida en la protección de la propiedad intelectual en la OMC: artículo 4o. del Acuerdo sobre los ADPIC*

La presencia del principio de la NMF en el Acuerdo sobre los ADPIC es una verdadera innovación por parte del sistema multilateral del comercio, pues nunca antes un acuerdo internacional sobre protección de la propiedad intelectual lo había incluido. Además, la función que cumple en el régimen no es menor y, para algunos autores, este principio se eleva a la categoría de fundamental y esencial, ya que las enmiendas de la disposición que lo articula surtirán efecto únicamente por la aceptación de todos los miembros, convirtiéndolo en un principio prácticamente inamovible.<sup>98</sup>

#### A. *La articulación del principio de la nación más favorecida en el Acuerdo sobre los ADPIC*

El artículo 4o. del Acuerdo sobre los ADPIC establece que, con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de

<sup>94</sup> Párrafo 3 del artículo II del AGCS.

<sup>95</sup> Weiss, F., *op. cit.*, nota 82, p. 1198.

<sup>96</sup> Esta condición se entiende en términos de número de sectores, volumen de comercio afectado y modos de suministro. Para cumplir esta condición, en los acuerdos no deberá establecerse la exclusión *a priori* de ningún modo de suministro.

<sup>97</sup> Párrafo 1 del artículo V del AGCS.

<sup>98</sup> Apartado 2 del artículo X del acuerdo por el que se establece la OMC. Véase Bergel, S. D. *op. cit.*, nota 66, pp. 57-59.

todos los demás miembros. La función de este principio consiste en corregir las posibles insuficiencias del principio del TN.<sup>99</sup> Efectivamente, como observa D. Gervais, la cláusula de la NMF tiene particular importancia cuando una ventaja ha sido otorgada por un miembro a los ciudadanos de cualquier otro país por un acuerdo bilateral pero no está sujeta al trato nacional (ya sea porque quede comprendida en una excepción o porque no se aplica a los nacionales del país en cuestión).<sup>100</sup> Así, además de favorecer la uniformidad en las relaciones comerciales multilaterales, el principio de la NMF hará menos atractiva la idea de conceder ventajas comerciales a través de acuerdos bilaterales, toda vez que las ventajas otorgadas por este medio serían extendidas por virtud del artículo 4o. a todos los miembros de la OMC.<sup>101</sup> Ahora bien, el Acuerdo sobre los ADPIC permite, en ciertos casos, algunas excepciones al principio de la NMF.

*B. Las excepciones específicas del artículo 4o.  
del Acuerdo sobre los ADPIC*

El artículo 4o. del Acuerdo sobre los ADPIC enumera cuatro excepciones aplicables al principio de la NMF. En primer lugar, no será exigible el trato de la NMF en los casos de ventajas que deriven de los acuerdos internacionales sobre asistencia judicial o sobre observancia de la ley de carácter general y no limitados específicamente a la protección de la propiedad intelectual. Para algunos autores, la naturaleza bilateral de los acuerdos de asistencia judicial justifica, al menos en parte, la presencia de esta excepción en el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>102</sup> En segundo lugar, siguiendo la lógica de la incorporación por referencia del Convenio de Berna (1971) y de la Convención de Roma,<sup>103</sup> son aplicables al Acuerdo sobre los ADPIC aquellas excepciones permitidas por estos tratados in-

<sup>99</sup> Casado, A. y Cerro, B., *op. cit.*, nota 58, pp. 84 y 85.

<sup>100</sup> Gervais, D., *op. cit.*, nota 58, p 104.

<sup>101</sup> Ullrich, H., "TRIPS: Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition Policy", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 4, marzo de 1995, p. 183; Bergel, S. D., *op. cit.*, nota 66, p. 60; Gervais, D., *op. cit.*, nota 58, p. 105

<sup>102</sup> Gervais, D., *op. cit.*, nota 58, p 105.

<sup>103</sup> Estos acuerdos aparecen citados en el Acuerdo sobre los ADPIC en los artículos 1.3, 2.2, 3.1, 4 b) artículos 9.1, 10.1, 14. (3) y (6), 70 .2.



ternacionales.<sup>104</sup> En tercer lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC reconoce como válidas las excepciones que se refieran a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión que no estén previstos en el acuerdo. Por último, este principio no se aplica a las ventajas resultantes de acuerdos previos a la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.<sup>105</sup> Por esta razón, D. Gervais considera que este principio, a corto plazo, tendrá un impacto limitado.<sup>106</sup> Es importante decir que los acuerdos previos a la entrada en vigor de la OMC, para salvar la aplicación del principio de la nación más favorecida, deben ser notificados al Consejo de los ADPIC y no deben constituir una discriminación arbitraria o injustificable.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> De la Convención de Berna son aplicables, en este sentido, los artículos 2 (7), 6 (1), 7 (8), 14 *ter* (1) y (2) y (8) y 30(2) (b). De la Convención de Roma los artículos 15, 16 (i) a) iv) y b).

<sup>105</sup> Artículo 4 d) del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>106</sup> Gervais, D., *op. cit.*, nota 58, p. 105.

<sup>107</sup> No está claro cuáles serían las consecuencias de que un acuerdo internacional se notificara después de que se ha negado el trato de la NMF a un miembro de la OMC. Se podría pensar que las infracciones al principio del trato nacional previas a la notificación deberán ser compensadas. Sin embargo, en el sistema multilateral del comercio —dada la naturaleza prospectiva de sus remedios— no existen mecanismos para compensar por actos que tuvieron lugar antes de la notificación. Adicionalmente, el Acuerdo sobre los ADPIC no establece ninguna sanción específica por las notificaciones hechas fuera de tiempo. *Idem.*