

TRATO NACIONAL EN EL GATT Y EL ACUERDO GENERAL SOBRE COMERCIO DE SERVICIOS DE LA OMC

Bradly J. CONDON*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Trato nacional en el GATT*. III. *Trato nacional en el AGCS*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios fundamentales del derecho de la OMC es el trato nacional. Este principio forma parte del GATT, y los demás Acuerdos Comerciales Multilaterales. Este capítulo analiza las disposiciones y la jurisprudencia de la OMC sobre este concepto en el marco del GATT y del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS). Esta jurisprudencia sirve como base para analizar disposiciones sobre el trato nacional en los demás acuerdos de la OMC, los acuerdos comerciales regionales y los acuerdos bilaterales sobre la inversión. Sin embargo, el análisis no puede ser igual, porque hay que tener en cuenta los diferentes contextos y términos en los cuales se utilizan estos conceptos.

II. TRATO NACIONAL EN EL GATT

1. *Introducción*

En el GATT el objetivo fundamental del artículo III (trato nacional) es evitar el proteccionismo en la aplicación de los impuestos y reglamentos interiores, es decir, en las palabras del párrafo 1 del artículo III, asegurar que las medidas interiores no se apliquen “a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional”.¹ A este fin, el artículo III obliga a los miembros de la OMC a facilitar para los pro-

* Titular de la Cátedra OMC, ITAM

¹ Véase artículo III: 1 y Estados Unidos; artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930; IBDD 36S/402, párrafo 5-10.

ductos importados condiciones de competencia iguales a las de los productos nacionales.² Los productos importados, después de pagar los derechos de aduana correspondientes, tienen que ser tratados de la misma manera que los productos similares de origen nacional; no se permite conceder una protección indirecta a los productos nacionales.³ Además, carece de importancia que “los efectos comerciales” de la diferencia tributaria entre los productos importados y los nacionales, reflejada en los volúmenes de las importaciones, sean insignificantes o incluso inexistentes;⁴ el artículo III protege las expectativas no de un determinado volumen de comercio, sino más bien las expectativas de la relación de competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales.⁵ Las metas políticas de una medida no son pertinentes en la determinación de si la medida cumpla o no con los requisitos del artículo III.⁶ Se ha rechazado el criterio de “metas y efectos” (aims-and-effects test) en el análisis con arreglo al artículo III.⁷

2. *Artículo III del GATT*

En la parte pertinente, el artículo III establece lo siguiente:

1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos

² Estados Unidos-Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, IBDD 34S/157, párrafo 5-1-9; Japón-Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados, IBDD 34S/94, párrafo 5-5 (b); Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 19.

³ Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola, IBDD 7S/64, párrafo 11.

⁴ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, página 16; Canadá-Publicaciones, p. 18; Corea-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 119.

⁵ Estados Unidos-Impuesto sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, IBDD 34S/157, párrafo 5-1-9; Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 16.

⁶ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 16.

⁷ Véanse Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Grupo Especial, párrafo 6-15; Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, pp. 18 y 19; Argentina-Cuero y pieles, Informe del Grupo Especial, párrafo 11-144; Grecia-Impuestos especiales sobre la importación, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.

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.

...

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.

...

8. a) Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

b) Las disposiciones de este artículo no impedirán el pago de subvenciones exclusivamente a los productores nacionales, incluidos los pagos a los productores nacionales con cargo a fondos procedentes de impuestos o cargas interiores aplicados de conformidad con las disposiciones de este artículo y las subvenciones en forma de compra de productos nacionales por los poderes públicos o por su cuenta.

Uno de los principales objetivos del artículo III es la protección de las concesiones arancelarias negociadas; garantiza que los miembros de la OMC no socaven estas concesiones mediante medidas interiores.⁸ Sin embargo, el alcance del artículo III no se limita a los productos objeto de concesiones

⁸ Japón-Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.5, Canadá-Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5-30.

arancelarias. Esta obligación también se extiende a productos que no son objeto de consolidaciones arancelarias;⁹ la historia de las negociaciones del artículo III confirma esta interpretación.¹⁰ El artículo III se aplica a discriminación *de jure* y *de facto*¹¹ y a las medidas discriminatorias que se aplican o no (discriminación actual o potencial).¹²

El artículo III se aplica a impuestos interiores (párrafo 2) y reglamentos que afectan al comercio en el mercado interior (párrafo 4). Sin embargo, la nota al artículo III indica que una medida que se aplica a un producto en el momento de la importación sigue siendo una medida interna si la medida también se aplica al producto nacional similar. En el asunto Argentina-Piel y cueros, el grupo especial concluyó que las medidas fiscales argentinas fueron medidas internas en el sentido del párrafo 2 del artículo III aunque se aplicaba en el momento de la importación del producto. Esta medida, sobre el prepago de un impuesto sobre valor agregado, se aplicaba únicamente si los productos importados se vendían después en el mercado interno argentino, es decir, se trataba del prepago de un impuesto interno. El hecho de que se colectaba en el momento y lugar de la importación no cambiaba la naturaleza de la medida.¹³ Además, diferencias menores en la colección del impuesto sobre valor agregado (IVA) (del comprador en el caso de los productos importados y del vendedor en el caso de los productos nacionales)

⁹ Véase Impuestos interiores del Brasil, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 4; Estados Unidos-Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5-1-9; CEE-Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5-4, y Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 20.

¹⁰ Véase los comentarios de los delegados a la Comisión del Acuerdo Arancelario durante el segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, celebrado en 1947, en el debate sobre la cuestión de incluir o no en el GATT de 1947 la cláusula de trato nacional contenida en el Proyecto de Carta para una Organización Internacional de Comercio (“Carta de la OIC”), EPC/T/TAC/PV.10, pp. 3 - 33 (versión en inglés), reproducidos en Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, nota al pie 48.

¹¹ Véase Japón-Bebidas alcohólicas I, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafos 5.7-5.10 y Estados Unidos-Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta, Informe del Grupo Especial del GATT.

¹² Véase Estados Unidos-Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5-13; Estados Unidos - Impuesto sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafos 5.2.1-5.2.2.

¹³ Argentina - Piel y cueros, Informe del grupo especial, párrafo 11-145.

no cambiaron la naturaleza interna de la medida, de acuerdo con la nota al artículo III.¹⁴

La norma general es que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el reclamante o el demandado, que hace valer una determinada reclamación o defensa.¹⁵ Entonces, la carga de prueba recae en el miembro reclamante de establecer *prima facie* una violación del artículo III, como es el caso para obligaciones en general. Una vez establecida *prima facie* la violación, la carga de la prueba recae en el miembro reclamado y se establece que cumpla con la obligación o con una excepción.¹⁶

3. *El primer párrafo del artículo III*

El primer párrafo del artículo III formula el principio general de que no deberían aplicarse medidas interiores de manera que se proteja la producción nacional. Este principio general informa el resto del artículo III. La finalidad del párrafo 1 es establecer ese principio general y que sirva de guía para la comprensión e interpretación de las obligaciones específicas que figuran en los demás párrafos del mismo artículo. Entonces, en lugar de establecer obligaciones específicas, el párrafo 1 el artículo III constituye parte del contexto interpretativo de las obligaciones específicas contenidas en los demás párrafos del artículo III. Sin embargo, según el Órgano de Apelación, el párrafo 1 del artículo III informa las dos frases del párrafo 2 del artículo III de diferentes formas.¹⁷

4. *La primera frase del párrafo 2 del artículo III*

La primera frase del párrafo 2 no hace referencia específica al párrafo 1, sino que es una aplicación de ese principio general. Entonces, para mostrar que un impuesto es incompatible con la primera frase, no es necesario establecer una aplicación protectora separadamente de los requisitos específicos

¹⁴ Argentina-Pieles y cueros, Informe del grupo especial, párrafos, 11-150 - 11-154.

¹⁵ Véase, inter alia, Estados Unidos-Camisas y blusas, Informe del Órgano de Apelación, p. 16 y Estados Unidos-Camarones, Informe del Grupo Especial, párrafo 7-14.

¹⁶ Véase, inter alia, Estados Unidos-Camisas y blusas, Informe del Órgano de Apelación, p. 14 y CE-Preferencias Arancelarias, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 8.7.

¹⁷ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, pp. 17 y 18.

de la primera frase. Las cuestiones en la primera frase son, primero, si los productos importados y nacionales pertinentes son “similares” y, segundo, si los impuestos aplicados a los productos importados son “superiores” a los aplicados a los productos nacionales similares. Si se establecen estos dos requisitos, la medida será incompatible con la primera frase del párrafo 2 del artículo III.¹⁸ La primera frase no requiere ni efectos sobre el comercio ni un nivel *de minimis* para el impuesto.¹⁹ Por más escasa que sea la cuantía en que el impuesto es “superior”, esa cuantía es excesiva.²⁰

En la primera frase del párrafo 2 del artículo III, las palabras “directa o indirectamente” se aplican a los impuestos sobre productos importados y a los impuestos sobre productos nacionales similares. Toda medida impositiva que afecta indirectamente las condiciones de competencia entre productos importados y productos nacionales similares entra en el alcance de las disposiciones de la primera frase del párrafo 2 del artículo III, o de la segunda frase, cuyo ámbito de aplicación es más amplio.²¹ En el asunto *Canadá-Publicaciones*, el Órgano de Apelación rechazó al argumento del Canadá que la palabra “indirectamente” tenía que interpretarse de una manera más restringida por la existencia del AGCS. Concluyo que la entrada en vigor del AGCS no reduce el ámbito de aplicación del GATT de 1994 y estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que las obligaciones del GATT de 1994 y del AGCS pueden coexistir sin que una de ellas invalidara a la otra.²²

¹⁸ Véase *Japón-Bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación, p. 22; *Canadá-Publicaciones*, Informe del Órgano de Apelación, pp. 22 y 23. Véase también *Impuestos interiores del Brasil*, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 14; *Japón-Bebidas alcohólicas I*, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.5; *Estados Unidos-Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.1.1; *Estados Unidos-Medidas que afectan a la importación, venta interna y utilización del tabaco*, Informe del Grupo Especial del GATT.

¹⁹ *Estados Unidos-Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.6. Véase también *Impuestos interiores del Brasil*, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 16; *Estados Unidos-Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.1.9; *Japón-Bebidas alcohólicas I*, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.8; y *Japón-Bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación, p. 27.

²⁰ *Japón-Bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación, p. 27.

²¹ *Canadá-Publicaciones*, Informe del Órgano de Apelación, p. 22.

²² *Canadá-Publicaciones*, Informe del Órgano de Apelación, pp. 22 y 23.

5. *Productos similares*

En el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 2 del artículo III (primera frase), las obligaciones sólo se aplican cuando los productos importado y nacional sean “productos similares”. La determinación de si dos productos son “similares” se hace caso por caso.²³ Bajo el GATT de 1947, el *Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera* estableció tres criterios generales para determinar si dos productos son “productos similares” en las diversas disposiciones del GATT de 1947 que usan este término: (1) el uso final de un producto en un mercado determinado; (2) los gustos y hábitos del consumidor, que cambian de país a país, y (3) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos.²⁴ Estos criterios se han aplicados en casi todos los informes de grupos especiales del GATT adoptados después del *Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera*.²⁵ Sin embargo, esta lista de criterios no se consideraba cerrada, y otros criterios también podrían ser pertinentes en otros casos.²⁶

En el contexto de los párrafos 2 y 4 del artículo III, el Órgano de Apelación ha aplicado cuatro criterios para determinar caso por caso si dos productos son “similares”: (1) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; (2) el uso final de un producto en un mercado determinado; (3) los gustos y hábitos del consumidor, que cambian de país a país, y (4) la clasificación arancelaria uniforme de los productos.²⁷ En casos donde hay un producto nacional, pero no hay un producto importado (por ejemplo, porque la medida en litigio ha prevenido la importación de productos similares), es permisible usar un producto importado hipotético.²⁸ Además, en

²³ Japón – Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 24.

²⁴ Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, IBDD 18S/106, adoptado por las PARTES CONTRATANTES en 1970, párrafo 18.

²⁵ Véase La subvención concedida por Australia al sulfato de amonio, Informe del Grupo Especial del GATT; Medidas de la CEE en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal, Informe del Grupo Especial del GATT; España-Café sin tostar, Informe del Grupo Especial del GATT; Japón-Bebidas alcohólicas I, Informe del Grupo Especial del GATT; y Estados Unidos-Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, Informe del Grupo Especial del GATT.

²⁶ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, página 24.

²⁷ Véase Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación y CE-Amianto, Informe del Órgano de Apelación. Véase también Estados Unidos-Gasolina, Informe del Grupo Especial.

²⁸ Véase Canadá-Publicaciones, Informe del Órgano de Apelación, páginas 20-21 e Indonesia-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 14.113.

casos donde el trato fiscal interno se distingue por el origen de los productos, esta distinción es suficiente para establecer una violación del párrafo 2 del artículo III, sin tener que demostrar la existencia de productos similares.²⁹ Entonces, en tales casos, no es necesario hacer el análisis de los cuatro criterios arriba mencionados.

Aunque los mismos criterios se aplican a la cuestión de si dos productos son similares en el análisis bajo los párrafos 2 y 4 del artículo III, el alcance del término “productos similares” es distinto en los dos párrafos. En el párrafo 2, la primera frase aplica la obligación de trato nacional a productos similares, mientras que la segunda frase la aplica a la categoría más amplia de productos directamente competidores. En contraste, el párrafo 4 sólo aplica la obligación de trato nacional a productos similares. Por esta diferencia contextual, en el asunto *Japón-Bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación concluyó que la definición de “productos similares” de la primera frase del párrafo 2 del artículo III debe interpretarse en sentido más restringido que en el párrafo 4.³⁰ No obstante, en el asunto *CE-Amianto*, el Órgano de Apelación concluyó que, en el párrafo 4, aunque el término “productos similares” es más amplio que el de la primera frase del párrafo 2 del artículo III, no es más amplio que el alcance combinado de las dos frases del párrafo 2 del artículo III.³¹ Si hubiera una diferencia en el alcance de los párrafos 2 y 4, un miembro podría utilizar un reglamento no fiscal (con arreglo al párrafo 4) para proteger la producción nacional de algún producto, pero no un reglamento fiscal (con arreglo al párrafo 2) para lograr los mismos fines.

A pesar de los esfuerzos del Órgano de Apelación por definir el concepto de “productos similares”, aún no queda muy claro cuál es la diferencia en la definición de este término clave en estos dos párrafos del artículo III, ni cómo la definición de “productos similares” podría variar en otros contextos del mismo GATT, como el artículo I del GATT, o en otros acuerdos. Por ejemplo, en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo Antidumping hay una definición de “productos similares”, la

²⁹ Véase *Argentina-Pieles y cueros*, Informe del Grupo Especial, párrafos 11.168-11.170; *Indonesia-Automóviles*, Informe del Grupo Especial, párrafo 14.113; *India-Automóviles*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.174, y *Canadá-Trigo y grano*, Informe del Grupo Especial, párrafo 6.164, nota al pie 246. Véase también *Corea-Carne vacuna*, Informe del Grupo Especial, párrafo 627 (sobre el artículo III:4 del GATT) y *Estados Unidos-Determinados productos procedentes de las CE*, Informe del Grupo Especial, párrafo 6.54 (sobre el artículo I:1 del GATT).

³⁰ *Japón-Bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación, p. 23.

³¹ *CE-Amianto*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 99.

cual debe distinguir el sentido de esta frase de la definición que se usa en el artículo III del GATT.³² Dado que el análisis de producto similar tiene que hacerse caso por caso, y que este análisis depende en gran parte de los hechos específicos, es sólo por medio del desarrollo de la jurisprudencia que la(s) definición(es) de producto similar se irá aclarando. Más abajo, vemos cómo el Órgano de Apelación ha aplicado el concepto de producto similar en el contexto del párrafo 4 del artículo III. Aquí, vemos cómo se ha aplicado en el contexto del párrafo 2, primera frase. Sin embargo, hay algo de repetición en las dos secciones sobre el concepto de “producto similar” en este capítulo, dado que hay interpretaciones generales en la jurisprudencia que se aplican en los dos contextos.

Por ejemplo, en el asunto CE-Amianto, en el contexto del párrafo 4, el Órgano de Apelación rechazó el análisis del Grupo Especial por haber llegado a una conclusión después de considerar la evidencia bajo uno de los cuatro criterios únicamente.³³ Por la falta de evidencia suficiente bajo los demás criterios, el Órgano de Apelación concluyó que Canadá no había cumplido con la carga de prueba y no había establecido una violación del párrafo 4 del artículo III. El fin del análisis de si dos productos son similares bajo estos criterios es determinar su relación de competencia en el mercado importador.³⁴ Dado que se aplican los mismos criterios con arreglo al párrafo 2 del artículo III, el demandante tendría que presentar evidencia sobre cada criterio en el contexto del párrafo 2, al igual que en el párrafo 4.

A. Propiedades, naturaleza y calidad de los productos

En el asunto México-Impuestos sobre refrescos, el Grupo Especial aplicó este criterio al azúcar de remolacha y el azúcar de caña, concluyendo que eran productos similares al final de su análisis de los cuatro criterios. Considerando sus propiedades físicas y composición química, el azúcar de remolacha y el azúcar de caña son formas de sacarosa (una combinación de glucosa

³² Véase el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, nota al pie 46, y el Acuerdo Antidumping, artículo 2.6. Estos dos acuerdos utilizan la misma definición: “En todo el presente Acuerdo se entenderá que la expresión ‘producto similar’ (‘like product’) significa un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.”

³³ CE-Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 109.

³⁴ CE-Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 99.

y fructosa enlazadas) de estructura molecular idéntica. La diferencia principal entre estas dos formas de azúcar es la fuente de donde provienen, es decir, el azúcar de remolacha y el azúcar de caña, respectivamente. Tanto el azúcar de remolacha como la de caña son edulcorantes nutritivos o edulcorantes con contenido calórico (a diferencia de los edulcorantes no nutritivos o no calóricos, como la sacarina).³⁵

En el mismo asunto, el Grupo Especial consideró las características físicas de los refrescos y jarabes endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña, por un lado, y refrescos y jarabes endulzados con azúcar de caña, por otro, concluyendo que eran prácticamente idénticos. Su apariencia física es la misma. Resultan prácticamente indistinguibles para el cuerpo humano, puesto que contienen una cantidad similar de calorías y se digieren y absorben de la misma manera. Dado que los edulcorantes calóricos distintos del azúcar de caña (jarabe de maíz de alta fructosa o JMAF y azúcar de remolacha) y del azúcar de caña tienen una composición química muy similar, los refrescos y jarabes endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña y los endulzados con azúcar de caña tienen casi la misma composición química. En países como México y los Estados Unidos, no es posible, por lo general, distinguir ambos tipos de refrescos y jarabes en función del etiquetado de los ingredientes, puesto que unos y otros incluyen, por lo general, los mismos ingredientes en su etiqueta.³⁶

B. Uso final de un producto en un mercado determinado

Según el Órgano de Apelación, el análisis bajo este criterio, en el contexto del párrafo 4, tiene que considerar el cuadro completo de los distintos usos finales de un producto para poder evaluar en qué grado los productos comparten usos finales similares; no basta considerar sólo parte de las aplicaciones de un producto. También hay que considerar los usos finales que sean diferentes.³⁷ Sin embargo, en el contexto del párrafo 2, en el asunto México-Impuestos sobre refrescos, el Grupo Especial limitó su análisis de la similitud de azúcar de remolacha y el azúcar de caña bajo este criterio al uso final específico de que se trataba en ese asunto; es decir, la producción de refrescos y jarabes, dónde pueden utilizarlos indistintamente y la elección

³⁵ México-Impuestos sobre refrescos, Informe del Grupo Especial, párrafos 8.30 y 8.31.

³⁶ México-Impuestos sobre refrescos, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.131.

³⁷ CE-Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 119.

entre ellos se basa en la disponibilidad y el precio.³⁸ Hizo su análisis sobre la similitud de azúcar de caña y el jarabe de maíz de alta fructosa (JMAF) de la misma manera.³⁹

C. Gustos y hábitos del consumidor

Dado que el análisis de producto similar se trata de la relación de competencia entre dos productos en el mercado donde se da la discriminación, y dado que los gustos y hábitos del consumidor cambian de país a país, es lógico concluir que este criterio se refiere a los consumidores del país importador (o de la unión aduanera, en su caso). Sin embargo, en un mercado donde haya obstáculos reglamentarios o fiscales al comercio o a la competencia, es posible que exista una demanda latente de un producto. En tales casos, se 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.⁴⁰

En el asunto México-Impuestos sobre refrescos, el Grupo Especial limitó su análisis de la similitud del JMAF y el azúcar de caña bajo este criterio a los consumidores inmediatos de los edulcorantes —los productores industriales de refrescos y jarabes—. ⁴¹ Hubo evidencia de que estos productores consideran que el JMAF y el azúcar de caña son completamente intercambiables y que están dispuestos a sustituir el azúcar de caña por JMAF si se reducen los costos. Además, la demanda de JMAF subía y bajaba con el nivel de demanda de refrescos carbonatados. En México, la demanda de JMAF bajó entre los productores de refrescos después de la introducción del impuesto sobre refrescos que utilizaban el JMAF, mientras que la demanda no cambió entre los productores de otros productos que no fueron afectados por el impuesto (jugos de frutas y verduras y hortalizas). Finalmente, un envasador en México podía utilizar distintas mezclas de JMAF y azúcar de caña sin modificar las etiquetas, y el consumidor no sabrá cuál es la que se utiliza. Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que el edulcorante concreto que se utilice no es un factor que los consumidores mexicanos tienen en cuenta al elegir un refresco o jarabe.

³⁸ México-Impuestos sobre refrescos, Informe del Grupo Especial, párrafos 8.32 y 8.33. No se apeló las conclusiones del Grupo Especial bajo el artículo III del GATT.

³⁹ México-Impuestos sobre refrescos, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.71.

⁴⁰ CE-Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 123. Véase también Corea-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación.

⁴¹ México-Impuestos sobre refrescos, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.72.

D. Clasificación arancelaria uniforme de los productos

La clasificación arancelaria ha servido de criterio para determinar los “productos similares” en varios informes adoptados de los grupos especiales.⁴² Sin embargo, según el Órgano de Apelación, debe ser lo bastante detallada para servir como evidencia de similitud de productos y es arriesgado utilizar consolidaciones arancelarias demasiado amplias para determinar similitud de los productos.⁴³ No obstante, se ha usado el nivel de capítulo del Sistema Armonizado bajo este criterio cuando los productos tenían números de partidas diferentes.⁴⁴ Mientras las consolidaciones arancelarias pueden servir de orientación para identificar los “productos similares”, no indica necesariamente que haya una similitud entre los productos abarcados por una consolidación, sino que refleja más bien los resultados de las concesiones comerciales negociadas entre los Miembros de la OMC. Entonces, la clasificación arancelaria no puede ser un criterio determinante.

6. La segunda frase del párrafo 2 del artículo III

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”. La categoría de productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí es más amplia. Mientras que los productos perfectamente sustituibles entre sí están comprendidos en la primera frase del párrafo 2 del artículo III, los productos imperfectamente sustituibles entre sí pueden considerarse comprendidos en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.⁴⁵

La segunda frase del párrafo 2 del artículo III y la correspondiente Nota Interpretativa tienen un valor jurídico equivalente. A diferencia de la primera frase del párrafo 2, la segunda frase remite expresamente al párrafo

⁴² Véase Medidas de la CEE en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal, Informe del Grupo Especial del GATT y Japón – Bebidas alcohólicas I, Informe del Grupo Especial del GATT.

⁴³ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 25.

⁴⁴ México-Impuestos sobre refrescos, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.75.

⁴⁵ Corea-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 118.

1 del artículo III.⁴⁶ La nota interpretativa aclara el significado del texto de la segunda frase. En la segunda frase, se analiza tres cuestiones para determinar si una medida impositiva interna es incompatible: (1) si los productos importados y los productos nacionales son productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente y que compiten entre sí; (2) si los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí no están sujetos a un impuesto similar, y (3) si se aplican impuestos diferentes a los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí de manera que se proteja la producción nacional.⁴⁷ Estas tres cuestiones distintas deben ser presentadas por separado por el demandante para que un grupo especial pueda constatar que una medida fiscal es incompatible con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.⁴⁸

A. Productos directamente competidores o sustituibles

Aún si los productos importados y los productos nacionales no son “productos similares” bajo la primera frase del párrafo 2 del artículo III, pueden ser productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí bajo la segunda frase del párrafo 2. Como ocurre con los “productos similares” en el caso de la primera frase, la determinación de si los productos en cuestión son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí a los efectos de la segunda frase se hace caso por caso.⁴⁹

En el asunto Japón-Bebidas alcohólicas II, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial que la determinación de si productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí se puede basar en no sólo criterios tales como las características físicas, los usos finales comunes y las clasificaciones arancelarias, sino también la relación de competencia en los mercados pertinentes. La elasticidad de sustitución en esos mercados es un elemento que se examina para determinar si los productos tuvieran o no un mismo uso final.⁵⁰ Sin embargo, mientras el análisis económico cuantitativo puede ser útil como prueba de la relación entre

⁴⁶ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 28.

⁴⁷ Véanse Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, pp. 28 y 29, y Chile-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación.

⁴⁸ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 29.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

los productos en cuestión, no se considera necesario presentar este tipo de pruebas.⁵¹

La expresión “directamente competidores o directamente sustituibles entre sí” describe la relación de competencia entre un producto importado y un producto nacional en el mercado. Dado que la relación de competencia evoluciona, no se limita el análisis de la relación de competencia entre los productos a las preferencias actuales de los consumidores. Según el Órgano de Apelación, los consumidores pueden considerar que dos productos no sean sustitutos hoy; no obstante, con la evolución del mercado, pueden ser sustituidos el uno por el otro en el futuro.⁵² En un mercado donde haya obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia, es posible que exista una demanda latente.⁵³ Si uno podría basarse solamente en los casos actuales de sustitución, el objeto y fin del párrafo 2 del artículo III podría frustrarse mediante los impuestos que este párrafo quiere prohibir.⁵⁴ Entonces, la expresión “directamente competidor o que puede sustituirlo directamente” no impide tener en cuenta pruebas de la demanda latente del consumidor como un factor al evaluar la relación de competencia entre productos importados y nacionales en el marco del párrafo 2 del artículo III, segunda frase.⁵⁵

En la segunda frase del párrafo 2 del artículo III casi siempre es necesario agrupar productos con alguna variación en la composición, calidad, función y precio y, en consecuencia, suelen dar lugar a subcategorías. Según el Órgano de Apelación, “agrupar” productos entraña como mínimo una caracterización preliminar que determinados productos son lo suficientemente similares en cuanto a, por ejemplo, su composición, calidad, función y precio, como para justificar que se les trate como un grupo a los efectos del análisis. Sin embargo, todavía hay que hacer una evaluación con respecto a si los integrantes de un grupo de productos importados son directamente competidores o pueden sustituir directamente a los productos nacionales.⁵⁶

La relación entre “productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí” debe estar presente en el mercado de que se trate,

⁵¹ Corea-Bebidas alcohólicas, Informe del Grupo Especial, párrafo 10.42. Véase también La economía cuantitativa en el sistema de solución de diferencias de la OMC, Informe sobre el comercio mundial 2005, http://www.wto.org/spanish/res_s/books/p_s/anrep_s/wtr05-3a_s.pdf.

⁵² Corea-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 114.

⁵³ *Ibidem*, párrafo 115.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 120.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 124.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 142.

dado que la respuesta del consumidor a los productos puede variar según los países. Sin embargo, esto no impide que se considere la conducta del consumidor en un país distinto del país de que se trata. Para examinar el mercado en cuestión, pueden ser pertinentes las pruebas relativas a otros mercados, en particular cuando la demanda en ese mercado ha recibido la influencia de obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia. Si un mercado determinado exhibe características similares al mercado en cuestión, los datos sobre la demanda del consumidor en ese otro mercado pueden tener cierta importancia para el mercado en cuestión. No obstante, esto puede solamente determinarse caso por caso, teniendo en cuenta todos los hechos pertinentes.⁵⁷

B. *Que no esté sujeto a un impuesto similar*

La diferencia impositiva debe ser más que *de minimis* para que se pueda considerar que los productos no están sujetos a un impuesto similar, algo que se determina caso por caso. Si los productos están sujetos a un impuesto similar, no es necesario seguir examinando la cuestión de si el impuesto se ha aplicado “de manera que se proteja la producción nacional”. Pero si esos productos no están sujetos a un impuesto similar, es necesario seguir examinando esta cuestión.⁵⁸

En el asunto Chile-Bebidas alcohólicas, el sistema chileno gravaba todas las bebidas espirituosas sobre la base de su contenido de alcohol y precio. Las bebidas espirituosas con un contenido de alcohol inferior o igual a 35 grados se gravaban con un tipo del 27% *ad valorem*. A partir del tipo del 27% *ad valorem*, el tipo impositivo aumentaba 4 puntos porcentuales por grado de alcohol adicional, hasta un tipo máximo del 47% *ad valorem* para todas las bebidas espirituosas con una graduación superior a 39°. El resultado de este sistema fue que aproximadamente el 75% del volumen total de las bebidas espirituosas producidas en el país se les aplicará un tipo del 27%, mientras que más del 95% del volumen total de las bebidas espirituosas importadas estaban gravados con un tipo del 47% *ad valorem*.⁵⁹ Chile sostuvo que este sistema no aplicaba una tributación diferente porque todas las bebidas alcohólicas destiladas, nacionales o importadas, con el mismo contenido de alcohol, estaban gravadas a un tipo idéntico *ad valorem*. Chile argumentó que, porque no existía una tributación diferente, no se justificaba pasar a la

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 137.

⁵⁸ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 32.

⁵⁹ Chile-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 50.

tercera cuestión de si el sistema chileno se aplicaba “de manera que se proteja” la producción nacional.⁶⁰ Chile no había apelado la constatación del grupo especial de que las bebidas importadas con determinado contenido de alcohol son directamente competidoras o pueden sustituir directamente a otras bebidas alcohólicas destiladas nacionales con un contenido diferente de alcohol.⁶¹

El Órgano de Apelación rechazó el argumento de Chile de que había que hacer la comparación entre el impuesto aplicado a los productos nacionales y el impuesto aplicado a los importados únicamente dentro de cada categoría fiscal. Había que tener en cuenta las diferencias impositivas sobre las bebidas alcohólicas destiladas que tenían distintas graduaciones alcohólicas y que se encuentran en diferentes categorías fiscales por este hecho. El Órgano de Apelación razonó que, si se aceptara el argumento de Chile, se pasaría por alto el objetivo del artículo III, de facilitar condiciones de competencia iguales para todos los productos importados directamente competidores con los productos nacionales o que pueden sustituirlos directamente. El examen relacionado con la cuestión de “impuesto similar” no se podía limitar a las bebidas de un determinado contenido de alcohol, que correspondan a determinada categoría fiscal, sino que comprendía todas las bebidas alcohólicas destiladas incluidas en cada una de las categorías fiscales previstas en el sistema chileno. Desde esta perspectiva, la carga fiscal que gravaba a los productos importados, que en su mayoría estaban sujetos a un tipo impositivo del 47%, sería más pesada que la carga que grava a los productos nacionales, que en su mayoría estaban sujetos a un tipo impositivo del 27%. Entonces, los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí no estaban sujetos “a un impuesto similar”, en el sentido de la Nota al párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994.⁶²

Mientras el Órgano de Apelación no ha determinado un nivel *de minimis* preciso que cumpla con este criterio, el efecto del impuesto sobre la relación de competencia en el mercado puede ser pertinente para determinar esta cuestión en un caso determinado. En el asunto Canadá-Publicaciones, el impuesto en litigio cumplió con este criterio por tener la cuantía suficiente para impedir la producción y venta de publicaciones periódicas con ediciones separadas en el Canadá.⁶³

⁶⁰ Chile-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación, párr. 46 y 51.

⁶¹ *Ibidem*, párrafo 52.

⁶² *Ibidem*, párrafos 52–54.

⁶³ Canadá-Publicaciones, Informe del Órgano de Apelación, p. 34.

C. *De manera que se proteja la producción nacional*

La cuestión de si una medida fiscal se aplica “de manera que se proteja la producción nacional” no se trata de una cuestión de la intención que tienen los legisladores. No es pertinente que el proteccionismo fuera o no un objetivo pretendido.⁶⁴ Es una cuestión de cómo se aplica la medida de que se trata.⁶⁵ Su aplicación con fines de protección puede discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. La propia magnitud de la diferencia impositiva puede constituir prueba de esa aplicación protectora. Otros factores pueden ser pertinentes también en otros casos, según las circunstancias.⁶⁶

En el asunto Japón-Bebidas alcohólicas I, el grupo especial constató que los siguientes factores eran “prueba suficiente de distorsiones fiscales de la relación de competencia entre las bebidas alcohólicas destiladas importadas y el shochu nacional que protegían la producción de shochu” (una bebida alcohólica japonesa): (1) la aplicación al shochu de tipos impositivos específicos considerablemente inferiores a los aplicados a los productos importados directamente competidores o directamente sustituibles; (2) la aplicación de altos impuestos *ad valorem* a las bebidas alcohólicas importadas y la ausencia de impuestos *ad valorem* sobre el shochu; (3) el hecho de que el shochu fuera casi exclusivamente de producción japonesa y de que la menor carga fiscal sobre él “protege la producción nacional”, y (4) la posibilidad de sustitución mutua de esas bebidas alcohólicas.⁶⁷ El grupo especial llegó a la conclusión de que “la aplicación al shochu por el Japón de impuestos interiores considerablemente más bajos que los aplicados a otras bebidas alcohólicas destiladas directamente competidoras o que podrían sustituirlo directamente tenía efectos de distorsión del comercio que protegían la producción nacional de shochu en contra de lo dispuesto en el párrafo 1 y la segunda frase del párrafo 2 del artículo III”.⁶⁸

En el asunto Canadá-Publicaciones, Canadá aplicaba un régimen fiscal a las llamadas publicaciones periódicas “con ediciones separadas”—revistas extranjeras que publicaban ediciones canadienses con anuncios para el mercado canadiense— además de las ediciones en su mercado nacional

⁶⁴ Véase Chile-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 71, y Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 34.

⁶⁵ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, pp. 32 y 33.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁷ Japón-Bebidas alcohólicas I, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.11.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 5.11.

donde también tenían ingresos por la publicidad dirigida a ese mercado (en general, de los Estados Unidos). Por estos ingresos en el mercado nacional, una revista extranjera podía cobrar tarifas más bajas para publicidad en el mercado canadiense que las revistas canadienses, las cuales dependían del mercado canadiense para sus ingresos. Además de la medida fiscal, el Canadá tenía una prohibición a la importación de determinadas publicaciones periódicas y aplicaba una tarifa postal especial a revistas canadienses, y otra tarifa más alta a revistas extranjeras. El Órgano de Apelación concluyó que el diseño y la estructura de la medida fiscal canadiense protegía la producción de revistas canadienses por: (1) la magnitud de la diferencia impositiva; (2) las diversas declaraciones del gobierno de Canadá acerca de los objetivos explícitos de política que se persiguen con la introducción de la medida, y (3) su efecto demostrado de protección efectiva.⁶⁹

En el asunto Chile-Bebidas alcohólicas, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que el diseño, la arquitectura y la estructura del sistema chileno revelaban que la aplicación de una tributación diferente a productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí “[protegerá] la producción nacional”. En la práctica, la estructura del sistema chileno aplicaba la tasa más baja a la graduación alcohólica de la gran mayoría de la producción nacional, mientras la tasa más alta correspondía al nivel de la mayoría de los productos importados. La gran magnitud de las diferencias impositivas dentro de un estrecho margen de diferencias físicas (de 35 a 39 grados de alcohol) era considerable.⁷⁰ En la segunda frase del párrafo 2 del artículo III, se analiza la relación entre las características estructurales observables de la medida con sus propósitos declarados para evaluar si la aplicación de la medida protegía o no la producción nacional. Sin embargo, no se examina si la medida es necesaria para alcanzar sus objetivos o propósitos declarados.⁷¹

7. *El párrafo 4 del artículo III*

El alcance del párrafo 4 del artículo III es más amplio que el alcance del párrafo 2 del artículo III. El párrafo 4 exige el trato nacional para los productos similares importados “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 inte-

⁶⁹ Canadá-Publicaciones, Informe del Órgano de Apelación, p. 36.

⁷⁰ Chile-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 66.

⁷¹ *Ibidem*, párrafo 72.

rior”. La palabra “afecte” ayuda a definir los tipos de medidas que deben ajustarse a la obligación establecida en el párrafo 4.⁷² Por ejemplo, en el asunto CE-Bananos III, el Órgano de Apelación concluyó que el párrafo 4 del artículo III era aplicable al procedimiento y las prescripciones para la distribución de las licencias de importación del banano dentro de las Comunidades Europeas porque estas normas afectan a “la venta, la oferta para la venta, la compra... en el mercado interior”.⁷³

La frase “cualquier ley, reglamento o prescripción” tiene un alcance tan amplio como el término “medida”.⁷⁴ Una medida puede estar sujeta al párrafo 4 del artículo III aun cuando la medida no es obligatoria. Por ejemplo, en el asunto Canadá-Automóviles, el Grupo Especial concluyó que el párrafo 4 podía aplicarse a una medida que imponía una condición para tener derecho a una ventaja en la importación de bienes, pero que no era obligatoria por los que no buscaban la ventaja.⁷⁵ Sin embargo, todavía no queda claro si una medida tiene que requerir un trato menos favorable para ser incompatible con el párrafo 4.⁷⁶ El término “prescripción” puede incluir obligaciones vinculantes, pero también obligaciones que una empresa acepta para conseguir ventajas del gobierno.⁷⁷

Hay dos elementos que deben establecerse antes de que se pueda declarar que una medida es incompatible con el párrafo 4 del artículo III: que hay “productos similares” y que el producto similar importado recibe un “trato menos favorable”. Incluso si dos productos son “similares”, no significa que una medida sea incompatible con este párrafo. Un miembro reclamante debe aún demostrar que la medida concede al grupo de productos importados “similares” “un trato menos favorable” que el que concede al grupo de productos “similares” de origen nacional. La expresión “trato menos favorable” expresa el principio general, enunciado en el párrafo 1 del artículo III, de que los reglamentos interiores “no deberían aplicarse...de

⁷² Estados Unidos-EVE (artículo 21.5-CE), Informe del Órgano de Apelación, párrafos 208-210. Véase también Canadá-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 10.80 y 10.84-10.85; CE-Banano III, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 220; India-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.306.

⁷³ CE-Banano III, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 211.

⁷⁴ Japón-Películas, Informe del Grupo Especial, párrafo 10.376.

⁷⁵ Canadá-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 10.73.

⁷⁶ Canadá-Trigo y grano, Informe del Grupo Especial, párrafo 6.184.

⁷⁷ India-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.190. Véase también Canadá-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafos 10.106-10.107; Canadá-FIRA, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.4, y CEE-Piezas y componentes, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.21.

manera que se proteja la producción nacional”. Si existe un “trato menos favorable” del grupo de productos importados “similares”, el efecto es de proteger a los productos similares nacionales.⁷⁸

En el asunto Corea-Carne vacuna, el Órgano de Apelación constató que una diferencia formal de trato entre los productos importados y los productos nacionales similares no es ni necesaria ni suficiente para demostrar una violación del párrafo 4 del artículo III. Hay que evaluar si se ha dado o no a los productos importados un trato “menos favorable” que a los productos nacionales similares examinando si una medida modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados.⁷⁹ En ese caso, la medida coreana separaba formalmente la venta de carne vacuna importada y de la carne vacuna nacional. Sin embargo, el Órgano de Apelación concluyó que esa separación formal, en sí, no impone necesariamente la conclusión de que este trato a la carne vacuna importada sea menos favorable que el trato otorgado a la carne vacuna nacional. Había que determinar si el sistema dual de venta que Corea aplicaba a la carne vacuna modificaba o no las condiciones de competencia en el mercado coreano en desventaja del producto importado.⁸⁰

Sin embargo, el párrafo 4 del artículo III no exige que se considere separadamente si una medida protege la producción nacional. Mientras que el párrafo 1 del artículo III informa a los párrafos 2 y 4, lo hace de una forma distinta en cada párrafo. En el párrafo 2 del artículo III, primera frase, no se refiere concretamente al párrafo 1 del artículo III, a diferencia de la segunda frase. En el párrafo 4 del artículo III, no se refiere concretamente al párrafo 1 del artículo III tampoco. Por eso, en el artículo III, la considera-

⁷⁸ CE-Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 100.

⁷⁹ Corea-Carne vacuna, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 137. Véase también Estados Unidos-Gasolina, Informe del Grupo Especial, párrafo 6.10 y 6.25; Japón-Películas, Informe del Grupo Especial, párrafo 10.379; Estados Unidos-Artículo 337, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.11; Canadá-Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafos 5.12-5.14 y 5.30-5.31; Estados Unidos-Bebidas derivadas de la malta, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.30; Estados Unidos-Gasolina, Informe del Grupo Especial, párrafo 6.10; Canadá-Publicaciones, Informe del Grupo Especial, p. 75; y CE-Bananas III, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.179-7.180.

⁸⁰ Corea-Diversas medidas que afectan a la carne vacuna, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 144.

ción de si una medida protege a la producción sólo forma parte del análisis bajo la segunda frase del párrafo 2.⁸¹

8. *Productos similares*

Según el Órgano de Apelación, al interpretar la expresión “productos similares” del párrafo 4 del artículo III, en primer lugar debemos fijarnos en el “principio general” del párrafo 1 del artículo III, y no en la expresión “productos similares” del párrafo 2 del artículo III, ya que el párrafo 1 expresa el “principio general” que informa esa disposición.⁸² Mientras la interpretación de la frase “productos similares” en otras disposiciones del GATT (o de otros acuerdos abarcados) son pertinentes para interpretar el párrafo 4 del artículo III, el significado de esta frase en el párrafo 4 no tiene por qué ser idéntico a esas otras interpretaciones.⁸³ La expresión “productos similares” del párrafo 4 del artículo III tiene un alcance relativamente amplio en cuanto a los productos que comprende, comparado con la primera frase del párrafo 2, pero no más amplio que el alcance que tiene las dos frases del párrafo 2 leídos juntos.⁸⁴

Ahora vemos cada de los cuatro criterios de similitud, siguiendo la misma orden de análisis seguido por el Órgano de Apelación en el asunto CE-Amianto. Hay que examinar la evidencia bajo cada criterio y después considerar toda la evidencia pertinente en su conjunto para determinar si los productos son similares. En el asunto CE-Amianto, el Órgano de Apelación rechazó el análisis del Grupo Especial por haber llegado a una conclusión después de considerar la evidencia bajo uno de los cuatro criterios únicamente.⁸⁵ En ese caso, por la falta de evidencia suficiente bajo los demás criterios, el Órgano de Apelación concluyó que Canadá no había cumplido con la carga de prueba y no había establecido una violación del párrafo 4 del artículo III. El fin del análisis de si dos productos son similares bajo estos criterios es determinar su relación de competencia en el mercado importador.⁸⁶

⁸¹ CE-Banano III, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 216.

⁸² CE-Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 93.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 89.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafos 99 y 100.

⁸⁵ *Ibidem*, párrafo 109.

⁸⁶ *Ibidem*, párrafo 99.

A. *Propiedades, naturaleza y calidad de los productos*

En el asunto CE-Amianto, el Órgano de Apelación, tras notar que este criterio se refiere a las propiedades físicas de los productos, indicó que es importante analizar este criterio plenamente. Mientras este criterio no sea decisivo, “las propiedades físicas de un producto también pueden influir en la manera en que puede utilizarse éste, en las actitudes de los consumidores ante el mismo y en la clasificación arancelaria”.⁸⁷ En ese asunto, subrayó que el análisis de las propiedades físicas no debe confundirse con el análisis de los usos finales, dado que productos que tienen propiedades físicas totalmente diferentes pueden, en algunos casos, ser útiles para usos finales similares o idénticos.⁸⁸ En el asunto CE-Amianto, el Órgano de Apelación, concluyó que las fibras de amianto y las fibras “ACV” no eran similares bajo este criterio por las diferencias en su estructura molecular, su composición química, su propensión a fragmentarse y su efecto sobre la salud humana (su toxicidad); por estas características físicas, mientras el amianto causaba cáncer pulmonar tras su inhalación, el otro producto no.

El Órgano de Apelación concluyó que los efectos sobre la salud humana son pertinentes bajo este primer criterio y también bajo el tercer criterio (los gustos y hábitos del consumidor).⁸⁹ Rechazó el argumento de que esta interpretación del artículo III era inconsistente con la excepción general sobre salud humana en el párrafo b del artículo XX del mismo GATT, citando los propósitos distintos de estos dos artículos.⁹⁰

En los casos en que los productos son físicamente diferentes, es aún más importante aducir pruebas bajo los demás criterios de que existe una relación de competencia para demostrar que los productos son “similares”, dado que hay que considerar todas las pruebas, pro y contra, en su conjunto.⁹¹

B. *Uso final de un producto en un mercado determinado*

Según el Órgano de Apelación, el análisis bajo este criterio tiene que considerar el cuadro completo de los distintos usos finales de un producto para poder evaluar en qué grado los productos compartan usos finales si-

⁸⁷ CE – Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 111.

⁸⁸ *Ibidem*, párrafo 112.

⁸⁹ *Ibidem*, párrafo 113.

⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 115.

⁹¹ *Ibidem*, párrafo 118.

milares; no basta considerar sólo parte de las aplicaciones de un producto. También hay que considerar los usos finales que sean diferentes.⁹²

C. *Gustos y hábitos del consumidor*

Dado que el análisis de producto similar se trata de la relación de competencia entre dos productos en el mercado donde se da la discriminación, y dado que los gustos y hábitos del consumidor cambian de país a país, es lógico concluir que este criterio se refiere a los consumidores del país importador (o de la unión aduanera, en su caso). Sin embargo, en un mercado donde haya obstáculos reglamentarios o fiscales al comercio o a la competencia, es posible que exista una demanda latente de un producto. En tales casos, se pueden 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.⁹³

D. *Clasificación arancelaria uniforme de los productos*

La clasificación arancelaria ha servido de criterio para determinar los “productos similares” en varios informes adoptados de los grupos especiales.⁹⁴ Sin embargo, según el Órgano de Apelación, debe de ser lo bastante detallada para servir como evidencia de similitud de productos y es arriesgado utilizar consolidaciones arancelarias demasiado amplias para determinar similitud de los productos.⁹⁵ No obstante, se ha usado el nivel del capítulo del Sistema Armonizado bajo este criterio cuando los productos tenían números de partidas diferentes.⁹⁶ Mientras las consolidaciones arancelarias pueden servir de orientación para identificar los “productos similares”, no indica necesariamente que haya una similitud entre los productos abarcados por una consolidación, sino que refleja más bien los resultados de las

⁹² CE – Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 119.

⁹³ *Ibidem*, párrafo 123. Véase también Corea-Bebidas alcohólicas, Informe del Órgano de Apelación.

⁹⁴ Véase CEE-Proteínas destinadas a la alimentación animal, Informe del Grupo Especial del GATT, y Japón-Bebidas alcohólicas I, Informe del Grupo Especial del GATT.

⁹⁵ Japón-Bebidas alcohólicas II, Informe del Órgano de Apelación, p. 25.

⁹⁶ México-Impuestos sobre refrescos, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.75.

concesiones comerciales negociadas entre los miembros de la OMC. Entonces, la clasificación arancelaria no puede ser un criterio determinante.⁹⁷

9. *El párrafo 8 del artículo III*

El párrafo 8 del artículo III contiene excepciones a las obligaciones del artículo III. En el asunto *Canadá-Publicaciones*, el Órgano de Apelación interpretó el párrafo 8 (b) del artículo III para aplicar únicamente al pago de subvenciones que entraña el desembolso de ingresos por parte de un gobierno. Después de notar que los trabajos preparatorios del GATT indicaban que el párrafo 8 (b) no aplicaba a las reducciones o exenciones fiscales, el Órgano de Apelación concluyó que, por la misma lógica, no aplicaba a las reducciones en tarifas postales canadienses.⁹⁸ En el asunto *Indonesia-Automóviles*, el Grupo Especial rechazó el argumento de Indonesia de que aplicaba la excepción del párrafo 8 (b) a exenciones fiscales que Indonesia concedía a los automóviles producidos en el país. Indonesia argumentó que la palabra subvenciones debe interpretarse según la definición de subvención en el artículo 1 del acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, la cual daría como resultado que ninguna subvención que cumpliera con esa definición no estaría sujeta al artículo III del GATT.⁹⁹ Antes de notar que en los trabajos preparatorios también se había rechazado la interpretación propuesta por Indonesia, el Grupo Especial dio la siguiente interpretación:

Consideramos que el objeto del párrafo 8 (b) del artículo III es confirmar que las subvenciones a los productores no vulneran el artículo III siempre que no incluya un componente que establezca una discriminación entre productos importados y nacionales. A nuestro parecer, con la expresión “concesión de subvenciones exclusivamente a los productores nacionales” se pretende indicar claramente que sólo deben considerarse subvenciones a los efectos del párrafo 8 (b) del artículo III del GATT las subvenciones concedidas a los productores, y no la discriminación fiscal u otras formas de discriminación con respecto a los productos.¹⁰⁰

⁹⁷ Véase también la sección anterior sobre el principio de la nación más favorecida.

⁹⁸ *Canadá-Publicaciones*, Informe del Órgano de Apelación, p. 39.

⁹⁹ Véase *Indonesia-Automóviles*, Informe del Grupo Especial, párrafos 14.41-14.45.

¹⁰⁰ *Indonesia-Automóviles*, Informe del Grupo Especial, párrafo 14.43. Véase también *CEE-Semillas oleaginosas y proteínas*, Informe del Grupo Especial del GATT;

10. *La relación entre el artículo III y los demás artículos del GATT*

En la jurisprudencia, todavía no se ha definido con mucho detalle la relación entre el artículo III y los demás artículos del GATT. En parte, esto es porque los grupos especiales y el Órgano de Apelación aplican el principio de economía procesal, lo cual implica que no se va más allá de lo necesario para solucionar la diferencia. Por ejemplo, en el asunto *Estado Unidos-Gasolina*, el grupo especial no examinó una reclamación bajo el artículo I, dado que ya había concluido que había una violación del artículo III.¹⁰¹ Un tema relacionado con el principio de economía procesal es la cuestión de cuál artículo examinar primero. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos-Ley antidumping de 1916*, había reclamaciones bajo el artículo III y el artículo VI. El Grupo Especial no examinó la reclamación bajo el artículo III porque determinó que la ley violaba el artículo VI y después aplicó economía procesal. El grupo especial aplicó el artículo VI primero porque se aplica específicamente al dumping, mientras que el artículo III se aplicaba al tema más general de medidas internas, siguiendo el principio general del derecho internacional de *lex specialis derogat legi generali*.¹⁰²

La relación entre el artículo III y el artículo XI (restricciones cuantitativas) también ha surgido en unos asuntos. En el asunto *India-Automóviles*, el grupo especial notó que la diferencia en el alcance de estos dos artículos es que el artículo XI se aplica a la importación de productos, mientras que el artículo III se aplica a los productos importados. Si se interpretara al artículo XI para también aplicarse a las medidas internas, el artículo III sería superfluo, en parte.¹⁰³ Sin embargo, aspectos diferentes de una medida pueden afectar a las oportunidades competitivas de las importaciones de maneras diferentes, para que caigan dentro del ámbito de los dos artículos.

Italia-Maquinaria agrícola, Informe del Grupo Especial del GATT; Estados Unidos-Bebidas derivadas de la malta, Informe del Grupo Especial del GATT, y Canadá-Publicaciones, Informe del Órgano de Apelación.

¹⁰¹ Estado Unidos-Gasolina, Informe del Grupo Especial, párrafo 6.19.

¹⁰² Estados Unidos-Ley antidumping de 1916 (CE), Informe del Grupo Especial, párrafos 6.76-6.78. Véase también Estados Unidos-Ley antidumping de 1916 (Japón), Informe del Grupo Especial, párrafos 6.268-6.272; CE-Bananas III, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 204 (aplicando el Acuerdo sobre Licencias de importación antes del GATT); y el asunto el asunto *Serbian Loans*, Corte Permanente Internacional de Justicia (1929), PCIJ Series A, No. 20/21, p. 30.

¹⁰³ India-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.220. Véase también CE-Amianto, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.91, y Canadá-FIRA, Informe del Grupo Especial del GATT, párrafo 5.14.

Cuando una medida afecta a las oportunidades competitivas en el mercado nacional cabe dentro del artículo III, mientras que las medidas que afectan a la oportunidad para la importación en sí, cabe dentro del artículo XI.¹⁰⁴

En el asunto CE-Amianto, el Órgano de Apelación analizó la relación entre el párrafo 4 del artículo III y el párrafo b del artículo XX. Rechazó el razonamiento del Grupo Especial de que tener en cuenta los riesgos para la salud para decidir si productos son similares, en el marco del párrafo 4 del artículo III, privaría de su utilidad al párrafo (b) del artículo XX del GATT:

El párrafo 4 del artículo III y el apartado (b) del artículo XX son disposiciones del GATT de 1994 distintas e independientes, y cada una de ellas debe ser interpretada en sí misma. El alcance y significado del párrafo 4 del artículo III no debe ampliarse o restringirse más allá de lo que prescriben las normas jurídicas internacionales consuetudinarias normales de interpretación de los tratados, simplemente porque exista el párrafo (b) del artículo XX, y éste pueda invocarse para justificar medidas incompatibles con el párrafo 4 del artículo III. El hecho de que una interpretación de este último párrafo, conforme a las citadas normas, implique un recurso menos frecuente al apartado (b) del artículo XX, no priva a la excepción establecida en este apartado de *effet utile*. El apartado (b) del artículo XX sólo quedaría privado de *effet utile* si esa disposición no pudiera invocarse para permitir a un Miembro “adoptar o aplicar” medidas “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas”. El hecho de que se aprecien las pruebas relativas a los riesgos para la salud derivados de las propiedades físicas de un producto, no impide que una medida que sea incompatible con el párrafo 4 del artículo III se justifique en el marco del apartado (b) del artículo XX. Señalamos, a este respecto, que lo que ha de investigarse en relación con estos dos artículos muy diferentes es distinto. Con arreglo al párrafo 4 del artículo III, las pruebas relativas a los riesgos para la salud pueden ser pertinentes para evaluar la relación de competencia en el mercado entre productos que se alega que son “similares”. Las mismas pruebas u otras análogas, sirven para un propósito diferente en el marco del apartado (b) del artículo XX: el de apreciar si un miembro tiene motivos suficientes para “adopt[ar] o apli[car]” una medida incompatible con las obligaciones dimanantes de la OMC, por razones vinculadas con la salud humana.¹⁰⁵

La cuestión de la relación entre el artículo III y los demás artículos del GATT es pertinente a una cuestión importante que todavía no se resuelve en la jurisprudencia —la cuestión de si el GATT permite restricciones co-

¹⁰⁴ India-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.224 y 7.296.

¹⁰⁵ CE-Amianto, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 115.

merciales basadas en los métodos y procesos que se usan para producir un producto, pero que no afectan al producto en sí—. Esta cuestión tiene relevancia para el debate sobre el uso de restricciones comerciales que tienen como fin afectar a las políticas ambientales y laborales en otros países miembros. ¿Sería pertinente el impacto ambiental de la producción de un producto al análisis de si productos son similares bajo el artículo III?, ¿Es una cuestión por resolverse en los artículos III, XI o XX del GAT? Hay mucha literatura académica sobre estas cuestiones.¹⁰⁶ Dado que el análisis jurídico es diferente bajo artículos diferentes, es una cuestión académica que tiene importantes implicaciones en la práctica.

III. TRATO NACIONAL EN EL AGCS

1. *Introducción*

La Parte III del AGCS contiene las obligaciones sobre los compromisos específicos. El artículo XVI se trata del acceso a los mercados a través de los cuatro modos de suministro del artículo I del AGCS. En virtud del artículo XVII, el trato nacional es negociable, dado que sólo aplica en los sectores donde los miembros hayan contraído compromisos específicos y que está sujeto a las limitaciones que los miembros pueden poner en sus listas.

2. *Trato nacional (artículo XVII)*

El artículo XVII dispone lo siguiente:

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

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, Bradley J. Condon, *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law* (Transnational Publishers, 2006); Sanford E. Gaines, 'Processes and Production Methods: How to Produce Sound Policy for Environmental PPM-Based Trade Measures?' (2002), 27 *Columbia Journal of Environmental Law* 383; y Robert Howse y Donald Regan, "The Product/Process Distinction-An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy" (2000) 11 *European Journal of International Law* 249.

que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.¹⁰⁷

2. Todo Miembro podrá cumplir lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.

3. Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro miembro.

En el asunto CE-Bananas III, el Grupo Especial hizo su análisis bajo el artículo VII del AGCS de la siguiente forma:

El artículo XVII del AGCS constituye 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....

Para determinar la existencia de una infracción de la obligación de trato nacional que prescribe el artículo XVII, es necesario demostrar tres puntos: i) que la CE ha asumido un compromiso en un sector y un modo de suministro pertinentes; ii) que la CE 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 de la propia CE.

Por lo que respecta al primer punto, recordamos que la CE ha consolidado el subsector de los servicios comerciales al por mayor en lo que se refiere al suministro transfronterizo de servicios y mediante la presencia comercial sin condiciones ni reservas en el sentido del párrafo 1 del artículo XVII (párrafo 7.306).

En cuanto al segundo punto, es decir, si las medidas de la CE en aplicación de las normas relativas a categorías de operadores constituyen medidas que afecten al suministro de servicios, recordamos que hemos constatado que las palabras “que afecten” deben interpretarse en un sentido amplio (párrafos 7.277 y siguientes). A esta relación, señalamos también que el suministro transfronterizo de servicios o la presencia comercial están definidos de mane-

¹⁰⁷ La nota al pie 10 dispone lo siguiente: “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.”

ra que incluyen la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de tales servicios. Como consecuencia, en nuestra opinión, las medidas de la CE, y más específicamente las normas relativas a categorías de operadores, son medidas que afectan al comercio de servicios de los reclamantes en el sentido del AGCS.

Pasamos ahora al tercer punto que debe demostrarse para determinar la existencia de una infracción del artículo XVII, es decir, un trato menos favorable de los proveedores de servicios de otro miembro que el trato que se dispensa a sus propios proveedores de servicios similares. Hay cuatro cuestiones preliminares 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; y iv) en qué medida los servicios y proveedores de servicios de origen diferente son similares.¹⁰⁸

El análisis del concepto de similitud del Grupo Especial en el asunto *CE-Bananos* no fue muy detallado:

Cuarto, en nuestra opinión, 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 [Clasificación Central Provisional de Productos], 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 no tradicional, de otro. Efectivamente, parece que cada una de las diferentes actividades de servicios consideradas por separado son virtualmente la misma y sólo pueden distinguirse haciendo referencia al origen del banano respecto del cual se está ejecutando la actividad de servicio. De la misma manera, a nuestro juicio, en la medida en que las entidades suministran esos servicios similares, son también proveedores de servicios similares.¹⁰⁹

En el asunto *Canadá-Automóviles*, el Grupo Especial utilizó el mismo tipo de análisis que el Grupo Especial en el asunto *CE-Bananos III* para concluir que, en la medida en que los proveedores de servicios involucrados suministran los mismos servicios, deben considerarse “similares” en el con-

¹⁰⁸ CE-Bananos III, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.305 y 7.314-7.317. Véase también CE-Bananos III, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 241-244.

¹⁰⁹ CE-Bananos III, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.322. El Órgano de Apelación aceptó este análisis sin desarrollarlo más.

texto del artículo II del AGCS.¹¹⁰ La expresión “trato no menos favorable” del párrafo 1 del artículo II del AGCS se interpreta para incluir tanto la discriminación *de facto* como la discriminación *de jure*.¹¹¹

Según el Órgano de Apelación, el objeto y efecto de una medida no son pertinentes a la determinación de si la medida en cuestión es incompatible con el artículo XVII del AGCS.¹¹² Sin embargo, no toda la doctrina está de acuerdo con esta conclusión.¹¹³

¿Hasta qué punto se puede aplicar la jurisprudencia del artículo III del GATT al concepto de la similitud en el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS? Mientras el Órgano de Apelación ha aplicado la jurisprudencia sobre las excepciones generales del GATT a las excepciones generales del AGCS, en particular para interpretar la palabra “necesarias”, no ha adoptado el mismo método de análisis para interpretar el concepto de “producto similar”, ni dentro del mismo artículo III del GATT.¹¹⁴ En el asunto *Japón-Bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación habló del acuerdo de la similitud e indicó que la interpretación de este concepto depende del contexto textual en que se encuentra. No obstante, se aplican los mismos cuatro criterios para determinar la similitud bajo el párrafo 2 y el párrafo 4 del artículo III del GATT: 1) las características físicas; 2) los usos finales; 3) los gustos y hábitos de los consumidores, y 4) la clasificación arancelaria. Sin embargo, en el contexto del Acuerdo sobre Subvenciones y el Acuerdo Antidumping, no se interpreta el concepto de “producto similar” de la misma manera que en el artículo III del GATT, y eso, donde se aplica a mercancías en los tres acuerdos. Entonces, es poco probable que se pudiese interpretar el concepto de similitud en el contexto del AGCS de la misma manera que en el contexto del artículo III (o el artículo I) del GATT.

El concepto de la similitud en el artículo XVII del AGCS es a la vez más amplio (se extiende a proveedores y no sólo al servicio) y más limitado

¹¹⁰ Canadá-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 10.236-10.248.

¹¹¹ CE-Bananas III, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 234.

¹¹² CE-Bananas III, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 241. Véase también *Japón-Bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación.

¹¹³ Véase Mireille Cossy, *Determining “likeness” under the GATS: Squaring the circle?*, Documento de trabajo OMC ERSD-2006-08, 26 de septiembre de 2006, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200608_e.pdf, pp. 17 y 18. Véase también Nadja Dorothea Ruiz Euler, *El trato nacional y la nación más favorecida en el Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio*, Documento de trabajo CDEI No. 10, febrero de 2010, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/RuizAGCS.pdf.

¹¹⁴ Véase *Japón-Bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación.

(no se aplica a la categoría sustituibles o directamente competidores) que el concepto que se encuentra en el artículo III del GATT. El lenguaje de los párrafos 2 y 3 del artículo XVII del AGCS está basado en la jurisprudencia del GATT sobre el concepto de los productos similares.¹¹⁵ No obstante, la determinación de similitud en el marco del AGCS es más complicado que bajo el GATT, por varias diferencias que existen entre los dos acuerdos y por las diferencias entre las mercancías y los servicios.

Primero, los servicios son intangibles. Por eso, el criterio de propiedades físicas que se aplica bajo el artículo III del GATT para analizar la similitud no puede aplicarse, ni a los servicios, ni a los proveedores de servicio. Sin embargo, se podría analizar un criterio parecido, como las demás características atribuibles a los servicios.¹¹⁶

Segundo, es menos fácil distinguir entre el producto final y su producción en el caso de los servicios. Por eso, el debate sobre los métodos de producción no es tan pertinente para los servicios como lo ha sido en el contexto del comercio de mercancías. El tercer punto está relacionado con el segundo. En el AGCS, el trato nacional se aplica a los servicios similares y a los proveedores similares a la vez, mientras en el caso del GATT sólo se refiere a un producto similar —el productor no tiene que ser similar para probar una violación de trato nacional bajo el artículo I o el artículo III del GATT—. Los trabajos preparatorios indican que la intención de los negociadores era reconocer la inseparabilidad de los proveedores y los servicios, pero no queda claro si hay que probar la similitud de ambos para cumplir con la carga de prueba como demandante.¹¹⁷ Además, parece que no hay

¹¹⁵ CE-Bananos III, Informe del Grupo Especial, párrafos 4.637 y 7.301. Véase también Mireille Cossy, Determining “likeness” under the GATS: Squaring the circle?, Documento de trabajo OMC ERSD-2006-08, 26 de septiembre de 2006, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200608_e.pdf. Véase también Italia-Maquinaria agrícola, Informe del Grupo Especial del GATT y Estados Unidos-Artículo 337, Informe del Grupo Especial del GATT.

¹¹⁶ Mireille Cossy, Determining “likeness” under the GATS: Squaring the circle?, Documento de trabajo OMC ERSD-2006-08, 26 de septiembre de 2006, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200608_e.pdf, p. 17 y 18. Véase, por ejemplo, los argumentos de las partes, en Estados Unidos-Juegos de azar, Informe del Grupo Especial, sección III.B.5(a).

¹¹⁷ Véase Cossy, *op. cit.*, pp. 6 y 8. Véase CE-Bananos III, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.322; Canadá-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 10.283-10.289. Véase también Ronda Uruguay-Grupo de Negociaciones sobre Servicios-Nota sobre la reunión de los días 15 a 17 de septiembre de 1987, MTN.GNS/10, 15 de octubre de 1987.

obligación de extender el trato nacional a proveedores ubicados fuera del territorio del miembro.¹¹⁸

Un cuarta diferencia entre el contexto del GATT y del AGCS es que hay cuatro modos de suministro de servicios, mientras hay sólo un modo de suministro para mercancías —la entrega física—.

Una quinta diferencia entre los servicios y la mercancía es que no hay una nomenclatura detallada, lo cual dificulta la comparación que se hace de la clasificación arancelaria bajo el Sistema Armonizado en el caso del análisis de si productos son similares en el contexto del GATT. Hay el Services Sectoral Classification List (SSCL), 1991, preparado por el Secretariado de la OMC, con 12 sectores y 160 subsectores definidos, (lo cual sirvió como la base de la mayoría de los compromisos específicos de los miembros en el AGCS) y el UN Provisional Central Product Classification (CPC prov) de las Naciones Unidas (lo cual sirvió como la base de la SSCL). Sin embargo, ambas clasificaciones de servicios son menos confiables que el Sistema Armonizado de mercancías.¹¹⁹

Hasta la fecha, existe una falta de comentario detallado en la jurisprudencia de la OMC sobre los criterios aplicables a la determinación de la similitud bajo el artículo XVII del AGCS.¹²⁰ En el asunto CE-Bananos III, el Grupo Especial se refiere a la naturaleza y las características de los servicios sin explicación adecuada.¹²¹ En el asunto Canadá-Automóviles, el Grupo Especial introduce el concepto de similitud tras modos de suministro, pero no se desarrolla mucho.¹²² En el asunto Estados Unidos-Juegos de azar, el Grupo Especial aplicó la economía procesal y no hizo el análisis en cuanto al trato nacional.¹²³

Dos de los cuatro criterios que se usan en el análisis de productos similares en el artículo III del GATT podrían servir también en el contexto del artículo XVII del AGCS: los usos finales y las preferencias de los consu-

¹¹⁸ Directrices para la consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), S/L/92, Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, párrafo 15, http://www.wto.org/spanish/bratop_s/serv_s/sl92.doc. Véase también la versión de 1993, citado en Estados Unidos –Juegos de azar como medios de interpretación suplementario bajo la Convención de Viena, artículo 32.

¹¹⁹ Véase Cossy, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁰ Véase Cossy p. 6 y 7.

¹²¹ CE-Bananos III, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.322.

¹²² Canadá-Automóviles, Informe del Grupo Especial, párrafo 10.307.

¹²³ Estados Unidos-Juegos de azar, Informe del Grupo Especial, párrafo 3.149.

midores.¹²⁴ Sin embargo, en la jurisprudencia del TLCAN, la cual utiliza el término “circunstancias similares” en el contexto de los servicios y de la inversión extranjera, se ha evitado el uso de los criterios que se aplican a los “productos similares” en el artículo III del GATT. Además, la historia de la negociación del AGCS no deja muy claro si esta jurisprudencia sobre el término “circunstancias similares” en el TLCAN pudiese servir para aclarar cómo se debe hacer el análisis de servicios y proveedores similares en el AGCS.¹²⁵

La jurisprudencia de la OMC no ha desarrollado mucho la interpretación del término “servicios similares o proveedores de servicios similares” en el artículo XVII:1 del AGCS, o el término comparable en el artículo II:1 del AGCS, “servicios similares y a los proveedores de servicios similares”.¹²⁶ Es importante notar que este término es idéntico en estas dos disposiciones del texto en inglés (*like services and service suppliers*), pero distinto en el texto en español. Por lo tanto, habría que reconciliar esta discrepancia aplicando el artículo 33 de la Convención de Viena.¹²⁷

En el asunto China-Publicaciones y productos audiovisuales,¹²⁸ el grupo especial aplicó jurisprudencia sobre el artículo III del GATT de 1994¹²⁹ al artículo XVII del AGCS, constatando que

[c]uando el único factor en el que una medida basa la diferencia de trato entre proveedores nacionales y extranjeros de servicios es el origen, se cumple el requisito de que se trate de “proveedores de servicios similares”, siempre que haya o pueda haber proveedores nacionales y extranjeros que en el marco de

¹²⁴ Véase Cossy, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁵ Véase Cossy, *op. cit.*

¹²⁶ Véase Cossy, M., “Determining ‘likeness’ under the GATS: Squaring the circle?”, *WTO Working Paper*, ERSD-2006-08, 26 de septiembre de 2006, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200608_e.pdf y Ruiz Euler, N.D., “El trato nacional y la nación más favorecida en el Acuerdo General Sobre el Comercio

de Servicios de la Organización Mundial de Comercio”, Documento de trabajo, Centro de Derecho Económico Internacional, <http://cdei.itam.mx/RuizAGCS.pdf>.

¹²⁷ Véase Condon, Bradley J., “Lost in Translation: Plurilingual Interpretation of WTO Law”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 1–26.

¹²⁸ Informe del Órgano de Apelación, China-Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, WT/DS363/AB/R, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds363_s.htm.

¹²⁹ Informes de los Grupos Especiales, Canadá-Exportaciones de trigo e importaciones de grano, párrafos 6.164-6.167 y Argentina-Pieles y cueros, párrafos 11.168-11.169.

una medida sean iguales en todos los aspectos importantes salvo en lo que respecta al origen.¹³⁰

Sobre la cuestión de si el artículo XVII requiere pruebas sobre la similitud de los servicios y los proveedores, dada que los Estados Unidos centraron su alegación en el trato otorgado a los proveedores y no a los servicios, el Grupo Especial centró igualmente su análisis en la similitud de los proveedores de los servicios en litigio.¹³¹ No se apelaron estas constataciones del grupo especial.

IV. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia sobre el trato nacional en el GATT está mucho mejor desarrollado que en el contexto de otros acuerdos de la OMC, los acuerdos comerciales regionales y los acuerdos bilaterales sobre la inversión. Por lo tanto, la jurisprudencia sobre el trato nacional en el GATT seguirá siendo relevante para la interpretación de este concepto en estos otros contextos. Sin embargo, como lo demuestra el caso del AGCS, la aplicación de la jurisprudencia del GATT se verá limitada por las diferencias en los términos y los contextos.

¹³⁰ Informe del Grupo Especial, China-Publicaciones y productos audiovisuales, párrafos 7.975, 7.1072 y 7.1284.

¹³¹ *Ibidem*, párrafo 7.1283.