

REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

ASPECTOS JURIDICOS DE LAS RELACIONES ECONOMICAS INTERNACIONALES

Volumen 1 - Número 2

Segundo Semestre de 1996

Los Procedimientos de Solución de Diferencias en la OMC

John Jackson

GASOLINA REFORMULADA

Cronología

Whitney Debevoise

El Caso de las Gasolinas Reformuladas ante la OMC

Luis Tineo

La Primera Decisión del Organó de Apelación

David Palmeter

COMERCIO DE SERVICIOS

La Regulación Internacional luego de la Ronda de Uruguay

Mary E. Footer

DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor y el Derecho Comunitario Andino

Ricardo Antequera Parilli

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Medidas Antidumping

Noemí Fischbach

Libre Competencia

Faustino Flamarique

Propiedad Intelectual

Gabriela Núñez

REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO:

ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS
RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

EQUIPO EDITORIAL

Noemí Fischbach Hirshbein
Gabriela Núñez Márquez
Samantha Sánchez Miralles
Verónica van Kesteren Valery

Jorge Castro Bernieri
Editor

Faustino Flamarique
Director

CONSEJO ASESOR

John H. Jackson, *Miembro Honorario*
Raúl Arrieta Cuevas
Leopoldo Borjas
Robert Bottome
Allan R. Brewer-Carías
Gonzalo Capriles
Elsa Cardozo de Da Silva
Imelda Cisneros
Luis Cova Arria
Luis Henrique Farías Mata
Héctor Faúndez Ledesma

Humberto García Larralde
Gary N. Hortlick
Janet Kelly
Eloy Lares Martínez
Carmelo Lauría Lesseur
Gustavo Linares Benzo
Roberto G. MacLean
Moisés Nafm
Pedro París Montesinos
John Pate
Belén Ramírez Landaeta
Judith Rieher de Bentata

Armando Rodríguez García
Miguel Rodríguez Mendoza
Laura Rojas
Hildegard Rondón de Sansó
Maxim Ross
Adolfo Salgueiro
Magdalena Salomón de Padrón
Nelson Socorro
Abdón Suzzarini
Adolfo R. Taythardat
Gustavo Urdeneta Troconis
Jacques Werner

La edición del presente número de la REVISTA ha sido posible gracias al apoyo institucional de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), en particular a su Presidenta Belén Ramírez Landaeta, nuestro agradecimiento a O'Melveny & Myers; Torres, Plaz & Araujo y al Escritorio Parilli Rodríguez y Asociados. También agradecemos la valiosa colaboración de Yanira Hernández Sandra Corrales y Adriana Alonzo sin cuyo aporte no hubiera sido posible la edición de este número.

ISSN: 1315-9992

© Revista de Derecho Internacional Económico

Portada, Diagramación y Artes Finales: Sandra Corrales M.

INDICE

Los Mecanismos de Solución de Diferencias en el Sistema de la OMC.....1

GASOLINA REFORMULADA

Cronología.....17

El Caso de las Gasolinas Reformuladas ante la OMC.....21

La Primera Decisión del Organó de Apelación.....57

COMERCIO DE SERVICIOS

La Regulación Internacional luego de la Ronda de Uruguay.....83

DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor y el Derecho Comunitario Andino.....125

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Medidas Antidumping.....149

Libre Competencia.....165

Propiedad Industrial.....189





saluda a la

REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

en su primer aniversario

TORRES PLAZ & ARAUJO

Torre Europa. Piso 2. Avenida Francisco de Miranda.

Campo Alegre. Caracas.

Teléfonos 951-7444, 951-0422.

Fax. 951-2316. Apartado Postal 61.106.

Caracas 1060. Venezuela P.O.S.A. International # 433.

P.O Box 02-5255.

E-Mail 73050, 1042 Compuserve.com

Miami El. 33102-5255, USA Cables. TPASC.

Antequera Parilli Rodríguez & Asociados

DERECHOS INTELECTUALES

(Derecho de Autor, Derechos Conexos, Propiedad Industrial y Competencia Desleal)

- Obtención de derechos
- Licencias y transferencia de derechos
- Contratos informáticos
- Acciones Administrativas y judiciales

**Av. Universidad, Edificio Centro Parque Carabobo,
Piso 18, Oficinas 1813-1814.
Caracas - Venezuela. Tlfs. 5746561 - 5749738 - 5752251
Fax: 5731134. E. Mail autor@telcel.net.ve**



III JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

"ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIÁS"

"Los Efectos y la Ejecución de los Actos Administrativos"

EFFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU CLASIFICACIÓN SEGÚN SUS EFECTOS.

Rafael Gómez Ferrer (ESPAÑA) - Luciano Vandelli (ITALIA)-

EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE COMUNICARLOS: PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN. **Rene Hostifoux (FRANCIA).**

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL TIEMPO: IRRETROACTIVIDAD Y SOMETIMIENTO A CONDICIONES. **Pierre Subrá de Biousses (FRANCIA).**

EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: SU PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD. **Jaime Vidal Perdomo (COLOMBIA).**

MATERIALIZACIÓN DOCUMENTAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. DOCUMENTO PÚBLICO Y DOCUMENTO ADMINISTRATIVO. **Consuelo Sarria (COLOMBIA).**

EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA.

EJECUCIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. **José Ramón Parada Vázquez (ESPAÑA).**

LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. **Celso Antonio Bandeira de Mello (BRASIL).**

SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN VÍA ADMINISTRATIVA Y EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. **J. Christian Pielow (ALEMANIA).**

COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA. **Juan Carlos Cassagne (ARGENTINA).**

REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. **Raúl Bocanegra (ESPAÑA).**

RECONOCIMIENTO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Tomás Ramón Fernández (ESPAÑA).

Fecha: 11 al 14 de Noviembre de 1997.

Lugar: Auditorium Centro Cultural Consolidado. Caracas.

Inscripciones: Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Av. Tamanaco, Edif. Impres, Sótano 3, El Rosal. Telefax: (582) 953 1995 / 2665 / 5375 / 1471. CUPO LIMITADO.

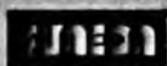
Costo: Antes del 01/09/97: Profesionales Bs. 60.000,00 (\$200) / Estudiantes de pre-grado Bs. 35.000,00 (\$120)
Después del 01/09/97: Profesionales Bs. 75.000,00 (\$200) / Estudiantes de pre-grado Bs. 50.000,00 (\$120)

Pago: Efectivo, cheque conformable, depósito en Cta. Corriente N° 1026-27961-5 del Bco. Mercantil, Cta. Corriente N° 172-315576-9 del Fondo Consolidado de Activos Líquidos, Tarjetas de Crédito: Visa, Master Card, Diners Club, American Express.

C A R A C A S V E N E Z U E L A 1 9 9 7 .

La Acción de Amparo contra Decisiones Judiciales

Rafael J. Chavero Gazdik



FUNDACIÓN ESTUDIOS
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



editorial jurídica venezolana

Los Procedimientos de Solución de Controversias en la Organización Mundial del Comercio: Una Evaluación Preliminar

John H. JACKSON¹

I. LOS PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE LA OMC.

A estas alturas, resulta obvio que el lanzamiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) fue bastante exitoso. Luego de su entrada en funcionamiento el primero de enero de 1995, la OMC tiene ahora 123 miembros² y los números van en aumento, mientras unas 30 naciones negocian su entrada. La OMC y la Ronda de Uruguay son el resultado de una evolución histórica de casi 50 años bajo el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT); sin embargo, los cambios aparentemente mínimos contenidos en el marco institucional de la OMC tienen profundas implicaciones.³ El Acuerdo de la OMC adopta la idea del llamado "paquete único", que requiere que cada país acepte todos los acuerdos (o al menos un 95 por ciento de éstos). Esto contrasta con los resultados de rondas de negociaciones comerciales anteriores, como la Ronda de Tokio, en las cuales los países podían escoger entre los distintos acuerdos (resultando en el llamado proceso de GATT "a la carta").

El Acuerdo de la OMC es un gran paquete que muchos gobiernos, incluyendo los de algunos países desarrollados, no entienden por completo. Algunos de los textos contienen conceptos novedosos para obligaciones derivadas de tratados internacionales, incluyendo compromisos en materia de comercio de servicios y propiedad intelectual. Adicionalmente, gran parte de las disposiciones del Acuerdo, tanto en los textos que son nuevos, como en

-
1. (c) *Institute for International Economics*. El autor es Profesor de la Cátedra Hessel E. Yntema de Derecho en la Universidad de Michigan y Miembro Honorario del Consejo Asesor de la Revista. La versión original de este artículo apareció publicada, en lengua inglesa, como "The WTO Dispute Settlement Procedures: A Preliminary Appraisal", capítulo 9 del libro *The World Trading System: Challenges Ahead*, editado por Jeffrey J. Schott (Washington, DC: Institute for International Economics, 1996), pp. 153-65. Traducción por Jorge Castro Bernieri.
 2. Al 31 de julio de 1996.
 3. John H. Jackson, "The World Trade Organization: Watershed Innovation or Cautious Small Step Forward?" *The World Economy* (1995): pp. 11-31.

los que representan revisiones de textos anteriores, son sumamente generales y ambiguas. Esta es una consecuencia natural de lo prolongado que fueron las negociaciones de la Ronda de Uruguay y de los muchos países que participaron en ellas. Todo lo anterior resulta de una importancia mayor para el sistema de solución de diferencias, ya que a través de este procedimiento muchas de estas disposiciones ambiguas cobrarán significado práctico. Esto representa un riesgo evidente para el sistema. Usando la expresión de algunos ambientalistas, existe la posibilidad de que "tres burócratas sin rostro" desde Ginebra establezcan reglas para el mundo.

Las reflexiones contenidas en el presente artículo no agotan la lista de problemas institucionales que enfrenta la OMC. Entre tales problemas están cómo hacer que ésta continúe funcionando, cómo asegurar que disponga de recursos adecuados -particularmente de recursos de secretaría, los cuales pudieran resultar escasos frente a la magnitud de las tareas encomendadas-, y cómo aproximarse a los nuevos aspectos del sistema. Esto es, ¿cómo incorporar tales aspectos dentro de la vasta complejidad del tratado? Por ejemplo, no está aún claro cómo incorporar los resultados de la Conferencia Ministerial de Singapur, si es que éstos ocurren.

El presente artículo se enfocará en un aspecto institucional: el procedimiento de solución de diferencias. En particular, explicará cuatro principios fundamentales de la jurisprudencia de la OMC, que podrían tener una profunda importancia en la forma en que se maneje la diplomacia en la OMC, y que en algunos casos difieren marcadamente del proceso bajo el GATT. Estos principios no son los únicos problemas ni principios importantes, pero se cuentan entre los más significativos.

II. LA BASE POLÍTICA DE UN MECANISMO LEGALISTA PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.

Para empezar, habría que señalar que hay sólidas razones políticas para tener un procedimiento efectivo para la solución de diferencias. Frecuentemente, se ignora la existencia de estas razones, o al menos, no se las menciona en forma expresa. Básicamente, el objetivo es un sistema legalista,⁴ esto es, un sistema que oriente a los millones de empresarios alrededor

4. John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1989), capítulo 4.

del mundo, proporcionando reglas de conducta predecibles y generalmente estables. Dicha orientación es necesaria para las decisiones de inversión, las decisiones de apertura de mercado y las decisiones en materia de tecnología. En el lenguaje de los economistas, este sistema reduce el "costo por riesgo" de algunas de estas decisiones. Esto es lo que está en juego.

III. LOS RESULTADOS DE LA RONDA DE URUGUAY.

La Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, realizada entre 1986 y 1994, resultó en un nuevo tratado sobre solución de controversias: el "entendimiento sobre solución de diferencias (ESD).⁵ Por primera vez, hay un texto sustancial y vinculante para la solución de controversias en el sistema del GATT/OMC. Las disposiciones con que contaba el GATT eran breves, apenas tres párrafos, que fueron remozados, al final de la Ronda de Tokio, por un "entendimiento". En contraste, el ESD consta de unas 40 páginas. Hay además disposiciones específicas en otros textos de la Ronda de Uruguay. El cambio más importante es la eliminación de la posibilidad de bloquear la adopción del informe final de un panel. La posibilidad de bloqueo era el mayor defecto del sistema anterior.⁶ Bajo la "automaticidad" del ESD, casi siempre los informes de un panel de solución de disputas y de un panel de apelación (el resultado final de estos procedimientos) se harán vinculantes de alguna manera, en la forma que se explicará más adelante.

Algunos se preguntarán cuál es la verdadera relevancia de que haya tratados "vinculantes". Los escépticos podrán alegar que los tratados son tan difíciles de ejecutar, y que sus obligaciones pueden ser evadidas con tal frecuencia, que sería igual contar con tratados no vinculantes, del tipo de los que contienen exhortaciones o directrices de política. Sin embargo, hay abundante literatura, por parte de académicos y de expertos en las relaciones internacionales, que sugiere que las obligaciones derivadas de tratados vinculantes bajo principios de derecho internacional tienen importantes efectos adicionales.⁷

5. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, Anexo 2 del Acuerdo de la OMC.
6. John H. Jackson, *Restructuring the GATT System* (Londres: The Royal Institute for International Affairs Press, Chatham House, 1990).
7. Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy* (Nueva York: Council on Foreign Relations, Columbia University Press, 1979).

Además de las ventajas diplomáticas de obtener una declaración de que se está del lado "correcto" del derecho internacional, hay otras potenciales consecuencias legales domésticas que se derivan de la existencia de obligaciones internacionales vinculantes, cuando se las compara con el derecho internacional no vinculante (*soft law*). Por ejemplo, en algunos ordenamientos jurídicos, un tratado vinculante puede tener efectos equivalentes a una ley en el derecho interno.⁸ Incluso en aquellos ordenamientos donde no ocurre tal efecto directo, un tratado vinculante puede influir en la interpretación de las normas nacionales.

Además de lo anterior, el procedimiento para la solución de diferencias bajo la OMC fue unificado. El sistema anterior estaba fragmentado, en ocho o diez procedimientos distintos. Este cambio tiene grandes consecuencias, particularmente para facilitar la comprensión del público, incluyendo la de los altos funcionarios gubernamentales.

El anterior sistema del GATT quedó vinculado a la OMC por una importante cláusula del Acuerdo de la OMC, a veces llamada "cláusula de orientación". El artículo XVI, párrafo 1, del Acuerdo señala expresamente que la nueva organización y todos sus componentes se regirán por la práctica, procedimientos y decisiones del GATT.⁹ Esta cláusula convierte lo que se pudiera llamar la "jurisprudencia" del GATT, en parte de las bases de un sistema más estable y predecible para el futuro en la OMC.

IV. LAS ESTADÍSTICAS Y LA "SITUACIÓN DEL PARTIDO" A LOS 18 MESES.

En su primer año y medio, el nuevo sistema de solución de diferencias ha enfrentado algunos retos. El primero, fue la controversia sobre automóviles entre Estados Unidos y Japón, la cual, afortunadamente, fue objeto de un arreglo. El segundo, fue la selección del propio Organismo de Apelación de la OMC, un interesante proceso que tomó seis meses más de lo que se esperaba, pero que al final resultó bastante bien. El tercero, fue el primer caso (sobre estándares en Estados Unidos para la gasolina reformulada y conven-

-
8. John H. Jackson, "Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis" *The American Journal of International Law*, Vol. 86, No. 2 (abril 1992): pp. 310-40.
 9. John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (Indianápolis: Bobs-Merrill, 1969). Véanse también del mismo autor, "The Uruguay Round, World Trade Organization, and the Problem of Regulating International Economic Behaviour", en *Policy Debates/Débats Politiques* (Ottawa: Centre for Trade Policy and Law, 1995); así como *The World Trading System*, op. cit. y "The World Trade Organization: Watershed Innovation?", op. cit.

cional), que fue llevado hasta el Organó de Apelación, y parece que será resuelto en forma satisfactoria. El cuarto reto, que no parece solucionado hasta ahora, es el tema de la asignación de los recursos necesarios para los procedimientos de solución de diferencias. A pesar de que se ha asignado una cantidad prometedorá de recursos al mecanismo de solución de diferencias y al Organó de Apelación -en el marco de un secretariado que, del resto, trabaja con recursos sumamente escasos-, las proyecciones sugieren que pronto el número de casos podrá agotar los recursos asignados.

De acuerdo con cifras de la secretaría de la OMC, al primero de agosto de 1996, se habían admitido 51 solicitudes para la iniciación de casos. Esto representa de dos a tres veces la tasa normal de solicitudes para la solución de diferencias bajo el GATT. Quizás sea un reconocimiento al nuevo mecanismo. Estos 51 reclamos involucran 33 casos distintos (varios casos tienen múltiples países reclamantes). Desde ya, 11 casos han sido objeto de arreglos entre las partes, lo cual es un aspecto positivo. De hecho, esta tendencia hacia los arreglos está en parte influenciada por la automaticidad del sistema, a la que nos referíamos antes.

Recientemente, había seis paneles activos en funcionamiento, pero en un plazo corto podría haber hasta 12 paneles activos, lo que llevará los recursos existentes para el mecanismo hasta el límite. Concluyó ya la primera apelación. Toda vez que sólo uno de los casos actualmente en curso tiene posibilidades de ser apelado, podríamos predecir que, durante el año en curso no habrá más de una apelación adicional.¹⁰ Dos apelaciones durante el primer año es una carga relativamente liviana. Con seguridad, en el futuro habrá muchas más. Por otro lado, el primer año ha permitido que los siete integrantes del Organó de Apelación tengan la posibilidad de estudiar los mecanismos y de desarrollar reglas de procedimiento. Esto ha funcionado bastante bien, particularmente considerando que algunos de estos integrantes no eran expertos en el derecho y la jurisprudencia del GATT/OMC.

Otras disputas están actualmente en fase de consultas. Estados Unidos ha presentado 16 reclamos, lo cual podría reflejar una sorprendente demostración de confianza en el nuevo mecanismo por parte de este gobierno. Por otro lado, Estados Unidos ha tenido que defenderse en siete casos. De

10. El caso sobre los impuestos aplicados por Japón a las Bebidas Alcohólicas fue apelado el 9 de agosto de 1996.

todos los reclamos presentados por Estados Unidos, dos han terminado mediante arreglos y se espera que otros puedan culminar de igual manera. La Comunidad Europea ha presentado seis casos y ha sido objeto de reclamos en ocho, mientras que Japón ha traído un caso -el cual fue objeto de un arreglo- y se está defendiendo en seis. Pero el uso del mecanismo entre países en desarrollo constituye uno de los fenómenos más sorprendentes en el área; países en desarrollo han presentado reclamos contra otros países en desarrollo. Esto era extremadamente raro en la historia del GATT.

V. PROCEDIMIENTOS DEL GATT Y LA OMC: UNA COMPARACIÓN.

Puede ser útil explicar someramente la forma en que funcionan los procedimientos de solución de diferencias en la OMC, comparándolos con los del GATT.¹¹

A pesar de lo dispersas que eran sus disposiciones en la materia, bajo el antiguo GATT, se desarrolló un sistema relativamente sofisticado para la solución de controversias. Las prácticas básicas del GATT en este tema fueron codificadas en 1979, luego de la Ronda de Tokio de negociaciones comerciales, en un "entendimiento"¹². La evolución en estas prácticas incluyó un cambio a fines de la década de los cincuenta, del uso de "grupos de trabajo" para la resolución de disputas, a la utilización de "paneles de expertos". Esto significó una transformación hacia un procedimiento más jurídico que de negociación. Los expertos en los paneles de solución de diferencias actuaban en su propia capacidad, y no como representantes de gobiernos. Tenían una obligación de ser imparciales y de razonar cuidadosamente los casos que se les presentaran.

Adicionalmente, la solución de diferencias en el GATT se enfocaba sobre un concepto denominado "anulación o menoscabo", en el lenguaje del artículo XXIII, el cual no requería necesariamente una violación de obligaciones internacionales derivadas del tratado. Según algunos documentos, el concepto más laxo de "anulación o menoscabo" se refería a la frustración para un país de sus expectativas razonables de aumento en sus exportaciones y comercio.

11. Véanse también, John H. Jackson, *The World Trading System*, op. cit., capítulo 4; así como *GATT Focus Newsletter*, No. 107 (mayo de 1994): pp. 12-14.

12. "Entendimiento relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia" (adoptado el 28 de noviembre de 1979) en GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, Suplemento No. 26 (Ginebra: GATT, 1979), p. 210.

En un caso presentado en 1962 por Uruguay, el panel introdujo el revolucionario concepto de la "presunción de anulación o menoscabo". A partir de este nuevo concepto, la violación de una obligación derivada del GATT era considerada como una presunción de anulación o menoscabo, la cual, en caso de ser confirmada, transfería al país reclamado la carga de demostrar que no se había producido tal anulación o menoscabo. En caso de que el país reclamado no lograra probarlo, el panel presentaría recomendaciones y conclusiones que requerirían que cambiara sus normas o prácticas para adecuarlas a las obligaciones del tratado.

Consistentemente, los paneles posteriores del GATT citaron el caso uruguayo de 1962 y confirmaron el principio de la "presunción de anulación o menoscabo". El mismo principio fue recogido en el entendimiento de 1979 que resultó de la Ronda de Tokio.

En la década de los ochenta, a medida que los procedimientos se fueron haciendo más jurídicos, se desarrolló la idea de que había dos tipos de casos en el GATT: casos de violación (basados en el concepto de la "presunción de anulación o menoscabo") y casos de "no violación", los cuales no implicaban la existencia de una violación, a pesar de involucrar el alegato de una "anulación o menoscabo". En la práctica, los casos de "no violación" fueron muy raros en la historia del GATT; según un grupo de autores, tan solo se presentaron de tres a ocho casos de este tipo.¹³ Sin embargo, algunos de estos casos fueron sumamente importantes (como, por ejemplo, el caso de 1990 sobre semillas oleaginosas de Europa).¹⁴

El procedimiento bajo el GATT consistía en que el panel produjera un informe y lo presentara al Consejo, el cual era un órgano permanente que se reunía en forma regular y resolvía sobre la mayoría de asuntos en el GATT. Este órgano no estaba previsto en el texto del GATT, sino que surgió de la práctica. La misma práctica dictó que si el Consejo aprobaba el informe por consenso, el mismo se hacía "vinculante". Si no lo aprobaba, el informe no adquiriría carácter vinculante.

13. John H. Jackson, William J. Davey y Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, 3ra. ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1995), p. 362.

14. Jackson, Davey y Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, op. cit., p. 357.

El problema era la definición de "consenso". En la práctica, el procedimiento significaba que el país que resultaba desfavorecido en la decisión del panel -y que, de otro modo estaría obligado a seguir las conclusiones del panel- podía bloquear la acción del Consejo, rehusándose a participar del consenso. En otras palabras, la parte desfavorecida podía evitar las consecuencias de su "derrota". Esta situación era considerada como uno de los mayores defectos del proceso en el GATT.

El ESD de la Ronda de Uruguay estableció ciertas reformas importantes. Para empezar, ya no es posible bloquear. El informe de un panel se considera adoptado, salvo que haya un consenso en contra. Sin embargo, como una suerte de *quid pro quo* frente a esta automaticidad, se estableció un nuevo procedimiento de apelación para que la parte que no quede satisfecha pueda recurrir ante un Organismo de Apelación integrado por tres miembros, escogidos de entre una lista relativamente permanente de siete. El resultado de esta apelación es un nuevo informe presentado al Consejo (técnicamente, al Consejo actuando como Organismo de Solución de Diferencias). De nuevo, sin embargo, el informe se considerará adoptado, salvo que haya consenso en contra. Así pues, en un paso o en dos, dependiendo de si se intenta una apelación, al final las partes quedarán automáticamente obligadas, bajo el tratado, a aplicar las recomendaciones.

Una serie de disposiciones nuevas en el ESD se refieren al caso en que un país no dé adecuado cumplimiento a sus obligaciones resultantes de un procedimiento de solución de diferencias. El tratado prevé la posibilidad de "medidas compensatorias", que algunos describirían como una retorsión. Sin embargo, tales medidas están sometidas a límites. Su dimensión debe ser calculada para que se aproxime al efecto comercial ocasionado por la violación, y sólo el país afectado puede adoptarlas (el lenguaje del GATT al respecto era mucho más laxo).

El ESD contiene reglas distintas para casos de "no violación". Es la primera vez que el texto del tratado distingue la diferencia entre casos de violación y de no violación. Es interesante notar que, bajo el ESD, no se imponen obligaciones a la parte reclamada en casos de no violación. Esto es lógico, toda vez que no se han violado obligaciones. Sin embargo, el país queda obligado a negociar de buena fe algún tipo de medidas compensatorias. Así pues, la compensación es el remedio principal en casos de no violación, y sólo un remedio subsidiario en casos de violación.

VI. CUATRO PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA OMC.

Cada uno de los cuatro principios generales de jurisprudencia que discutiremos está lleno de posibles implicaciones; sin embargo, el presente artículo sólo puede llegar a delinear sus aspectos más gruesos.

Primero, está la cuestión de la orientación legalista del sistema, cuando se la compara con la hipótesis alternativa de lo que pudiera ser. Segundo, está la cuestión de los efectos legales del informe del panel. Tercero, está la cuestión del "estándar" o "poderes de la revisión". La cuarta cuestión tiene que ver con principios de filosofía judicial; tomando prestada una expresión del sistema legal estadounidense, se trata del activismo *versus* la restricción judicial.

A. *Orientación legalista.*

Desde el comienzo del GATT, hubo una bifurcación entre las distintas concepciones sobre la solución de diferencias.¹⁵ ¿Se trataba meramente de un procedimiento para ayudar a las partes a resolver sus disputas y así facilitar las negociaciones diplomáticas -una concepción que descansaba sobre el poder relativo de las partes-? O, por el contrario, ¿se trataba de un sistema legalista, que debía conducir a resultados justos en términos de las obligaciones reales de las partes, bajo los textos negociados del tratado?

Hasta que concluyó la historia del GATT, a fines de 1995, siguió habiendo concepciones distintas sobre el verdadero objetivo de estos procedimientos. Incluso bajo la OMC, subsiste algún debate apagado. Sin embargo, resulta claro que el GATT fue evolucionando decididamente hacia una orientación legalista. Esto era evidente incluso desde la década de los cincuenta, cuando el tratamiento de las disputas pasó de grupos de trabajo a ser encomendado a paneles, y luego en la década de los sesenta, cuando se desarrolló el concepto general de la presunción de anulación o menoscabo que se aplicaría a todas las violaciones de obligaciones del tratado. En la década de los setenta, se produjo el entendimiento de la Ronda de Tokio sobre solución de diferencias, y en los años ochenta, el GATT se movió con vigor hacia un sistema legalista en la práctica de la actuación de los paneles.

¿Cuál es la orientación del nuevo ESD? Si bien hay cláusulas ambiguas, que eventualmente pudieran admitir distintas interpretaciones, si se lee

15. Jackson. *The World Trading System*, op. cit.

cuidadosamente el ESD y se hace un inventario de las disposiciones sobre la materia, es fácil concluir que el ESD opta por un procedimiento legalista.¹⁶ Esta conclusión será aún más evidente, luego de que transcurra un año o dos de apelaciones, ante un Organismo de Apelación que se orienta claramente en esa dirección.

El primer informe del Organismo de Apelación, en el caso de la gasolina reformulada, es sumamente interesante, incluso si hacemos abstracción de los aspectos sustantivos involucrados (las regulaciones ambientales estadounidenses y cómo éstas se relacionan con al menos tres disposiciones del GATT, especialmente con el artículo XX). Entre otras cosas, el informe deja establecido que el GATT y la OMC están sujetos a las reglas generales del derecho internacional. Sobre este particular, ha existido alguna controversia sobre si el GATT constituye un régimen aparte, separado de los conceptos usuales del derecho internacional. Sin embargo, el Organismo de Apelación aclara en forma explícita que la OMC es parte del derecho internacional, y luego de esto, utiliza principios de derecho internacional sobre interpretación de los tratados, refiriéndose a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁷ De esta manera, el Organismo de Apelación parece apoyar la concepción legalista más aún de lo que lo habían hecho los paneles del GATT.

16. Al respecto, véase por ejemplo, ESD, artículo 3, párrafo 2, el cual en una de sus partes dispone que, "El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio."

En un sentido similar, puede verse el discurso del Rey Hassan II, como representante del gobierno anfitrión, en la clausura de la Reunión Ministerial de Marrakech que concluyó la Ronda de Uruguay en abril de 1994,

"Al dar hoy nacimiento a la Organización Mundial del Comercio, estamos erigiendo al estado del derecho en las relaciones económicas y comerciales internacionales, y de esta manera, estamos estableciendo reglas y disciplinas universales por sobre las tentaciones del unilateralismo y la ley de la selva."

17. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, entró en vigor en 1980. Incluso para las diversas naciones que no han aceptado técnicamente la Convención de Viena, se admite que la misma recoge reglas generales del derecho internacional consuetudinario. La Convención establece claramente la obligación de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de tratados, *pacta sunt servanda*. También contiene, en su artículo 31, una serie de principios para la interpretación de los tratados -entre los cuales, el relativo a la importancia de los trabajos preparatorios-, los cuales frecuentemente difieren de los principios establecidos en los sistemas jurídicos nacionales. En el caso de todos estos principios, la declaración del Organismo de Apelación, en el sentido de que la legislación del GATT/OMC forma parte del derecho internacional, significa que estos principios generales de derecho internacional se aplican a su labor y, en general, a las labores de la OMC. Este aspecto pudiera tener una gran importancia, particularmente en cuanto a la interpretación de los acuerdos.

B. *Los efectos legales del informe de un panel.*

Existen también opiniones discrepantes en torno a los efectos legales de los informes de paneles de la OMC.¹⁸ Más aún, sobre el particular ha habido declaraciones profundamente erradas, por parte de funcionarios gubernamentales de distintas nacionalidades.

Al respecto, existen las siguientes opciones alternativas. Al final de un procedimiento, ¿cuál es el significado de las conclusiones contenidas en el informe del panel de primera instancia o en el informe del panel de apelación? Más específicamente, ¿significan tales conclusiones que la nación que ha perdido el caso¹⁹ tiene una obligación internacional de adaptar su legislación interna a las recomendaciones? ¿O significa que dicha nación tiene la posibilidad de escoger entre cumplir con sus obligaciones o compensar a la otra nación? En otras palabras, ¿es posible liberarse concediendo una compensación?²⁰

Funcionarios gubernamentales, incluyendo algunos que en Estados Unidos prestaron testimonio ante el Congreso durante la aprobación de los acuerdos en 1994, han indicado que los informes sólo exigen compensación y no establecen una obligación de cumplimiento. Existen argumentos sólidos para sostener que esta posición es errada. Desafortunadamente, quienes negociaron el ESD no dejaron resuelto el asunto de manera explícita. Al menos uno de dichos negociadores ha expresado que el punto fue objeto de un largo debate y que los negociadores tenían la convicción de que había sido resuelto, mediante un lenguaje que establecía una obligación legal de dar cumplimiento a las conclusiones de los informes. Sin embargo, el asunto no está tan claro.

18. John H. Jackson, "The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections", en Niels Blokker y Sam Muller, editores, *Towards More Effective Supervision by International Organizations: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, volumen I (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994).

19. Es decir, la nación hacia la cual se dirigen las recomendaciones del panel. Estas recomendaciones generalmente se orientan a que el país involucrado reforme sus prácticas, a objeto de hacerlas compatibles con sus obligaciones internacionales derivadas de los textos de la Ronda de Uruguay.

20. Dicho sea de paso, el propio término "compensación" es algo ambiguo. La palabra aparece particularmente en el artículo 22 del ESD. Bajo la práctica del GATT, la compensación siempre consistió en medidas comerciales, y no en tipo alguno de compensación monetaria. Probablemente la interpretación en la OMC sea similar; sin embargo, existe cierta ambigüedad al respecto.

Sobre este particular, el ESD tiene al menos 12 disposiciones que son relevantes;²¹ todas ellas evidencian una fuerte propensión hacia el establecimiento de obligaciones legales. Adicionalmente, y en forma quizás más interesante, existe una disposición del ESD²² que establece que, incluso si hay compensación, el asunto permanece en la agenda del Organo de Solución de Diferencias, hasta tanto se haya producido el cumplimiento. La idea es que la compensación es sólo una medida temporal y subsidiaria, que debe ser interpretada en el contexto de las demás regulaciones. Estas últimas incluyen una disposición que expresa una clara preferencia por lograr la conformidad de las medidas con las obligaciones del Acuerdo, así como una disposición interesante contenida en un procedimiento diferente, que regula los casos que no involucren violaciones.

Como ha sido indicado, en los casos de "no violación" no existe obligación de dar cumplimiento.²³ Mediante esta exclusión expresa para casos de "no violación", la norma implica que sí existiría una obligación de cumplimiento en casos de violación.

¿Cuál es la importancia real de todo esto? ¿Constituyen la compensación y la retorsión la base real del sistema? En mi opinión, las medidas de compensación o retorsión no son la médula del sistema de solución de diferencias, ni formaban parte del GATT. El aspecto central del proceso es la credibilidad de las decisiones que se emiten, lo que incrementa los costos diplomáticos para el país que pretenda ignorarlas. Incluso a las naciones con mayor poder en el comercio internacional se les hace difícil ignorar los resultados del proceso de solución de diferencias, a pesar de que de alguna manera pudieran "salirse con la suya".²⁴

C. *Poderes de la revisión.*

El tercer aspecto a ser discutido es el de los "poderes de la revisión" (*standard of review*). No nos referimos aquí a los poderes específicos del Organo de Apelación cuando revisa informes de paneles de primera instan-

-
21. ESD, artículo 3, párrafos 2 y 7; artículo 7, párrafo 1; artículo 11; artículo 15, párrafos 2 y 3; artículo 17, párrafo 13; artículo 21, párrafos 1 y 3; artículo 22, párrafos 1 y 2; artículo 26, párrafo 1, literal (b).
 22. ESD, artículo 22, párrafo 8.
 23. ESD, artículo 26.
 24. Estados Unidos, por ejemplo, ha ejecutado la mayoría de las decisiones del GATT que lo declararon en incumplimiento.

cia. Más bien, queremos discutir el grado hasta el cual el proceso de solución de diferencias de la OMC como un todo, a nivel de ambas instancias, puede rehacer las decisiones de las autoridades administrativas de los gobiernos nacionales, en lo que éstas se relacionan con normas del Tratado de la OMC.

Inevitablemente, los gobiernos nacionales tendrán que interpretar algunas de las normas de la OMC, particularmente cuando éstas sean amplias o ambiguas. ¿Hasta qué grado, entonces, deberían los órganos internacionales de solución de disputas prestar deferencia a estas decisiones de las autoridades nacionales? Esta es la cuestión de los "poderes de la revisión". Algunos autores han analizado este tema, resaltando en particular los esfuerzos de algunos negociadores, sobre todo los estadounidenses, quienes trataron de crear un estándar muy estricto en los Acuerdos de la OMC, especialmente en el contexto de las medidas antidumping.²⁵

Los negociadores de Estados Unidos no lograron conseguir un éxito total. Sus intentos se orientaban a trasladar principios de la jurisprudencia estadounidense del caso *Chevron*, al campo de las obligaciones internacionales derivadas de tratados. Sin embargo, el Código Antidumping contenido en el Acuerdo de la OMC²⁶ contiene un lenguaje curioso, en torno al grado de deferencia que los paneles deben guardar frente a los gobiernos nacionales.²⁷ Básicamente, el Código Antidumping dispone que en caso de que un análisis desarrollado conforme a los procedimientos normales de interpretación bajo el derecho internacional conduzca a resultados ambiguos, y un gobierno haya escogido alguna de las opciones permisibles de interpretación, el panel internacional deberá permitir que el gobierno nacional mantenga tal opción.²⁸ Esta norma genera numerosos problemas; pero incluso sin entrar en éstos, es preciso indicar que la misma sólo se aplica a decisiones en materia de medidas antidumping y no al resto de procedimientos de solución de diferencias. Así pues, independientemente de lo que esto signifique, pudiera esperarse una orientación distinta en otras áreas.

-
25. Véase Steven Croley y John H. Jackson, "WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments", *American Journal of International Law*, Vol. 90, No. 2 (abril de 1996): pp. 193-213.
26. Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (Código Antidumping).
27. Jackson, Davey y Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*. Op. Cit., p. 194.
28. Código Antidumping, artículo 17, parágrafo 6

A pesar de lo anterior, el texto del ESD y otras disposiciones en el Acuerdo de la OMC y en las resoluciones de la reunión de Marrakech, permitirían dar una aplicación más general al estándar de revisión contenido en el Código Antidumping. Para empezar, una resolución de Marrakech permite la posibilidad, aunque no en forma obligante, de que las decisiones en materia de medidas compensatorias sean coherentes y similares a las decisiones en materia de medidas antidumping.²⁹ Adicionalmente, otra resolución de Marrakech dispone que este lenguaje del Código Antidumping sea revisado, luego de transcurridos tres años de la entrada en vigor del Acuerdo.³⁰

Este punto es importante. Claramente, debería existir algún nivel de deferencia hacia las decisiones nacionales, por parte del nivel internacional de solución de diferencias. En otras áreas del derecho internacional -por ejemplo, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos-,³¹ existe gran apoyo para esta noción. Al final del primer informe del Organo de Apelación en 1996, el panel señaló "Los Miembros de la OMC tienen amplia autonomía para establecer sus propias políticas medioambientales (incluida la relación entre medio ambiente y comercio)..."³²

En su señalamiento, el panel parece declarar su intención de dar alguna libertad en la materia a los gobiernos nacionales. Este hecho genera a su vez otras consecuencias. ¿Hasta dónde debe llegar esa libertad? ¿Cuáles asuntos son resueltos mejor a nivel nacional, que al nivel internacional? Los europeos a veces se refieren a este tema, como el principio de "subsidiariedad".

D. *Restricción de los paneles.*

El último de los principios fundamentales de la jurisprudencia de la OMC que discutiremos en este artículo es la cuestión sobre cuánto

29. Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o con la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

30. Decisión sobre el examen del párrafo 6 del artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

31. Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma en 1950. Véase, R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993), cap. 6.

32. Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, Informe del Organo de Apelación, Documento AB-1996-1, WT/DS2/AB/R (96-1597), 29 de abril de 1996.

"activismo" o "restricción" debería ejercer el sistema internacional de paneles. Obviamente, este aspecto se relaciona con el punto sobre los poderes de revisión, pero también involucra otros conceptos e ideas. Por ejemplo, ¿Hasta dónde debería un órgano internacional "estirar" la interpretación de cláusulas ambiguas para adaptarse a ciertas preferencias en materia de política (sean éstas últimas las preferencias del propio panel, o incluso las que el panel considere que son las preferencias de los negociadores o de los gobiernos)?

Nuevamente, el ESD contiene un lenguaje interesante:

"El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados."³³

¿Cuál es el significado de esta declaración? Es posible sostener que la misma advierte a los paneles que ejerzan una cierta restricción judicial y eviten ser demasiado activistas. Por cierto que el Congreso de Estados Unidos tiene opiniones fuertes sobre este particular, y así se refleja en la propuesta de creación de la Comisión Dole,³⁴ en la cual se retomó el lenguaje sobre "derechos y obligaciones". Este lenguaje está igualmente contenido en el propio Acuerdo de la OMC. De manera que en el sistema prevalece claramente la noción de que se debe limitar a los paneles, frente a la posibilidad de alterar los derechos y obligaciones de los Estados.

Estados Unidos sería claramente uno de los países más celosos en preservar este principio de restricción de los paneles, y sin embargo, simul-

33. ESD, artículo 3, parágrafo 2.

34. Esta propuesta fue parte del compromiso alcanzado entre el Presidente Clinton y el Senador Dole, antes de la votación en el Senado estadounidense sobre los acuerdos resultantes de la Ronda de Uruguay, el primero de diciembre de 1994. El compromiso incluía una ley que aún no ha sido aprobada, mediante la cual se designaría una comisión especial de jueces federales estadounidenses, quienes revisarían los resultados de los informes de paneles de cada procedimiento de solución de diferencias que afectara a Estados Unidos. La Comisión luego presentaría sus conclusiones sobre esos informes al Congreso estadounidense, basada en criterios contenidos en la propuesta.

táneamente, a veces trata de estirar interpretaciones en sus propios reclamos ante la OMC. Cuando, por ejemplo, Estados Unidos, u otro país, traen reclamos frente a casos que no implican violaciones al acuerdo, sino que se enfocan sobre políticas de competencia, las *keiretsu* japonesas, o algún otro tipo de situaciones que los textos actuales no cubren, pudieran estar pidiéndole a los paneles que alteren los "derechos y obligaciones". En otras palabras, es como decirle a un panel: "utilice el concepto de anulación o menoscabo para abarcar resultados que, por razones de política, nos gustaría obtener en este caso". Se trata de un juego riesgoso: hacer con una mano, lo que con la otra se trata de prevenir. Obviamente, esto tiene implicaciones de largo plazo.

VII. CONCLUSIONES.

Los miembros de la OMC y sus representantes diplomáticos, así como el personal del Secretariado de la OMC, están tratando de ajustarse a las nuevas realidades del sistema de solución de diferencias y del contexto del acuerdo. Se trata ahora claramente de un sistema mucho más legalista. La orientación del sistema influye en la dirección que los gobiernos adoptan en los grupos de trabajo, por ejemplo, y en su diplomacia. Así pues, sus posiciones a la hora de negociar los textos de nuevos acuerdos están afectadas por el hecho de que, en muchos casos, ahora sienten que el tratado es "de verdad". Sin embargo, algunos hábitos son difíciles de cambiar. Las declaraciones de funcionarios gubernamentales siguen siendo engañosas, y las prácticas de los gobiernos no se han ajustado del todo a la nueva realidad.

A pesar de los múltiples problemas observados, podemos expresar nuestra satisfacción con las tendencias que se observan en el uso de los nuevos procedimientos, durante su primer año y medio de aplicación.

Cronología

Whitney DEBEVOISE ¹

15 de diciembre de 1993: La Agencia de Protección del Medio Ambiente de Estados Unidos (*Environmental Protection Agency, APA*), promulga el “Reglamento sobre Gasolinas”. El Reglamento de la APA desarrolla algunas de las modificaciones aprobadas en 1990 a la Ley de Protección de la Calidad del Aire (*Clean Air Act*), sobre la gasolina reformulada y la gasolina convencional (es decir, la no reformulada).

14 de enero de 1994: El Gobierno de Venezuela solicita, bajo las reglas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), la celebración de consultas formales en relación con el Reglamento sobre Gasolinas. Venezuela alega que el Reglamento sobre Gasolinas discrimina contra la gasolina importada a Estados Unidos, negando a los refinadores extranjeros la opción de usar sus propias líneas de base, a fin de medir el nivel en que la gasolina estaba cumpliendo con las normas ambientales, lo cual sí se permite a los refinadores locales estadounidenses.

11 de febrero de 1994: Venezuela y Estados Unidos sostienen consultas formales, bajo el artículo XXII del GATT, en torno al Reglamento sobre Gasolinas.

21 de abril de 1994: La APA publica una propuesta de reglamento que habría permitido a los refinadores extranjeros establecer líneas individuales de base para medir el nivel en que la gasolina reformulada cumpliría con el Reglamento sobre Gasolinas, durante el período 1995-97, hasta por el monto de las importaciones de gasolina en 1990 correspondientes a cada uno de dichos refinadores.

1. El autor es Abogado en la firma Arnold & Porter, en Washintong, DC. Fue asesor de Petroleos de Venezuela y del Gobierno venezolano en el caso de la Gasolina.

22 de abril y 22 de junio de 1994: El Comité de Medio Ambiente y Obras Públicas del Senado de Estados Unidos y el de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, respectivamente, celebran sesiones sobre la propuesta de reglamento de la APA. En las sesiones, productores locales y algunos grupos ambientalistas se oponen a la propuesta de abril de la APA. Varias agencias, entre las cuales la APA, la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (USTR), los Departamentos de Estado y de Energía, y la Oficina de Administración y Presupuesto prestan su testimonio a favor de la propuesta, defendiendo su proceso de formulación.

Agosto de 1994: Miembros del Congreso de Estados Unidos agregan una enmienda a la ley de presupuesto de la APA para el año fiscal 1995. La enmienda prohíbe el financiamiento necesario para implementar la regla propuesta por la APA. La ley, con la enmienda incorporada, es posteriormente promulgada.

Otoño de 1994: Venezuela solicita el establecimiento de un panel de solución de diferencias que revise su reclamo. Se selecciona el Panel; sin embargo, antes de que empiecen los procedimientos sustantivos, Venezuela retira su solicitud bajo el GATT, a fin de presentar su reclamo ante la OMC.

20 de enero de 1995: Venezuela solicita consultas con Estados Unidos, bajo las disposiciones aplicables del GATT de 1994 (incorporadas en el nuevo Acuerdo de la OMC) y del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo sobre OTC).

24 de febrero de 1995: Venezuela y Estados Unidos sostienen consultas bilaterales. Venezuela alega que el Reglamento sobre Gasolinas viola obligaciones de Estados Unidos bajo los artículos I (trato de nación más favorecida) y III (trato nacional) del GATT, así como bajo las disposiciones análogas del artículo 2 del Acuerdo sobre OTC.

10 de abril de 1995: El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD) aprueba la solicitud de Venezuela para el establecimiento de un panel de solución de diferencias. El OSD agrega además a Brasil, quien había presentado una denuncia similar contra el Reglamento sobre Gasolinas, como parte reclamante en el procedimiento.

Abril de 1995 a enero de 1996: El Panel de solución de diferencias de la OMC considera el caso, dando oportunidad a las partes para presentar sus alegatos y réplicas por escrito, y sosteniendo tres reuniones con las partes en la controversia.

16 de enero de 1996: El Panel de solución de diferencias da traslado a las partes de un informe favorable a Venezuela y Brasil.

29 de enero de 1996: El Panel de solución de diferencias distribuye su informe a todos los Miembros de la OMC.

21 de febrero de 1996: Estados Unidos notifica su decisión de apelar algunas de las conclusiones del informe.

22 de febrero de 1996: El Organo de Apelación de la OMC designa una "división" de tres personas para evaluar la apelación estadounidense.

Febrero a abril de 1996: La División del Organo de Apelación considera el caso, dando oportunidad a las partes para presentar sus alegatos por escrito, y sosteniendo una reunión con las partes en la controversia.

29 de abril de 1996: El Organo de Apelación emite un informe confirmando la recomendación del Panel de que se modifique el Reglamento sobre Gasolinas, con el fin de eliminar el tratamiento discriminatorio del Reglamento contra la gasolina importada, y distribuye el informe a todos los Miembros de la OMC.

20 de mayo de 1996: El OSD adopta el informe del Panel, con las modificaciones introducidas por la decisión del Organo de Apelación.

19 de junio de 1996: Estados Unidos notifica al OSD, que dará cumplimiento a la decisión del Panel, con las modificaciones introducidas.

Libre Comercio y Medio Ambiente: El Caso de las Gasolinas Reformuladas ante la Organización Mundial del Comercio

Luis TINEO¹

I. INTRODUCCIÓN.

El 29 de enero de 1996, los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) dieron su aprobación al informe final emitido por un panel,² respecto a la solicitud hecha por Venezuela para examinar, bajo las normas del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) de 1994, el Reglamento sobre Combustibles y Aditivos para Combustibles: Pautas para la Gasolina Reformulada y Convencional (Reglamento sobre Gasolinas) dictado el 15 de diciembre de 1993, por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de Estados Unidos (APA).³ El informe, apelado por Estados Unidos, fue confirmado en todas sus partes por el Órgano de Apelación de la OMC el 29 de abril de 1996.⁴

El Panel de la OMC consideró que, al aplicar diferentes requisitos para la certificación de gasolina producida en el exterior, de los aplicados a la gasolina producida localmente, Estados Unidos había actuado en forma inconsistente con el artículo III del GATT, relativo a la obligación de otorgamiento de trato nacional. El Panel adicionalmente rechazó los argumentos de Estados Unidos que intentaban justificar dichos requisitos

-
- 1 El autor es abogado (UCAB, 1986), con una Maestría en Derecho Administrativo (Universidad Complutense de Madrid, 1989) y otra en Derecho Internacional Económico (George Washington University, 1995). Actualmente presta sus servicios en la Unidad de Comercio Internacional de la Organización de Estados Americanos. El autor agradece a John Spanogle, Jr., María Estela Bermúdez y a Miguel Rodríguez Mendoza por sus comentarios y sugerencias.
 - 2 Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, Informe del Grupo*, WT/DS2/R (96-0326), 29 de enero de 1996. Estos y otros documentos de la OMC están disponibles en los archivos del Ministerio de Industria y Comercio (MIC) en Caracas.
 - 3 Regulation of Fuels and Fuel Additives: Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. *Federal Register*, Vol. 59, 16 de febrero de 1996, pag. 7716.
 - 4 Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, Informe del Órgano de Apelación*, Documento AB-1996-1, WT/DS2/AB/R (96-1597), 29 de abril de 1996.

bajo las excepciones del artículo XX del GATT, relativas a la protección ambiental y de la salud. Como resultado de su examen, el Panel recomendó a Estados Unidos que ajustara el Reglamento sobre Gasolinas a sus obligaciones bajo el GATT.

Irónicamente, el caso en cuestión -primero presentado ante la recién creada OMC-, involucró a uno de los países más cerrados al comercio de gasolina como lo es Venezuela. Venezuela no permite el comercio privado en esa área dentro de su jurisdicción, reservándolo a empresas públicas. A pesar de que, en los términos de la OMC, Venezuela es considerado un país "en desarrollo", la empresa pública venezolana Petróleos de Venezuela (PDVSA) es una de las empresas más grandes del mundo en términos de volumen de exportaciones, ganancias y participación en los mercados internacionales relevantes. Venezuela es además un país que ha expresado gran reticencia a ser parte del marco multilateral del comercio, teniendo una larga historia de proteccionismo y aislacionismo comercial como estrategia de desarrollo.⁵

La otra parte de la controversia fue Estados Unidos, un tradicional defensor del libre comercio, quien había dictado una de las más avanzadas y complejas normas para el control de la contaminación ambiental en el mundo. El centro de dichas normas era la reducción de la contaminación derivada de emisiones de combustibles, con el objeto de mejorar la calidad del aire a nivel nacional. Su efecto, como problema de comercio internacional, fue la imposición de mayores costos de producción, al igual que mayores restricciones, para la venta de gasolina en el mercado estadounidense. Como consecuencia, Estados Unidos, una vez más, fue acusado de asumir conductas proteccionistas con el objeto de otorgar mayores ventajas a sus industrias nacionales.

Para la OMC como árbitro de la controversia, el caso implicó retomar una vieja discusión, la cual se ha venido intensificando recientemente, como lo es la armonización de las políticas de protección ambiental y sanitarias y

5 Venezuela fue admitida como parte contratante del GATT en 1990, luego de un complejo proceso, cuarenta y dos años después de la aprobación de este Acuerdo General en la Conferencia de Ginebra. El ser parte contratante del GATT de 1947, le otorgó a Venezuela el derecho de ser parte signataria del Acta de Marrakech por la cual se estableció la OMC. Con relación a la adhesión de Venezuela al GATT de 1947, véase la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 34.539, de fecha 27 de agosto de 1990. Con relación al ingreso a la OMC, véase la Gaceta Oficial No. 4.829 Extraordinario, del 29 de diciembre de 1994. Igualmente, véase de la Oficina del Comisionado Presidencial para Asuntos Económicos Internacionales, *El GATT y las Ventajas de la Adhesión de Venezuela* (Caracas: Oficina del Comisionado Presidencial para Asuntos Económicos Internacionales, 1990).

los principios del libre comercio. El problema encierra el balance entre la protección de recursos no renovables, uno de ellos el aire puro, y la necesidad de los países de contar con condiciones seguras y estables para el comercio internacional, que garanticen el objetivo final de promoción de sus ventajas comparativas y de su crecimiento económico.

En efecto, conflictos como el de la controversia en estudio han tenido su causa en que: (i) gran parte del consumo y el deterioro de los recursos naturales ha sido incentivado a través de la adopción de medidas, sin una consideración suficiente de su impacto ambiental; (ii) la promoción de la protección ambiental ha servido en algunos casos como excusa para imponer restricciones injustificadas al comercio; y, (iii) algunos países sin adecuados estándares de protección ambiental han ganado considerables ventajas en el mercado mundial a expensas de aquellos países con mayor preocupación por los impactos ambientales del comercio.⁶

La historia del antiguo GATT, y de la actual OMC, donde el conflicto entre los defensores del medio ambiente y del libre comercio se ha desenvuelto, no ayuda mucho a su solución definitiva. Cuando el GATT fue aprobado en 1947,⁷ la protección ambiental era apenas objeto de preocupación. La única

6 Aun cuando la discusión en detalle de los problemas de política asociados a estos conflictos va más allá del ámbito de este trabajo, una interesante literatura en torno al tema se ha empezado a desarrollar recientemente. Para un análisis pormenorizado, véase, por ejemplo, Robert Housman y Durwood Zaelke, "Trade, Environment, and Sustainable Development: A Primer", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 15, No. 4 (verano de 1992): pp. 535-612. Más recientemente, Alan O. Sykes, *Product Standards for Internationally Integrated Goods* (Washington, DC: The Brookings Institution, 1995).

7 El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) fue establecido en 1947. En enero de 1995, como consecuencia de la aprobación de la Ronda Uruguay, el GATT de 1947 fue sustituido en sus aspectos institucionales por el Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC). El Acuerdo de la OMC está constituido por un Acuerdo General y sus cuatro anexos, seis Entendimientos y un Protocolo.

El Anexo I del Acuerdo General contiene tres (3) sub-anexos. El Anexo IA está compuesto por trece Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías: (1) el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994); (2) el Acuerdo sobre la Agricultura; (3) el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; (4) el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido; (5) el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; (6) el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones (MICS o, en inglés, TRIMS); (7) el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Antidumping); (8) el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994 (Valoración Aduanera); (9) el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición; (10) el Acuerdo sobre Normas de Origen; (11) el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación; (12) el Acuerdo sobre Subvenciones

mención en el texto estuvo limitada al artículo XX que consagraba excepciones frente a la obligación de los países de dar trato nacional a los productos extranjeros, cuando hubiera razones de protección a la vida humana, animal o vegetal, o razones relativas a la conservación de recursos naturales no renovables. Ni siquiera en 1986, cuando se inició la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, fueron consideradas del todo las implicaciones y ámbito de las relaciones entre el medio ambiente y el comercio.

Las prioridades de la Ronda Uruguay giraron principalmente en torno a la reducción de barreras arancelarias y para-arancelarias, particularmente aquéllas derivadas de las prácticas desleales, así como en torno a la creación de normas para la protección de la propiedad intelectual y las inversiones, así como para la liberalización del comercio de servicios.⁸ No obstante, en la Ronda Uruguay se aprobaron nuevas disposiciones concernientes al problema ambiental. Los Acuerdos sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, al igual que la creación del Comité sobre

y Medidas Compensatorias; y, (13) el Acuerdo sobre Salvaguardias. El Anexo 1B contiene el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o, en inglés, GATS). Finalmente, el Anexo 1C contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o, en inglés, TRIPS).

El Anexo 2 del Acuerdo es el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. El anexo 3 es el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales. Por último, el Anexo 4 comprende cuatro Acuerdos Comerciales Plurilaterales sobre: (1) el Comercio de Aeronaves Civiles; (2) la Contratación Pública; (3) los Productos Lácteos; y, (4) la Carne de Bovino.

Respecto al carácter del GATT de 1947, el artículo II:4 del Acuerdo de la OMC establece:

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 según se especifica en el Anexo 1A (denominado en adelante "GATT de 1994") es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, posteriormente rectificado, enmendado o modificado (denominado en adelante "GATT de 1947").

De esta manera, el GATT de 1947 no fue formalmente derogado, sino que fue adoptado con sus rectificaciones, enmiendas y modificaciones, como uno de los cuatro Anexos al Acuerdo General que establece la OMC: el Anexo 1A, llamado GATT de 1994. Para un mayor análisis sobre los problemas jurídicos de la transición del GATT a la OMC, véase, Gabrielle Marceau, "Transition from GATT to WTO: A Most Pragmatic Operation", *Journal of World Trade*, Vol. 29, No. 4 (agosto de 1995): pp. 147-63.

8 Para una revisión de las negociaciones y resultados de la Ronda Uruguay, véase, por ejemplo, David W. Leebon, "An Overview of the Uruguay Round Results", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 34, N° 1 (otoño de 1995): pp. 11-35. También, Judith H. Bello y Mary E. Footer, "Symposium: Uruguay Round - GATT/WTO", *The International Lawyer*, Vol. 29, No. 2 (verano de 1995): pp. 335-511.

Comercio y Medio Ambiente para profundizar la discusión del tema, son nuevas herramientas con que cuentan los países para el diseño de normas y políticas para el tratamiento de las relaciones entre comercio y protección ambiental.

En este contexto, la controversia entre Venezuela y Estados Unidos ante la OMC presenta un nuevo caso para la revisión del conflicto entre la protección del medio ambiente y el libre comercio. Este trabajo tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la controversia a los efectos de revisar algunos aspectos relativos al tema de los obstáculos técnicos al comercio con ocasión de la protección del ambiente y la salud. De igual modo, el caso ofrece una oportunidad para examinar el proceso de elaboración normativa en Estados Unidos, con especial atención en sus mecanismos de desviación proteccionista y algunos aspectos del mecanismo de solución de controversias aprobado en la Ronda Uruguay conforme al cual el caso fue resuelto.

II. EL REGLAMENTO SOBRE GASOLINAS.

A. *La Regulación de los Combustibles.*

El objeto del Reglamento sobre Gasolinas es asegurar que, para 1995, las emisiones contaminantes de los componentes de la gasolina no excedieran los niveles de contaminación atribuibles a la gasolina comercializada en Estados Unidos en 1990. Este Reglamento esencialmente contiene parámetros para el control de los componentes y características de un nuevo tipo de combustible llamado gasolina reformulada, así como de la gasolina convencional en Estados Unidos.⁹

Por mandato de la Ley de Protección de la Calidad del Aire (LPA), el Reglamento sobre Gasolinas prohibió, a partir del primero de enero de 1995, la venta y suministro de gasolina no reformulada a consumidores finales, dentro de nueve zonas metropolitanas de Estados Unidos designadas.¹⁰ Ta-

9 Arnold W. Reitze Jr., "The Regulation of Fuels and Fuel Additives under Section 211 of the Clean Air Act", *Tulsa Law Journal*, Vol. 29, Nos. 3 y 4 (primavera y verano de 1994): pp. 485-540.

10 LPA, Sección 211(k)(6)(a).

les zonas metropolitanas corresponden a las poblaciones de más de 250.000 habitantes que registraron mayores niveles de ozono, durante las épocas de verano del período 1987-89. El resto de las gasolinas, llamadas convencionales, sólo pueden ser vendidas o suministradas fuera de estas áreas, advirtiéndose claramente que se trata de gasolina convencional, no apta para la venta o suministro a consumidores finales en las áreas designadas.¹¹

La gasolina reformulada es certificada por la APA. Para certificar una gasolina como reformulada, el Reglamento sobre Gasolinas establece una serie de requisitos tanto de composición, como de rendimiento sobre dos tipos de emisiones: los Componentes Orgánicos Volátiles (COV), como la olefina y el T-90, químicos orgánicos altamente sensibles al nitrógeno de carbono y a la luz solar, y los Contaminantes Tóxicos del Aire (CTA), comúnmente, benceno, sulfuro, materias orgánicas policíclicas, acetaldehído, y formaldehído. Estos dos elementos son los principales causantes del ozono o *smog* que se forma en torno a los centros urbanos.¹²

Para alcanzar los objetivos en materia de componentes y desempeño de las gasolinas, el Reglamento estableció dos fases para el ajuste de las gasolinas, de convencionales a reformuladas. La Fase I, que va del primero de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1997, es realizada bajo un llamado Modelo Simple.¹³ Durante este período, el programa busca lograr reducciones de emisiones contaminantes del 15 por ciento en los COV y del 16 por ciento en los CTA. Estas reducciones debían observar al menos los niveles de contaminación aprobados en función de una línea de base certificada por la APA. La Fase II, efectiva a partir del 1 de enero de 1998, se realizaría bajo un Modelo Complejo.¹⁴ Así, para el año 2.000 se espera que el programa haya logrado reducciones de los COV del 25 por ciento y de los CTA del 22 por ciento.

11 Ibid., Sección 211(k)(10)(e).

12 Los requisitos de composición de la gasolina incluyen un contenido mínimo de oxígeno del 2 por ciento, de benceno del 1 por ciento, la exclusión de plomo y manganeso, una concentración de hidrógenos aromáticos del 25 por ciento, y proporciones de detergentes para prevenir la acumulación de residuos en los motores. Por lo que refiere a los requisitos de rendimiento, la gasolina debe observar pautas sobre emisiones de COV y CTA, incluyendo reducciones graduales del 15 por ciento de los químicos antes mencionados a partir del año 1995, a ser continuadas hasta llegar al 25 por ciento para el año 2.000. Ibid., Sección 211(k)(10)(c).

13 Reglamento sobre Gasolinas, Sección 80.41.

14 Ibid., Sección 80.45.

Con relación a las gasolinas convencionales, el Reglamento sobre Gasolinas establece ciertos parámetros para evitar la degradación de su composición y controlar sus posibles efectos contaminantes en las áreas de menos contaminación. Estos parámetros tienen como punto de referencia los niveles de emisiones contaminantes generados en 1990; sin embargo, no están sujetos a ningún cronograma, y por tanto rigen indefinidamente.

B. La Racionalidad del Programa de Gasolinas Reformuladas.

Cuando el programa de gasolinas reformuladas fue discutido en el Congreso de Estados Unidos con ocasión de la enmienda de la LPA de 1990, una de las grandes preocupaciones en relación con las reducciones de contaminación ambiental derivadas de combustibles, era el costo económico de los ajustes. En la discusión de la LPA, el Congreso estuvo consciente del impacto económico que el programa de gasolina reformulada tendría para la industria de la gasolina, al igual que para el resto de la economía, debido al incremento que el traslado de los costos de producción tendría en los precios finales de los bienes. Con esta preocupación, el Congreso delegó en la APA la labor de asegurar que la observancia de las pautas no fuera a constituirse en una carga financiera más excesiva de lo necesario para los productores y los consumidores.¹⁵

Para el tiempo en que la enmienda de la LPA de 1990 fue promulgada, la APA conocía claramente cuáles eran los niveles de reducción de COV y CTA requeridos para obtener los niveles ambientales demandados por la ley. No obstante, la Agencia no tenía claridad sobre el impacto de contaminantes tan influyentes como el benceno, el sulfuro, la olefina y el T-90 en el ambiente. Dichos contaminantes nunca antes habían sido objeto de regulación y, consecuentemente, los productores de gasolina jamás habían prestado atención al impacto ambiental de los mismos. Una imposición de esta naturaleza, sin haber realizado suficiente investigación y sin haber tenido demostraciones materiales de tales supuestos, hubiera sido extremadamente costosa para los productores. Dadas las limitaciones impuestas por el plazo de lanzamiento del programa, la APA decidió alcanzar los objetivos de la LPA en dos fases.

Al dividir el proceso de ajuste en dos fases, la APA se dio más tiempo para verificar sus supuestos sin arriesgar causar los temidos efectos econó-

¹⁵ Exposición de Motivos del Reglamento sobre Gasolinas, 59 *Federal Register* 1134.

nicos que el programa representaba, a la vez que le dio mayor flexibilidad a los productores para asumir los objetivos propuestos de una manera más racional. Las dos fases de ajuste están identificadas con dos modelos de producir gasolina reformulada: el simple y el complejo.

Bajo el modelo simple, la APA buscó ayudar a los productores a planear las modificaciones de sus refinerías de acuerdo al impacto individual que sus contaminantes tuvieran en el ambiente. De esta manera, la APA podría medir más acertadamente el peso de cada contaminante y el costo real de la reformulación de las gasolinas y así evaluar el impacto de todo el proceso para el tiempo en que el modelo complejo estuviera en vigencia. Bajo el modelo complejo, todos los contaminantes serían tratados de igual forma, independientemente del costo de ajuste que esto pudiera implicar para quien comercializara gasolina en Estados Unidos.

La dificultad del Reglamento sobre Gasolinas residía en el período inicial de ajuste (1995-97) y los problemas fundamentales se centraron en cómo comenzar el proceso de reformulación con certeza, transparencia, y factibilidad económica para todos los participantes en el poderoso mercado de las gasolinas. Consecuentemente, los problemas de observancia del Reglamento y de consistencia con las normas del GATT se observarían durante este período.

C. La Certificación de las Líneas de Base durante la Fase Inicial (1995-97).

Bajo el modelo simple, la APA verificaría el proceso de ajuste de gasolina convencional a reformulada, comparando las reducciones de las emisiones contaminantes de la gasolina de cada productor, con relación a una línea de base contentiva del promedio de los componentes de la gasolina que, en 1990, el mismo productor produjo y vendió en Estados Unidos.¹⁶

Si la información suministrada por los productores no era verificable o no estaba disponible, la certificación de las gasolinas se basaría en una comparación con una línea de base establecida en el propio Reglamento sobre Gasolinas. La línea de base reglamentaria establecía una lista de parámetros basada en el promedio de emisiones contaminantes de todas las gasolinas comercializadas a nivel nacional en 1990. De esta manera la APA

16 Reglamento sobre Gasolinas, Sección 80.40.

intentó asegurar que aquella gasolina cuya información no fuera confiable, no fuera más contaminante que el promedio nacional.

El Reglamento sobre Gasolinas estableció tres métodos para obtener la aprobación de una línea de base, y consecuentemente, obtener el derecho a comercializar dicha gasolina como reformulada o convencional durante el período 1995-1997: (i) el método I requería el uso de información sobre la composición y volumen de la gasolina comercializada en Estados Unidos en 1990; (ii) en defecto del método I, el método II requería el uso de la información disponible sobre la composición y métodos de combinación de los componentes de la gasolina comercializada en 1990; y, (iii) de no ser posible reunir la información de los métodos anteriores, el método III requería el uso de la información disponible sobre la composición de cualquier año siguiente a 1990.¹⁷

El Reglamento sobre Gasolinas sometió a dos tipos de productores a los parámetros de la línea de base reglamentaria por considerar que su información no era verificable o simplemente no estaba disponible: (i) los productores nacionales que hubiesen iniciado actividades después de 1990, o que hubiesen desarrollado actividades de producción durante un período inferior a seis meses, por su bajo impacto contaminante; y, (ii) los productores extranjeros cuya información no conformara los requisitos del método I, en razón de las dificultades para conducir investigaciones y obtener pruebas en el exterior y de someter a los productores extranjeros y sus oficiales a los procedimientos estadounidenses en caso de infracciones.¹⁸

Esta forma diferente de certificar como reformuladas a las gasolinas locales y a las producidas en el exterior, es el punto que originó la controversia ante la OMC, y consecuentemente, será el centro del resto de este análisis.

IV. LA CONTROVERSIA ANTE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO.

A. *El Proceso de Elaboración del Reglamento sobre Gasolinas y la Discusión sobre el Trato Diferenciado entre las Gasolinas.*

Aun cuando la controversia comenzó formalmente el 15 de diciembre de 1993, con la aprobación del Reglamento sobre Gasolinas, el caso tiene

17 Ibid., Sección 80.91.

18 Idem.

sus orígenes en 1991, cuando la APA dictó un aviso inicial sobre la propuesta de elaboración de un reglamento de gasolinas reformuladas.¹⁹ Bajo dicha propuesta, los productores extranjeros eran tratados de la misma manera que los productores locales en el establecimiento de las líneas de base.

El tratamiento no diferenciado fue amenazado cuando la APA presentó una nueva propuesta contenida en el aviso suplementario para la elaboración de un reglamento de gasolinas reformuladas, del 16 de abril de 1992 (Propuesta de 1992).²⁰ La nueva propuesta establecía una separación entre extranjeros y nacionales, ordenando la certificación de los extranjeros conforme a parámetros de la base reglamentaria. PDVSA comenzó su oposición a la Propuesta de 1992 indicando que, de aprobarse, sería violatoria de las obligaciones de Estados Unidos bajo el GATT de 1947. PDVSA reclamaba que someterse a los requisitos de la base reglamentaria hacía más difícil la certificación para los extranjeros que para los productores nacionales, y en consecuencia, creaba una injustificada discriminación en el comercio internacional de gasolinas. Durante las audiencias públicas, PDVSA suministró información a la APA que mostraba su capacidad de reunir los mismos requisitos exigidos a los productores nacionales.

Los argumentos de PDVSA fueron favorablemente recibidos por la APA, y se rectificó la propuesta de tratamiento diferenciado, sugiriéndose la certificación de la gasolina extranjera con un límite de importaciones al volumen de gasolina importada en 1990.²¹ La propuesta de rectificación fue severamente criticada, tanto por representantes del Congreso, como por productores locales, lo cual forzó a la APA a desecharla. En enero de 1994, Venezuela, país principalmente afectado por el Reglamento sobre Gasolinas, decidió iniciar una reclamación formal ante el viejo GATT.

En respuesta a dicha acción, Estados Unidos accedió a un compromiso con el gobierno venezolano,²² por el cual se modificaría el Reglamento sobre

19 "Regulation of Fuels and Fuel Additives: Standards for Reformulated Gasoline, (Proposed Rule)". *Federal Register*, Vol. 56, 14 de abril de 1991, pag. 31.176.

20 "Regulation of Fuels and Fuel Additives: Standards for Reformulated Gasoline, (Supplemental Notice of Proposed Rulemaking)". *Federal Register*, Vol. 56, 12 de agosto de 1992, pag. 13416.

21 "Regulation of Fuels and Fuel Additives: Standards for Reformulated Gasoline, (Proposed Rule)". *Federal Register*, Vol. 58, 17 de febrero de 1993, p. 11.722.

22 "Regulation of Fuels and Fuel Additives: Standards for Reformulated Gasoline, (Proposed Rule)". *Federal Register*, Vol. 59, 3 de mayo de 1994, p. 22.800.

Gasolinas de 1993. La APA justificó la propuesta de modificación del Reglamento, reconociendo su inconsistencia con el régimen entonces vigente del GATT, consideraciones éstas que provocaron la oposición de varios Congresistas quienes forzaron a la APA a mantener el trato diferenciado.²³

Parte del rechazo a la propuesta de modificación del Reglamento sobre Gasolinas se debió a las negociaciones bilaterales sostenidas entre representantes de Venezuela, y de la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos, del Departamento de Estado, y de la APA, más que a las razones de derecho alegadas. En el caso de la gasolina venezolana, el hecho de que la propuesta de modificación hubiera sido reactivada como contrapartida al compromiso venezolano de retirar su reclamo ante el GATT, sin haber seguido los procedimientos establecidos para la modificación de un reglamento, fue percibido por algunos congresistas como la intromisión del gobierno de un país pequeño, en decisiones internas de Estados Unidos.²⁴

Por otro lado, el Representante Comercial y el Departamento de Estado temían una controversia en la OMC por varias razones. La Ronda Uruguay acababa de culminar exitosamente y Estados Unidos estaba en el proceso de aprobar el paquete legislativo para su implementación. No parecía conveniente para Estados Unidos ser quien inaugurara el recién aprobado mecanismo de solución de controversias, en la posición de demandado. Por otra parte, las evidencias demostraban que el caso sería decidido en contra de Estados Unidos, siendo ésta una de las raras veces en que Estados Unidos estaba públicamente consciente de ello. Finalmente, desde 1989, Estados Unidos llevaba adelante una controversia de similar naturaleza, pero esta vez como demandante, con ocasión de la prohibición impuesta por la Unión Europea a la importación de carne de bovino con hormonas.

23 "Improper White House Pressure Prompts EPA Plan for Venezuela, Senator Baucus Charges", *International Trade Reporter*, Vol. 11, 27 de abril de 1994, p. 659.

24 Detrás de la insistencia del Congreso estadounidense estuvo la poderosa influencia sobre congresistas representantes de estados de la costa este por parte de empresas como Crown Central Petroleum, Sun Oil y Mobil Oil, y la de grupos de interés como el Independent Refiners Coalition, el Center for International Environmental Law y la National Petroleum Refiners Association, los cuales favorecían el mantener fuera de la regla general a las gasolinas extranjeras. Véase el archivo de deliberaciones y documentos suministrados por los referidos interesados ante el *Senate Environment and Public Works Committee Hearing Regarding the Foreign Refiner Issue durante 1994*. Disponible en el archivo "Venezuela/Brazil- United States: U.S. EPA Gasoline Standards". USTR Reading Room, Docket WTO/D-1.

Dejando aparte las consideraciones anteriores, siempre existió un acuerdo en todas las instancias oficiales de que el problema de certificar gasolinas extranjeras con base en la información que sus productores suministraran, era cómo aplicar y ejecutar el Reglamento sobre Gasolinas en el exterior. El hecho de que los productores extranjeros tuvieran sus instalaciones y refinerías en otros países hacía difícil a la APA la conducción de investigaciones y los procesos de seguimiento de los niveles de reducción de emisiones contaminantes. Aun cuando PDVSA se comprometió a otorgar todo tipo de facilidades a la APA para el acceso a sus registros e instalaciones, la APA necesitaba recursos financieros adicionales a su presupuesto para extender sus actividades en el exterior.

Para el Congreso estadounidense era fundamental terminar con los arreglos entre funcionarios de los dos gobiernos, y la mejor forma de apuntalar el Reglamento sobre Gasolinas vigente fue rechazando el financiamiento adicional solicitado por la APA. En efecto, el 12 de septiembre de 1994, la Cámara de Representantes del Congreso de Estados Unidos introdujo una disposición en la ley de apropiaciones para el año fiscal 1995, por la cual se prohibía a la APA el uso de recursos con ocasión de actividades que tuvieran lugar en el exterior con relación a la certificación y proceso de seguimiento al contenido de las gasolinas extranjeras.²⁵ Esta decisión terminó las discusiones sobre la modificación del Reglamento sobre Gasolinas dejando vigente la certificación diferenciada de las gasolinas reformuladas.

A partir de la decisión del Congreso estadounidense, Venezuela introdujo una reclamación ante la OMC para el establecimiento de un panel, el cual fue acordado por el nuevo Organismo para la Solución de Diferencias el 10 de abril de 1995.²⁶ El 19 de mayo de 1995, después de agotar la etapa de consultas con Estados Unidos, Brasil presentó su reclamación ante la OMC, básicamente respaldando la petición venezolana. El 29 de mayo, Venezuela presentó formalmente sus argumentos por escrito. Brasil lo hizo el 5 de junio. Otros países como Australia, Canadá, la Unión Europea, y Noruega se reservaron sus derechos a ser partes de la controversia como terceros interesados.

25 Esta propuesta fue formulada por la Senadora del estado de Maryland, Barbara Mikulski, a pedido de Crown Central Petroleum, empresa ubicada precisamente en dicho Estado.

26 El Panel, establecido el 10 de abril de 1995, estuvo constituido por Joseph Wong (de Hong Kong), Crawford Falconer (de Nueva Zelandia) y Kim Luotonen (de Finlandia).

B. Aspectos Jurídicos Relevantes de la Controversia.

La reclamación venezolana se fundamentó en el innecesario trato discriminatorio otorgado a los productores extranjeros de gasolina para acceder al mercado estadounidense. Según el alegato venezolano, esta discriminación violaba las obligaciones de Estados Unidos bajo los artículos I y III del GATT al negar el trato nacional, imponiendo una regulación más restrictiva de lo necesario a los productores extranjeros de gasolina y una más favorable para los productores locales.

Venezuela estimó que la discriminación en la certificación imponía mayores costos de ajuste en la gasolina producida en el exterior que en la local. Ello se traducía, por una parte, en la necesidad de cuantiosas inversiones para ajustar el promedio de emisiones de su gasolina al nivel impuesto por el Reglamento sobre Gasolinas, inversiones en las cuales no tenían que incurrir los productores locales. Por otra parte, mientras el ajuste era realizado, las gasolinas extranjeras no podían ser certificadas, y por tanto, no podían ser comercializadas en las áreas de venta obligatoria de gasolina reformulada. Esto implicaba que, o eran vendidas a los consumidores finales como gasolina convencional, o a otros productores locales como producto intermedio para ser mezclada con otras gasolinas certificadas como reformuladas. En cualquiera de los dos casos, la gasolina venezolana sería vendida a valores inferiores a las gasolinas reformuladas locales, en mercados marginales nunca antes explorados por PDVSA.

Para Estados Unidos,²⁷ la certificación diferenciada estaba plenamente justificada bajo las excepciones a la obligación de trato nacional del artículo XX, toda vez que ella contribuía a la conservación del aire puro como recurso no renovable, y como objetivo último de todo el sistema de regulaciones ambientales. Estados Unidos estimaba que los estándares sobre el registro de información relativa a la composición de las gasolinas extranjeras estaban por debajo de las exigencias de la LPA, y por tanto, dichos registros no eran confiables.

Por otra parte, Estados Unidos insistió en que lo más importante de la regulación no era la certificación de las gasolinas, sino la verificación del

²⁷ Basado en las versiones públicas del primer y segundo escritos presentados por Estados Unidos el 2 y 17 de agosto de 1995. Disponible en el archivo "Venezuela/Brazil- United States: U.S. EPA Gasoline Standards". USTR Reading Room, Docket WTO/D-1.

proceso de reducción de emisiones contaminantes. Para lograr esto, la APA tenía que conducir investigaciones permanentes que requerían de información confiable y de visitas a las instalaciones. Estas acciones no podían ser realizadas en el exterior por las limitaciones para la aplicación extraterritorial de normas estadounidenses, y porque ello implicaba destinar recursos públicos elevados a acciones cuyos costos se estimaron razonables en su aplicación nacional, mas no así en su aplicación internacional.

Según Estados Unidos, permitir la certificación e importación de gasolinas extranjeras como reformuladas ponía en peligro la vida humana, animal y vegetal, por lo cual había una razón legítima para imponer restricciones al libre comercio de gasolinas. Adicionalmente, permitir la importación de gasolinas extranjeras sin los debidos estándares, contribuiría a otorgar ventajas competitivas a empresas de países que no tenían las mismas regulaciones ni los mismos mecanismos sobre protección ambiental que Estados Unidos.

Para el panel de la OMC, la argumentación se resumía en un simple hecho a resolver: Si un País Miembro podía imponer diferentes requisitos de composición a las gasolinas producidas en el exterior que a las producidas localmente, a los efectos de cumplir con sus estándares para la reducción de la contaminación ambiental.

C. El Marco Multilateral del Comercio y la Protección Ambiental.

Los conflictos entre naciones derivados de la aplicación discriminatoria de normas y estándares técnicos para la protección ambiental y sanitaria no son nuevos en el comercio internacional. Los problemas en esta área han estado asociados con la creencia de los países de que los objetivos comerciales son de menor importancia cuando el medio ambiente y la salud de sus ciudadanos están envueltos. Aun cuando se argumente que tales normas son aplicadas por razones legítimas, las mismas se han convertido, hoy en día, en una de las principales barreras al comercio. La justificación de estas medidas bajo las reglas multilaterales del comercio siempre ha sido un dolor de cabeza para los países que las aplican en razón de la interferencia que las mismas tienen con la soberanía de cada país.

Así, es frecuente encontrar países que establecen diferentes especificaciones para el comercio de ciertos bienes en función de la protección

de la salud o del ambiente. Esto impone a los productores, modificaciones en sus productos y a veces en el proceso de producción para cumplir con las especificaciones del país importador. Cuando estas especificaciones técnicas exceden de lo necesario para cumplir con las regulaciones sobre la salud o la protección del ambiente, se considera que las mismas pueden constituir barreras al comercio internacional. La racionalidad detrás de este principio está en que la imposición de dichas especificaciones conlleva un aumento en los costos del productor extranjero, quien debe modificar su producto para adecuarlo a las especificaciones de cada mercado. Estos costos luego son transferidos al consumidor en precios más altos.

Bajo el GATT de 1947, y ahora bajo el de 1994, las restricciones al comercio por razones ambientales y sanitarias se han justificado como excepciones a la regla general de trato no discriminatorio contenida en el artículo III.²⁸ Así, la típica controversia sobre normas técnicas ha sido resuelta (i) determinando bajo el artículo III si la medida otorgaba un trato menos favorable a los productos extranjeros que a los productos locales; y luego, (ii) determinando residualmente si de conformidad con el artículo XX había motivos para excusar el trato diferenciado, bien bajo el literal (b), el cual permite a un país la aplicación de medidas necesarias para proteger la vida humana, animal o vegetal; bajo el literal (d), el cual permite la aplicación de medidas necesarias para lograr la observancia de leyes y reglamentos; o bajo el literal (g), el cual permite la adopción de medidas relativas a la conservación de recursos naturales no renovables.

Definir la línea entre el artículo III y el artículo XX fue difícil de lograr bajo el GATT de 1947. La falta de normas precisas a nivel sustantivo y procedimental, y la influencia de la política que giraba alrededor de cada controversia hizo de las normas técnicas una barrera comercial cuya legalidad fue intocable por mucho tiempo.²⁹ Aunque no fueron muchos los casos objeto de acción final bajo el GATT de 1947, los paneles fueron capaces de fijar importantes precedentes cuya aplicación es todavía válida hoy en día. Uno de los logros más resaltantes de la Ronda Uruguay fue precisamente el haber dispuesto la aplicación de normas más comprensivas para el análisis de las

28 John J. Barceló III, "Product Standards to Protect the Local Environment - the GATT and the Uruguay Round Sanitary and Phytosanitary Agreement", *Cornell International Law Journal*, Vol. 27, No. 3 (otoño de 1994): p. 761.

29 *Ibid.*, p. 762.

normas y estándares técnicos. Con estas normas se espera romper el círculo vicioso en la aplicación de los artículos III y XX, en el cual ha quedado atrapada la protección ambiental, sanitaria, y del libre comercio internacional.

1. Artículo III: El Principio de Trato Nacional:

El trato nacional es uno de los principios fundamentales del sistema multilateral del comercio internacional. El artículo III del GATT establece la obligación básica de no discriminación en contra de productos importados de otros países miembros del Acuerdo. El artículo III:4 es particularmente importante a los efectos de asegurar que las medidas sean aplicadas en una forma transparente y no discriminatoria, tanto a los productos nacionales como a los importados.

El artículo III:4 del GATT establece:

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....

Este numeral es la norma fundamental para el análisis de los reglamentos técnicos.

Los países exportadores afectados por normas técnicas frecuentemente alegan que gran parte de la sofisticación de estas normas tiene en el fondo el objeto de proteger productos locales contra las importaciones. Esta fuente de alegaciones ha sido el centro de la doctrina de la *discriminación de facto o implícita* que explica el contenido del artículo III:4.³⁰ De acuerdo con esta doctrina, una norma que en apariencia resulte no discriminatoria pudiera ser considerada lo contrario, si sus efectos en la práctica resultan discriminatorios y favorables a los productores locales.³¹ Dos decisiones de paneles del GATT han sentado las bases para definir el problema de la discriminación implícita.

30 John H. Jackson, "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 49, No. 4 (otoño de 1992): pp. 1236-37.

31 *Ibid.*, p. 1237.

En *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*,³² la controversia concernía la aplicación de una ley estadounidense sobre prácticas y otros métodos de competencia desleal para la importación y venta de ciertos bienes que infringieran derechos sobre patentes válidas en Estados Unidos. El planteamiento a resolver era si el procesamiento de las infracciones a patentes sobre productos extranjeros bajo normas diferentes a las aplicadas para las infracciones a productos nacionales, constituía un trato menos favorable de aquél acordado a productos similares de origen local en violación del artículo III:4 del GATT. Al examinar el problema, el Panel analizó los conceptos claves relacionados con el trato nacional: (i) el concepto de leyes y normas, y (ii) el concepto de trato no menos favorable.

Con relación al primer concepto, el Panel definió como ley o norma, toda medida que rija directamente las condiciones de venta o de compra, o pueda alterar en el mercado interior las condiciones de competencia entre el producto de origen nacional y el producto de importación.³³ Por lo que se refería al segundo concepto, el Panel determinó que existía trato no menos favorable cuando una medida afectara el equilibrio de oportunidades de acceso a un mercado, sin que ello significara que la mera aplicación de normas diferentes representara un trato discriminatorio.

En algunos casos, expresa el informe del Panel, "...la aplicación de disposiciones legales formalmente idénticas puede representar en la práctica un trato menos favorable para los productos importados y, por tanto, una parte contratante puede tener que aplicar a esos productos disposiciones legales diferentes para asegurar que el trato que se les da no sea en realidad menos favorable."³⁴ Con esto, el Panel dejó sentado que el análisis de este tipo de medidas debe centrarse en los aspectos sustantivos, y no sólo en los aspectos formales de las mismas.

El segundo aspecto frecuentemente alegado por los países exportadores es que el trato discriminatorio va de la mano con el propósito de proteger la producción local, condición que debe ser demostrada conforme al artículo

32 GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 36to. Suplemento (Ginebra: GATT, 1990), pp. 402-70

33 *Ibid.*, p. 450.

34 *Ibid.*, p. 451.

III:1 del GATT, relativo a la prohibición de otorgar protección a los nacionales con ocasión de la aplicación de leyes y normas internas.

El artículo III:1, en su parte relevante, establece:

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 proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

En *Estados Unidos - Impuestos sobre Automóviles*,³⁵ un panel del GATT examinó una ley estadounidense que establecía un tratamiento fiscal diferenciado a los automóviles, basado en la eficiencia de su combustión. El reclamante de este caso, la Unión Europea, alegó que tal tratamiento otorgaba protección a los productores locales en detrimento de los automóviles de Europa. El Panel identificó los dos ángulos del significado de la expresión "para otorgar protección" del artículo III:1, en los siguientes términos:

Una medida puede tener la intención de acordar protección si, a la luz de las circunstancias en las cuáles ésta fue adoptada, y en particular, a la luz de los instrumentos que la parte contratante tenía disponibles para lograr el cambio en las condiciones competitivas en favor de los productos domésticos fue un resultado buscado y no meramente una consecuencia incidental en la búsqueda de un objetivo legítimo de política. Una medida puede tener el efecto de acordar protección a la producción doméstica si ésta acuerda mayores oportunidades competitivas a los productores domésticos que a los productos importados.³⁶

Basado en la distinción anterior, el Panel encontró que aunque la legislación impositiva no tenía la intención de acordar protección a la

35 "GATT Panel Report", *International Legal Materials*, Vol. 33 (febrero de 1994): p. 1397.

36 *Ibid.*, p. 1457.

producción local, ciertamente tenía un efecto proteccionista, toda vez que imponía un costo adicional a los productores extranjeros que hacía que sus automóviles inevitablemente resultaran más costosos que los locales.

A la luz de estos conceptos, cualquier país que quiera proteger su medio ambiente o la salud de sus ciudadanos debe tomar en consideración que el concepto de no discriminación abarca la característica de ser neutral tanto de Derecho como de hecho. Consecuentemente, no existirá violación del GATT cuando las normas observen esta interpretación del principio al trato nacional.

2. Las Excepciones del Artículo XX sobre Protección Ambiental.

Aun siendo discriminatoria, una medida puede justificarse plenamente bajo el régimen de la OMC si, alegada como defensa por el país importador, ésta cae dentro de una de las diez excepciones del artículo XX del GATT.

Las excepciones del artículo XX son el paracaídas típico que los países importadores tienen para salvaguardar la legitimidad de sus medidas cuando éstas son atacadas por discriminatorias. Sin embargo, las restricciones al comercio generalmente conllevan un efecto proteccionista; a pesar de que el país que impone la medida podrá alegar que ésta era necesaria, siempre existe la posibilidad de que los países afectados la impugnen. Por esta razón los paneles del GATT, para evitar eventuales abusos de estas excepciones, han interpretado las mismas de la manera más restrictiva, poniendo la carga de la prueba sobre el país que las invoque.³⁷ Las tres excepciones más alegadas, y consecuentemente, el foco de virtualmente todas las controversias en materia de reglamentos técnicos ante el GATT, son las contenidas en los subparágrafos (b), (d), y (g) del artículo XX.³⁸

37 Steve Charnovitz, "Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX", *Journal of World Trade Law*, Vol. 25, N°5 (octubre de 1993), p. 47.

38 Los subparágrafos (b), (d) y (g) del artículo XX del GATT establecen:
A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:
b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo...;
g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;...

Bajo el subpárrafo (b) del artículo XX, el país importador tiene la carga de demostrar que la medida discriminatoria ha sido necesaria para proteger la salud humana, animal o vegetal; que ha sido necesaria para alcanzar su objetivo de política; y que no ha sido aplicada de una manera arbitraria o injustificada o que resulte una restricción encubierta del comercio. El término *necesaria*, dado su carácter discrecional, ha sido utilizado con excesiva amplitud por los países importadores, por tanto ha sido el concepto cuya interpretación ha sido la más consistentemente restringida por parte de los paneles del GATT y cuyo análisis se ha circunscrito a las opciones o alternativas disponibles por el país para la protección de sus objetivos de política.³⁹

Se considera que una medida es *necesaria* cuando no existen medidas alternativas consistentes con el GATT. El informe del panel del GATT en 1989, en el caso *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, determinó que:

...una parte contratante no puede justificar en tanto que "necesaria" en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General...⁴⁰

El término *necesaria* es igualmente utilizado en el subpárrafo (d) del artículo XX del GATT. Bajo este supuesto, el país importador debe demostrar concurrentemente que la medida ha sido adoptada para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones no inconsistentes con el GATT; que la misma es necesaria para dar cumplimiento a tales leyes o regulaciones; y que no es aplicada de manera arbitraria o injustificadamente discriminatoria, ni constituye una restricción encubierta al comercio. En este supuesto, la interpretación se limita a justificar medidas tendientes a asegurar los términos

39 Para un análisis más detallado véase, Jan Klabbbers, "Jurisprudence in International Trade Law: Article XX of GATT", *Journal of World Trade*, Vol. 26, No. 2 (abril de 1992): pp. 63-94.

40 GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 36to. Suplemento (Ginebra: GATT, 1990), p. 459

de las leyes o regulaciones, dejando por fuera aquellas que tiendan a asegurar los objetivos ulteriores de éstas.

Como condición adicional en materia ambiental, bajo el subparágrafo (g) del artículo XX del GATT, el país importador debe demostrar que el objeto de la medida está relacionado con la conservación de recursos naturales no renovables, y que la medida fue hecha efectiva conjuntamente con restricciones sobre la producción o el consumo nacionales. Para definir la admisibilidad de esta excepción es necesario establecer el vínculo causal entre la medida y el objetivo de protección ambiental.

3. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo sobre OTC) constituye una tercera fuente normativa para el tratamiento de las barreras técnicas. Este Acuerdo impone a los miembros nuevas disciplinas y obligaciones, con el objeto de asegurar que las normas o reglamentos técnicos adoptados no anulen la obligación de otorgar trato nacional a los productos importados y sirvan como meros artificios para obstaculizar el comercio, en lugar de ayudar a lograr objetivos legítimos.

El Acuerdo sobre OTC cubre lo relativo a la formulación de normas y reglamentos técnicos, así como los procedimientos para evaluar la conformidad de éstos con los principios del GATT. Al mismo tiempo, el Acuerdo sobre OTC precisa los conceptos contenidos en el artículo III del GATT, al reconocer que los países tienen el derecho de proteger, a niveles que ellos consideren apropiados, la vida humana, animal o de las plantas, la salud y el medio ambiente, mediante la aplicación de normas y reglamentos técnicos, siempre y cuando éstos no “tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional.”⁴¹

En este sentido, el Acuerdo sobre OTC establece principios contra prácticas discriminatorias a los efectos de que las mismas: (i) no sean más restrictivas de lo necesario; (ii) estén basadas en la evaluación de los riesgos de acuerdo con la información científica y técnica disponible; y, (iii) no sean arbitrarias o injustificablemente discriminatorias.⁴² Aunque muchos de estos

41 Acuerdo sobre OTC, Artículo 2.2.

42 Idem.

conceptos fueron parte del viejo Código de Obstáculos Técnicos, el hecho de que éste fuera adherido sólo por cuarenta países, y no tuviera autoridad ejecutoria lo hizo inaplicable a todos los efectos prácticos.⁴³ Consecuentemente, las disposiciones de este Acuerdo sobre OTC son nuevas para la mayoría de sus miembros.

Una de las innovaciones medulares del Acuerdo sobre OTC es la cobertura de normas y reglamentos relacionados con las características del producto mismo, y no únicamente con los métodos de producción y procesamiento del producto como era entendido en el pasado. Así, el Acuerdo contiene disposiciones sustantivas relativas a la preparación, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, las cuales permiten a los países afectados solicitar la justificación de las medidas adoptadas por el país importador. Iguales disposiciones se aplican para las evaluaciones de la conformidad de los reglamentos técnicos.

Estas obligaciones buscan reducir los problemas de *discriminación implícita* con el objeto de facilitar la determinación sobre si una medida tiene como efecto crear una barrera *innecesaria* al comercio, o si simplemente no se corresponde con los estándares internacionales generalmente aceptados. Ello asegura proporcionalidad entre los riesgos y los daños que su no implementación pudiera crear, dando al país importador la oportunidad de demostrar, antes de implementar la medida, que ha agotado todas las posibles alternativas para resolver los problemas que la misma intenta prevenir o eliminar.

En el caso de las gasolinas reformuladas, debió ser aplicado el Acuerdo sobre OTC. No obstante, sin dar ninguna justificación, el Panel resolvió la controversia conforme a las normas del GATT.

43 El Código sobre Obstáculos Técnicos fue aprobado en 1980, como resultado de la Ronda de Tokio de negociaciones comerciales multilaterales del GATT (1973-79). Este acuerdo, al igual que el resto de los códigos no arancelarios aprobados en dicha Ronda (sobre subsidios y derechos compensatorios, antidumping, valoración aduanera y compras gubernamentales), fue un acuerdo voluntario, obligatorio sólo para aquellos países que desearan adherirse a él. Venezuela se adhirió al Acuerdo General de 1947, sin suscribir obligaciones con relación a los mencionados códigos no arancelarios. Con relación al viejo Código sobre Obstáculos Técnicos, véase, Lawrence Eicher, Technical Regulations and Standards, en *The Uruguay Round: A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations*, J. Michael Finger y A. Olechowski, eds. (Washington, DC: The World Bank, 1987), pp. 137-145.

D. El Acuerdo de la OMC y el Reglamento sobre Gasolinas.

1. El Reglamento sobre Gasolinas dio un Trato menos Favorable a las Gasolinas Extranjeras Protegiendo a los Productores Locales.

La protección del aire puro es ciertamente un objetivo legítimo para restringir el comercio, y nada en el GATT impide a Estados Unidos imponer regulaciones para controlar el contenido de la gasolina vendida en su jurisdicción en los niveles que estime adecuados.

Se admite que el otorgamiento de trato diferenciado no es inconsistente con las obligaciones dentro del GATT, siempre y cuando las medidas adoptadas no otorguen mayores ventajas competitivas a la producción local. En el caso bajo estudio, esta ventaja quedó reflejada en el hecho de que la base reglamentaria fue más rigurosa que el promedio de emisiones de las bases de la mayoría de las gasolinas estadounidenses, particularmente de aquellas producidas en la costa este de Estados Unidos, donde se vende la mayor parte de las gasolinas de los productores extranjeros.

El Panel de la OMC declaró que el Reglamento sobre Gasolinas era una medida discriminatoria, violatoria del GATT, al imponer a la gasolina extranjera el cumplimiento de unos requisitos más restrictivos para su comercialización que los exigidos a las gasolinas estadounidenses. El hecho que a los productores locales les fuera permitido fijar sus promedios de acuerdo con su propia información les otorgaba considerables ventajas.

El uso de líneas de base individuales facilitaba el cumplimiento con el Reglamento sobre Gasolinas, sin tener que incurrir en transformaciones sustanciales en el proceso de producción. Para los productores extranjeros, el uso de una base reglamentaria imponía costosas transformaciones de difícil observancia. Esta distinción implicaba que los productores locales no necesitaban hacer transformaciones de sus procesos de producción hasta 1997, mientras que para los productores extranjeros ello implicaba un enorme monto de inversiones para ajustar sus procesos de producción a los niveles exigidos por la base reglamentaria.

Dicha imposición significaba en términos prácticos: (i) costosos cambios en los métodos de producción a nivel de sus refinerías, y (ii) la venta de gasolina a productores independientes. Esto a su vez significaba sustanciales reducciones tanto en el volumen de gasolina exportada, como

en los precios. El efecto final, aunque ésta no fuera la intención del Reglamento sobre Gasolinas, era la protección de la industria local estadounidense mediante la restricción del comercio, efecto que otorgó ventajas a los productores nacionales contrarias al espíritu de la OMC.

Venezuela exporta aproximadamente el 20 por ciento de su gasolina a Estados Unidos; la mayor porción, destinada al mercado de la costa este donde las gasolinas debían ser reformuladas. Desde el principio del proceso, Estados Unidos había alegado que la gasolina importada desde Venezuela, gasolina regular sin plomo de 87 octanos, contenía mayores niveles de sulfuro y olefinas que las gasolinas locales sobre la base de su promedio nacional. Sin embargo, durante el proceso de elaboración del Reglamento sobre Gasolinas, PDVSA demostró que su gasolina era tan limpia como la gasolina producida por los productores locales, particularmente los de la costa este, en función de sus menores emisiones tóxicas y contenía mayores componentes de oxigenantes. Por otra parte, las pruebas mostraron que no existía ninguna gasolina con niveles de sulfuro y olefinas inferior al de la base reglamentaria, y que en consecuencia, los importadores no tenían fuentes para mezclar ni para suplir el mercado dejado por la gasolina venezolana. Esto sin duda se tradujo en una ventaja competitiva en favor de los productores nacionales.⁴⁴

Adicionalmente, uno de los efectos típicos del trato diferencial en materia de reglamentos técnicos es el incremento en los costos de producción de los extranjeros en razón de la adaptación de los productos a las condiciones exigidas por dichas normas. Esto obviamente reduce la oferta de productos, la cual es suplida por los productores locales, quienes pueden elevar sus precios hasta que los productores extranjeros regresen al mercado después de haber ajustado sus productos. Para ese tiempo, los productores domésticos, después de haber obtenido las ganancias y la porción del mercado dejada por los extranjeros, pueden utilizar su poder de mercado para reducir sus precios de manera de prevenir a los extranjeros el re acceso al mercado. Precisamente, el artículo III:1 del GATT busca evitar esta perversa secuencia, al prohibir aquellas normas cuyo efecto es acordar protección a los productores locales. Esta dinámica comenzó a suceder en este caso y continuará hasta el final del período inicial de ajuste, beneficiando particularmente a los productores de la costa este.⁴⁵

44 "La Gasolina Reformulada", *Enfoque Corporativo de PDVSA*, N° 30 (1994): p. 4.

45 En un artículo publicado por el Washington Post se examinan las posibles causas del elevado costo de la gasolina en esta época en los Estados Unidos. Una de las explicaciones está en que las

Durante las audiencias precedentes a la aprobación del Reglamento sobre Gasolinas, el único productor extranjero que hizo oposición a la certificación diferenciada fue PDVSA. Por su parte, los únicos productores locales que apoyaron el Reglamento sobre Gasolinas fueron los productores de la costa este. Esta presencia evidenciaba que no se trataba de un reglamento general y abstracto, cuyos afectados no estaban identificados, se trataba de un problema que se resolvía una vez solucionado el acceso de la gasolina venezolana al modelo de certificación individual.⁴⁶

2. La Certificación Diferenciada no fue Necesaria, ni fue la Alternativa Menos Restrictiva al Comercio.

Al requerir la reducción de emisiones contaminantes, el Reglamento sobre Gasolinas imponía a los productores extranjeros las características de esa gasolina como un producto, y el proceso por el cual las reducciones debían ser hechas. El Reglamento, al igual que la LPA, es altamente técnico, basado en parámetros científicos relativos a la constitución química de las gasolinas y sus emisiones contaminantes. El GATT exige que los reglamentos técnicos refieran condiciones de desempeño, en lugar de características específicas de diseño y descripción de los productos.

La aplicación de una línea de base, cualquiera fuera el método, caía dentro de la definición de procedimientos de conformidad establecidos en el GATT. Bajo estos procedimientos un país asegura que la aplicación de sus medidas está basada en información técnica y científica relativa al proceso tecnológico y de uso del producto. En el caso de la gasolina venezolana, la certificación diferenciada resultaría en una pérdida de 150 millones de dólares

regulaciones sobre gasolina reformulada han privado al mercado de significantes porciones de gasolina importada. Véase, Judith Evans, "Prices at the Pump Taking the Plunge", *The Washington Post*, 10 de noviembre de 1995, p. B1.

46 Prueba de ello fue la admisión pública de la Administradora Asistente de la APA ante un Comité del Congreso:

Si los productores estadounidenses fueran sujetos al mismo average de la base reglamentaria, por definición, una significant porción excedería dicho average en algunos parámetros y estarían expuestos a las mismas desventajas de PDVSA. La distinción discrimina en efecto contra la gasolina extranjera.

Véase, *Oversight of the Reformulated Gasoline Rule, 1994: Hearings on S. Hrg. 103-828. Before the Committee on Environment and Public Works United States Senate, 103 cong., 2nd Sess., 48 (1994)*. Disponible en el archivo "Venezuela/Brazil-United States: U.S. EPA Gasoline Standards". USTR Reading Room, Docket WTO/D-1.

Esta consideración, demostrada empíricamente por la propia APA, al no ser aceptada por el Congreso, reconocía el carácter restrictivo y discriminatorio del Reglamento sobre Gasolinas, creando una distorsión en el comercio.

en el período 1995-97.⁴⁷ La verificación de los riesgos creados por la no conformidad con los estándares era una cuestión sobre el grado de contaminación que las normas buscaban asegurar.⁴⁸

El punto a destacar es que para el tiempo en que el Reglamento sobre Gasolinas fue aprobado, no existía evidencia de que la gasolina extranjera fuera más contaminante que la local. Consecuentemente, el riesgo de no conformidad con los estándares se erigía como una innecesaria barrera comercial, más si se consideraba que la gasolina que reemplazaría a la venezolana no resultaría en mejoras para la calidad del aire.

Bajo el GATT, para que una medida cumpla con los requisitos de ser la *menos restrictiva* del comercio ésta debe ser considerada como la más razonable dentro de aquéllas disponibles, tomando en consideración el grado de restricción que sería evitado mediante su aplicación. Desde el comienzo del proceso de discusión del Reglamento sobre Gasolinas habían estado disponibles dos alternativas para superar los problemas de discriminación sin que ello significara exponer a la APA a difíciles deberes: (i) requerir una base reglamentaria a todos los participantes, o (ii) permitir a los extranjeros fijar su propia base conforme a su información.

Analizando la primera opción, es de recordar que la APA nunca tuvo certeza acerca de la relación entre los componentes de las gasolinas y los niveles de emisiones contaminantes. Para facilitar el cumplimiento con el Reglamento sobre Gasolinas, la APA propuso el uso de bases individuales. Con este método se intentó evitar incurrir en inversiones para cumplir con unos requisitos que al final podrían haber sido innecesarios o excesivos. La APA rechazó esta alternativa desde el principio porque no estaba efectivamente basada en el efecto ambiental, sino en el tiempo y financiamiento disponibles

47 Reese Erlich, "US-Venezuela Spat Over 'Dirty Gas' Goes to the GATT", *Christian Science Monitor*, 22 de noviembre de 1994, p. 16.

48 El punto real a considerar en esta alternativa era si los incrementos de nitrógeno de carbono hubieran sido alcanzados si a Venezuela se le hubiese permitido fijar su propia base con referencia en su promedio de emisiones de 1990. Un estudio de la APA concluyó que el efecto de tratar a Venezuela de la misma forma que a los nacionales hubiera resultado en un 14 por ciento más de emisiones. El volumen de emisiones totales de nitrógeno de carbono debido a la participación de la gasolina venezolana tomaba en consideración el porcentaje total de consumo que la gasolina venezolana representaba en las áreas de contaminación. Ante estas consideraciones, la APA estimó en 0,08 el porcentaje de incremento en los niveles de ozono en la costa este. Véase *supra* nota 22. 1994 Proposed Rule, cit., p. 22809.

para que los productores pudieran observar la norma. En este caso, consideraciones materiales y económicas se impusieron sobre los objetivos ambientales de la LPA.

La segunda opción fue en efecto rechazada en las propuestas de reglamento de 1993 y 1994. Los registros de las audiencias muestran que la única empresa afectada fue la venezolana, y que las propuestas asumían que los problemas de verificación de la información venezolana no eran de seria consideración. La oposición siempre se desvió hacia los efectos contaminantes de la gasolina venezolana. Nada en el Reglamento sobre Gasolinas prohibía que un productor estableciera una base más contaminante que el promedio nacional de la base reglamentaria. Si en el caso extremo la gasolina venezolana hubiera sido más contaminante que las demás gasolinas, ésta todavía podía ser vendida siempre y cuando la información suministrada fuera verificable. Al desarrollar estas alternativas, este fue el punto que defendió la APA, y que el Congreso rechazó en base sólo a los efectos contaminantes.

Las propuestas se fundaban en la calidad de la información, no en el efecto contaminante. Es claro que la exclusión de información no confiable era una adecuada restricción al comercio siempre que viniera después del examen de las aplicaciones. Esto, en efecto, era lo que sucedía con los productores locales. Si su información no era confiable, éstos debían observar la base reglamentaria. En el caso de los productores extranjeros, la revisión y verificación dependía de los procedimientos realizados en las refinerías del extranjero.

Venezuela estaba en el deber de asegurar que el nivel de sus refinerías y de su competencia técnica permitiera que la calidad de la información fuera similar a la de los productores locales. Aquí el problema alegado por Estados Unidos era el de los llamados "Códigos de Operación" que hacían desconfiar de dicha información y de su forma de ser recogida y procesada. Venezuela propuso la verificación de los componentes de su gasolina antes de salir de Venezuela y al entrar a Estados Unidos, al igual que compromisos oficiales para hacer a la refinería de origen, así como a la empresa receptora de la gasolina en Estados Unidos y sus respectivos funcionarios responsables por eventuales violaciones al Reglamento estadounidense. De igual forma, Venezuela propuso un registro de todas las fuentes de suministro de componentes, al igual que de los diferentes puntos de transporte.

V. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DEL INFORME DE LA OMC.

A. *La Recepción del Informe en Estados Unidos.*

Para la mayoría en Estados Unidos, como en otras partes del mundo, el marco multilateral aprobado en la Ronda Uruguay constituye la forma más avanzada de ejecución del derecho comercial internacional. En este criterio juega un papel importante el grado de institucionalidad alcanzado a través de la formalización de la OMC como ente administrador de dicho derecho. No obstante, es precisamente esta institucionalidad la que sirve de fundamento a quienes se oponen a la incorporación de los países al marco de la OMC.

En Estados Unidos, los oponentes de la OMC han esgrimido que las nuevas reglas del comercio internacional constituyen imposiciones provenientes de países extraños, amenazantes de la soberanía del país. Adicionalmente, se ha alegado que el nuevo marco otorga un enorme poder a una organización gobernada por funcionarios internacionales no electos democráticamente (con “déficit democrático”), sin mecanismos de control en ausencia de los tradicionales poderes de veto ostentados por los países en las organizaciones internacionales. Por otro lado, dichos funcionarios ostentan la capacidad de opinar y decidir sobre la validez de normas formuladas y aprobadas por órganos constituidos (en algunos casos, democráticamente) en los países miembros, si dichas normas afectan los flujos internacionales del comercio.⁴⁹

Para este sector influyente en la opinión pública, el informe adverso de la OMC acentuó sus preocupaciones respecto del acceso de Estados Unidos al nuevo marco multilateral. El argumento principal gira en torno a que el marco multilateral no sólo ha impuesto severas restricciones a la capacidad de definir las formas internas de regulación, sino que informes adversos de la OMC también tendrían la capacidad de enmendar las leyes y regulaciones de sus miembros. Usando este argumento, el discurso dejó de ser uno de naturaleza jurídica, para tornarse en uno de naturaleza política, sumamente fértil para los defensores del proteccionismo, para quienes el informe constituyó un precedente que pudiera amenazar la futura validez de una serie de normas, particularmente en el campo ambiental y de protección

49 Una interesante síntesis de estos argumentos puede encontrarse en Allan Toneson y Lori Wallach, “We Told You So: The WTO’s First Trade Decision Vindicates the Warnings of Critics”, *The Washington Post*, 5 de mayo de 1996, p. C4.

sanitaria. De hecho, uno de los líderes de la oposición propuso la constitución de un órgano parlamentario encargado de revisar los informes de los paneles de la OMC, a los efectos de autorizar su adopción.⁵⁰

Cierto es que para muchos en Estados Unidos el informe quedó como una decisión extremadamente discrecional acerca de lo que un país debe considerar como "la medida menos restrictiva del comercio", en donde la OMC demostró ser un órgano guiado por los intereses del comercio y no por los de la protección ambiental. Prueba de esta preferencia está en que la OMC aceptara la importación de unas gasolinas supuestamente más contaminantes como la medida menos restrictiva del comercio, sin que para ello fuese considerado el costo financiero, el costo ambiental de ese comercio, ni las implicaciones de su ejecución en términos técnicos.

B. Efectos del Informe en el marco de la OMC y sus posibles consecuencias.

Dejando de lado el discurso político generado tras la decisión, varias son las precisiones conceptuales que deben señalarse respecto de las consecuencias del informe de la OMC.

Lo primero es que el informe fue adoptado bajo uno de los acuerdos claves aprobados en la Ronda Uruguay como lo es el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Mediante este Acuerdo se otorga el derecho a un país de demandar formalmente a otro por las acciones comerciales contrarias a las normas multilaterales, a obtener una decisión mediante un proceso y dentro de un período preciso, garantizando a los países miembros el derecho a que las opiniones de los paneles sean revisadas por un órgano de apelaciones.⁵¹

50 Se trata de una propuesta de ley del ex-candidato presidencial del Partido Republicano, Robert Dole, para establecer una Comisión Congreso-Ejecutivo que revise las decisiones de la OMC que sean adversas a Estados Unidos, con el propósito de asegurar que los paneles de la OMC no excedan sus poderes discrecionales. Para detalles de esta propuesta, véase, Gary N. Horlick, "WTO Dispute Settlement and the Dole Commission", *Journal of World Trade*, Vol. 29, No. 6 (diciembre de 1995): pp. 45-48.

51 En una forma muy sucinta, un proceso ante la OMC se inicia luego de pasados 60 días desde que los países envueltos en la controversia hayan procurado arribar a un arreglo por la vía de las consultas (Artículo 4.7 del Entendimiento sobre la solución de diferencias). Una vez formalizada la constitución del Panel por la parte agraviada, éste se constituye en un período de 30 días (Artículo 6.1). A partir de ese momento, los paneles tienen un período de hasta seis meses para recibir los argumentos de la parte demandada, y con base en ambas posiciones, emitir un informe (Artículo

Desde un punto de vista operativo, el informe fue adoptado bajo el mecanismo de consenso negativo, es decir, fue tácitamente aceptado por los países miembros, toda vez que no se produjo un consenso en contra de su adopción. El informe fue apelado por Estados Unidos ante el Organismo de Apelaciones, el cual decidió sobre la aplicación del derecho por la instancia inferior y no sobre los hechos controvertidos. El informe emitido por el Organismo de Apelaciones es definitivo, y en consecuencia, debía ser aceptado y adoptado por Estados Unidos en un periodo de 30 días, toda vez que tampoco se produjo un consenso entre los países miembros en no adoptarlo.

Desde un punto de vista jurídico, un informe de la OMC es una decisión ejecutoria, más no ejecutoriable. La OMC no tiene poderes para forzar a un país a hacer efectiva una decisión, ni un informe tiene por sí solo capacidad de anular o modificar los términos de la medida declarada violatoria de las disposiciones de la OMC. El informe es una decisión que comporta dos efectos para las partes de la controversia. Para la parte perdedora, es una recomendación de naturaleza declarativa sobre la inconformidad de una medida nacional con el régimen jurídico de la OMC. Por tanto, no indica en modo alguno la forma y condiciones conforme a las cuales el país en cuestión deba ajustar su medida al Acuerdo. Más aún, si el país perdedor decide mantener la medida, no existe mecanismo institucional para imponerle lo contrario.⁵²

Para la parte victoriosa, un informe de la OMC tiene una naturaleza distinta. En caso de no ser observado, el informe es causa para autorizar el desconocimiento de sus obligaciones multilaterales para con la parte perdedora

lo 12.8). Este informe, de naturaleza preliminar, es distribuido a los países miembros de la OMC constituidos en Organismo de Solución de Diferencias, los cuales deciden sobre la adopción del informe en un periodo de 60 días (Artículo 16.4). En caso que el informe sea adoptado, la parte perdedora dispone de un periodo razonable para apelar fundada en razones de derecho (Artículo 17.6). Esta apelación es decidida por el Organismo permanente de Apelación en un periodo de 60 días (Artículo 17.5). El informe del Organismo de Apelación es distribuido a los países miembros, quienes disponen de 30 días para confirmarlo o rechazarlo. En estos 30 días, la parte perdedora estudia las posibles alternativas para implementar el informe del Organismo de Solución de Diferencias (Artículo 21.3). Vencido dicho periodo sin que se haya producido ninguna acción de la parte perdedora, el órgano de la OMC puede autorizar a la parte agraviada a imponer medidas de suspensión de concesiones o de retorsión, todo bajo la supervisión de la OMC (Artículo 22). Véase, Norio Komuro, "The WTO Dispute Settlement Mechanism: Coverage and Procedures of the WTO Understanding", *Journal of World Trade*, Vol. 29, No. 4 (junio de 1995): pp. 5-95.

52 Ibid., pp. 33-34.

e imponer medidas comerciales retaliatorias, a modo de compensación por los daños causados por las restricciones a su comercio. Por ejemplo, la parte victoriosa puede elevar los niveles arancelarios a bienes y servicios de considerable importancia para el país perdedor o de llegarse a extremos, las partes tienen derecho a retirarse del Acuerdo.

En el caso bajo examen, la operación de los mecanismos de ejecución del informe de la OMC están por verse. Estados Unidos ha sido el abanderado en el establecimiento de un sólido y obligatorio mecanismo de solución de controversias en materia de comercio internacional. Es claro para Estados Unidos que una efectiva ejecución de las reglas multilaterales va en su propio beneficio, toda vez que se prevé un número de casos en los cuales las reclamaciones estadounidenses deberán ser aceptadas por futuros paneles. En esos casos será la integridad conforme a la cual se adopte este informe, la que determine el grado de compromiso para con los principios y objetivos de política comercial internacional que dicho país tanto promueve.

Si es así, como en efecto lo han afirmado altos funcionarios del gobierno norteamericano,⁵³ Estados Unidos está en el deber de examinar la solicitud de PDVSA para la certificación de su base individual y autorizar la venta de su gasolina como reformulada en caso de cumplir con todos los requisitos exigidos por el Reglamento a los productores locales. Esto implicaría no sólo la rectificación del Reglamento sobre Gasolinas, sino la aprobación de recursos presupuestarios adicionales para que la APA pueda verificar la composición de la gasolina venezolana y las reducciones de sus emisiones contaminantes en las refinerías venezolanas. Esta opción traería como consecuencia el debate acerca de los costos adicionales que el cumplimiento de las normas de la OMC tendría para los contribuyentes estadounidenses. Aquí el problema no es de comercio internacional, sino de gasto público.

Si la APA autoriza la importación de gasolina extranjera, ésta debe ser acompañada de mecanismos de verificación de sus niveles contaminantes.

53 Como lo expresara el entonces Sub Representante Comercial de Estados Unidos, Rufus Yerxa, "un sistema efectivo de solución de controversias incluyendo el no bloqueo de la adopción de los informes de los paneles del GATT resulta crítico para los intereses comerciales internacionales de los Estados Unidos. En efecto, Estados Unidos, frecuente usuario de los mecanismos del GATT, defendió exitosamente en la Ronda Uruguay el establecimiento de limitaciones a la capacidad de los países de determinar la suerte de la adopción de informes adversos." Rufus Yerxa, *Review of Current NAFTA Chapter 20 Cases and WTO Dispute Settlement Cases, Second Annual Institute on Current Issues in International Trade* (Washington, DC: US Department of Commerce, 1996).

Si esta verificación no es posible, entonces las ventajas competitivas pasarían a los productores extranjeros, quienes podrían vender la gasolina que deseen, sin preocuparse por los ajustes, toda vez que éstos no serían susceptibles de ser verificados. De esta manera, la no aplicación efectiva de las normas a la gasolina extranjera, crearía una discriminación en contra de los productores locales, similar a la reclamada por Venezuela con respecto a los extranjeros. Por otra parte, los objetivos de protección ambiental se verían anulados, y en consecuencia, quedaría sin sentido el programa de gasolina reformulada.

La discusión ante la OMC no fue sobre el programa de gasolina reformulada, sino sobre la exigencia de unos requisitos durante los dos primeros años de ajuste de las gasolinas. Este período comenzó en enero de 1995 y vencerá en enero de 1997, y con él la discusión planteada por Venezuela sobre gasolinas reformuladas. No obstante, sigue pendiente la discusión sobre las restricciones a las gasolinas convencionales. A partir de esa fecha, la certificación de una gasolina como reformulada no dependerá de la información suministrada por cada empresa, sino dependerá de su conformidad a los parámetros establecidos en el Reglamento sobre Gasolinas. Con la apelación, Estados Unidos logró comprar el tiempo necesario para agotar la validez de la primera etapa del programa, y en consecuencia, evitar la discusión interna referida anteriormente.

Para el momento en que la apelación fue decidida, Venezuela ya había perdido cerca de 35 millones de dólares en exportaciones a Estados Unidos.⁵⁴ Mucha de esta gasolina hubo de ser colocada en otros mercados, en Brasil y el Caribe.⁵⁵ La pérdida en este caso estuvo en la exclusión del mercado estadounidense de gasolinas reformuladas por dos años, cuyo segmento fue a manos de los productores locales. Las ganancias obtenidas por los productores locales a cuenta de la ausencia extranjera ayudaron a financiar las inversiones requeridas por éstos para ajustar sus gasolinas, mientras que productores extranjeros como PDVSA tuvieron que soportar dichas inversiones con sus propios recursos. Ni el informe de la OMC, ni una eventual

54 *Inside US Trade*, Vol. 14, N° 18 (1996): p. 13.

55 Hasta diciembre de 1994, Venezuela exportaba un estimado de 70.000 barriles diarios de gasolina a Estados Unidos. De esta cantidad, para 1995 aproximadamente dos tercios estarían en conformidad con el Reglamento sobre Gasolinas. La cantidad restante, 23.000 barriles diarios, es el objeto de la restricción controvertida. Detalles de las implicaciones de la reformulación de la gasolina venezolana pueden encontrarse en, Jane Knight, "PDVSA Upgrades RFG Export Outlook", *Platt's Pilgram News*, N° 220 (1994): p. 3.

modificación del Reglamento sobre Gasolinas restituirán la situación al momento en que el acceso no discriminado al mercado estadounidense era necesario para PDVSA. La victoria, entonces, podría ser pírrica para Venezuela, mientras que los intereses proteccionistas estadounidenses serían servidos a plenitud.

C. *La posibilidad de Venezuela de imponer medidas de retorsión.*

En situaciones donde el país agraviante no adopta las recomendaciones de la OMC, los mecanismos de la OMC no prevén como solución más que la autorización a suspender las concesiones comerciales otorgadas conforme al Acuerdo, comúnmente llamado la imposición de medidas retaliatorias.⁵⁶ Estas medidas obviamente no solucionan el problema; por el contrario lo agravan. Si se toma este caso como ejemplo, lo que empezó siendo una medida supuestamente de protección ambiental, puede terminar en la imposición de una medida retaliatoria que afecte el comercio, por ejemplo, de computadoras, electrodomésticos, o vehículos. Como consecuencia, se verán afectados no sólo las industrias en Estados Unidos, sino los consumidores de Venezuela, quienes se verían privados de las ventajas que le ofrecen esos productos, a la vez de verse perjudicados por los inconvenientes de tener que optar por sus substitutos.

Desde otra perspectiva, las pérdidas asumidas por PDVSA en este proceso requerirían unas medidas de retaliación tales que más que afectar a Estados Unidos, afectarían a la propia Venezuela. Dado el reducido tamaño del mercado venezolano para Estados Unidos, cualquier medida tendría poco impacto en la economía de este último. Si bien el impacto pudiera ser importante para ciertas empresas, éstas pudieran exigir compensación del gobierno estadounidense, lo cual resultaría menos costoso que lo que le resultaría a Venezuela la ausencia de dichos productos. Para un país como Venezuela, comerciar con Estados Unidos es un objetivo vital; por ende, acceder a dicho mercado es más importante que para ellos acceder al de Venezuela.

Otra medida, reconocida como voluntaria por la OMC, pero posible mediante la negociación, es la compensación.⁵⁷ En este caso se evitarían muchos de los problemas examinados en párrafos anteriores, toda vez que la

56 Entendimiento sobre la Solución de Diferencias, Artículo 22.2.

57 Ibid., Artículo 22.1.

parte perdedora no crearía pérdidas para la parte victoriosa, ni impondría cargas internas innecesarias. La compensación en materia comercial podría venir en forma de concesiones comerciales en otros sectores. Esta opción debería ser considerada por Estados Unidos.⁵⁸

VI. CONCLUSIÓN.

La controversia sobre el Reglamento sobre Gasolinas ciertamente constituyó un fallido intento por poner en conflicto las demandas para la protección ambiental con las normas sobre libre comercio. El Reglamento sobre Gasolinas resultó ser discriminatorio, bajo una fachada ambientalista, y en consecuencia, inconsistente con las obligaciones de Estados Unidos en la OMC. Como resultado, se perdieron millones de dólares en comercio e inversión y se produjeron innecesarias fricciones entre dos países con estrechos vínculos comerciales.

A pesar de que el caso pareciera terminar con la apelación, sin consecuencias comerciales adicionales, la controversia ofrece varios puntos positivos de remarcar.

Primero, si el caso tiene algo nuevo que aportar, es que el ordenamiento multilateral, tanto sustantivo como adjetivo, prevaleció. En el pasado, cuando la política nunca estuvo de lado, una controversia de esta naturaleza hubiera sido fácilmente bloqueada por Estados Unidos al mismo momento de la solicitud de constitución del Panel con el propósito de diferir cualquier decisión. Ahora, las controversias deben ser resueltas conforme a las normas del nuevo entendimiento sobre solución de diferencias. Esto hace que bajo las nuevas normas, los informes de los paneles sean definitivos, sin admitir ulteriores modificaciones por arreglo negociado con los países miembros.

Segundo, la decisión ha cerrado aún más la puerta al arbitrario uso de las excepciones del artículo XX del GATT para imponer restricciones al

58 El 20 de mayo de 1996, el Sub-Representante Comercial de los Estados Unidos, Booth Gardner, expresó en una reunión del grupo sobre solución de diferencias, que su país ofrecería alternativas para dar cumplimiento al informe de la OMC el 19 de junio de 1996, siendo una de las opciones la de entrar en negociaciones para acordar compensaciones a Venezuela y Brasil. A la fecha de escribir este trabajo, funcionarios del gobierno venezolano y del Departamento de Estado estadounidense han estado trabajando sobre las posibles alternativas. Véase, *Inside U.S. Trade*, Vol. 14 N° 21 (1996): p. 19 y *El Nacional*, (Caracas 31 de mayo de 1996), p. D2.

comercio. La decisión, aun cuando confirmó la legitimidad de la defensa del medio ambiente y la salud, sin embargo, disciplinó más los conceptos indeterminados envueltos, para evitar que éstos sean utilizados con fines restrictivos y proteccionistas. En este sentido, para la OMC, el caso ha sido una gran prueba en su labor de defensa y promoción de la legalidad en un ambiente tradicionalmente poco observador del valor de las normas y los compromisos, al igual que para crear condiciones de credibilidad en las normas sustantivas y en los mecanismos de solución de controversias recién aprobados por el Acta de Marrakech.

Finalmente, para Venezuela, el resultado favorable de este caso debe generar confianza en la manera en que las normas comerciales internacionales funcionan, así como sobre la importancia de nuestra participación en el sistema multilateral. No obstante, así como en esta oportunidad la legalidad estuvo del lado venezolano, en nuestro país existen numerosas disposiciones y políticas contrarias al ordenamiento multilateral del comercio, las cuales podrían dar origen a reclamaciones como la examinada por parte de otros países afectados por nuestras medidas.

Esta consideración obligaría a Venezuela a revisar su ordenamiento para hacerlo consistente con sus obligaciones en la OMC, toda vez que éste va a estar cada vez más expuesto al escrutinio de otras naciones. Sin ir muy lejos, el régimen de comercialización externa del petróleo venezolano en el marco de la OPEP podría ser objeto de una reclamación ante la OMC por imponer cuotas de exportación. Lo mismo pudiera suceder en otras materias, tales como subsidios, propiedad intelectual, restricciones cambiarias e inclusive obstáculos técnicos.⁵⁹

59 Para una revisión de las implicaciones para Venezuela de pertenecer a la OMC, particularmente en el área petrolera, véase, Juan Francisco Misle, *La Organización Mundial del Comercio: Algunas Consideraciones en Torno a las Normas Multilaterales de Comercio y sus Posibles Implicaciones en los Planes Estratégicos de Petróleos de Venezuela, S.A.* (mimeo, junio, 1996).

La Primera Decisión del Órgano de Apelación de la OMC

David PALMETER¹

I. INTRODUCCIÓN.

En sus comienzos, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) fue un foro diplomático donde las partes pudieran llegar a compromisos sobre sus diferencias, más que una corte que las resolviera. Era más frecuente usar la expresión *conciliación*, que *solución de diferencias*. Sin embargo, a lo largo de casi medio siglo de preeminencia en el derecho y la diplomacia del comercio internacional, los procedimientos de solución de diferencias del GATT fueron moviéndose decididamente (aunque no siempre a ritmo constante), del campo diplomático al jurídico. Con la adopción del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio,² el modelo jurídico ha prevalecido claramente.³

El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el ESD)⁴ es una parte central del Acuerdo de Marrakech. Las nuevas reglas de solución de diferencias se construyen sobre la experiencia del GATT, y en gran medida, hacen que el proceso sea más jurídico. El cambio más notable que introduce el ESD, es que le niega a la parte que pierde, su capacidad de bloquear la adopción formal de un informe

-
- 1 El autor es Abogado; Socio de Graham & James, en Washington, DC. Fue asesor de Petróleo Brasileiro y del Gobierno de Brasil en el caso de la gasolina. Petros Mavroidis hizo útiles comentarios y sugerencias al borrador del texto. Sin embargo, el autor asume total responsabilidad por las opiniones expresadas. La publicación de este artículo ha sido autorizada por el *Leiden Journal of International Law* (Leiden, Holanda), que está editando la versión original en lengua inglesa. Traducción por Jorge Castro Bernieri.
 - 2 Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo de Marrakech), en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.829 Extraordinario, 28 de diciembre de 1994 (nota del traductor).
 - 3 Esta historia está recogida en forma magnífica y autorizada en dos libros de Robert E. Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2da. ed. (Salem, New Hampshire: Butterworth, 1990) y *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System* (Butterworth, 1993).
 - 4 Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech (nota del traductor).

adverso emitido por un panel de solución de diferencias.⁵ El segundo cambio más notable, es el establecimiento de un Organo de Apelación con capacidad para confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones legales adoptadas por un panel.⁶ El ESD establece que el informe del Organo de Apelación será adoptado por el Organo de Solución de Diferencias de la OMC (OSD), y aceptado incondicionalmente por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar dicho informe, en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros del OSD.⁷

Un tribunal con tales poderes no tiene precedentes entre las organizaciones internacionales.⁸ Su establecimiento recoge la opinión de una mayoría significativa de Miembros de la OMC, en el sentido que en la medida de sus capacidades, el proceso de paneles del GATT fue exitoso; y que no obstante, era necesario incorporar más elementos de un sistema jurídico moderno, para que el proceso pudiera elevarse por encima del estadio primitivo.⁹ Uno de estos elementos es el mecanismo que permite la revisión por parte de órganos de alzada de las decisiones de tribunales de primera instancia. El Organo de Apelación es el resultado de un esfuerzo de la OMC por establecer este mecanismo de revisión.

En el caso de Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, el Organo de Apelación emitió su primera decisión, revocando las conclusiones del Panel de solución de diferencias en relación con el punto objeto de la apelación, pero confirmando su recomendación por otras

5 El proceso anterior bajo el GATT de 1947 requería de un consenso para que los informes fuesen adoptados. El artículo 16 del ESD revierte esa práctica. Ahora, un informe que no haya sido apelado será automáticamente adoptado, salvo que el Organo de Solución de Diferencias (OSD) por consenso decida lo contrario. Como quiera que para el consenso se necesitaría el voto de la parte que ha ganado la disputa, parece improbable un rechazo frecuente a los informes.

6 El artículo 17 del ESD crea el Organo de Apelación y el artículo 17.13 le atribuye poderes para confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas de un panel.

7 Los Miembros del OSD son los mismos gobiernos Miembros de la OMC. Sin embargo, los individuos que representen a su gobierno ante el OSD no pueden ser los mismos que lo representen ante otros órganos de la OMC.

8 El artículo 23 del ESD establece en la práctica una jurisdicción compulsiva del OSD sobre los Miembros, en relación con sus obligaciones en la OMC. Esto se puede contrastar con la falta de jurisdicción compulsiva en otros tribunales internacionales, incluyendo la Corte Internacional de Justicia.

9 "En el árbol de la evolución, la maquinaria de adjudicación del GATT, está todavía al bajo nivel estudiado por antropólogos de la ciencia jurídica, junto con las ceremonias de solución de diferencias practicadas en sociedades primitivas". Robert E. Hudec, "Public International Economic Law: The Academy Must Invest" *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 1, No. 1 (otoño de 1992): p. 6. Véase también, H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961).

razones.¹⁰ A pesar de que esta primera decisión del Organo de Apelación plantea algunas dudas importantes, particularmente en asuntos de procedimiento y de estilo, al mismo tiempo cumple con la tarea que le fuera encomendada por el ESD. El Organo de Apelación llegó al resultado correcto y, al mismo tiempo, mejoró el razonamiento del Panel, en los puntos sustantivos que habían sido apelados.

Luego de algunas breves referencias sobre los antecedentes de la disputa que llevó a la apelación, este artículo hará una revisión de las conclusiones sustantivas y procedimentales del Informe del Organo de Apelación, y presentará unos comentarios cortos sobre el estilo de la decisión.

II. ANTECEDENTES.

La apelación en el caso de la gasolina recayó sobre el primer informe de un panel emitido bajo las nuevas reglas de solución de diferencias¹¹. Brasil y Venezuela habían alegado ante el Panel que los procedimientos estadounidenses para el establecimiento de estándares para la gasolina importada diferían de los aplicables a la gasolina nacional, y que tales procedimientos trataban al producto importado en una forma menos favorable de lo que trataban a los productos similares de origen doméstico. Según el alegato, tal trato constituía una contravención a los requerimientos del artículo III:4 del GATT de 1994. Los procedimientos bajo análisis, los métodos de establecimiento de líneas de base, eran parte del "Reglamento sobre Gasolinas", un largo texto normativo emitido por la Agencia de Protección del Medio Ambiente estadounidense (Environmental Protection Agency, APA), el cual entró en vigencia a partir del 1 de enero de 1995¹². Estados Unidos admitió la diferencia en el trato, pero negó que éste fuera menos favorable para las importaciones. Al mismo tiempo, y en forma alternativa, sostuvo que un eventual

10 Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, Informe del Organo de Apelación (Informe del Organo de Apelación), Documento AB-1996-1, WT/DS2/AB/R (96-1597), 29 de abril de 1996.

11 Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, Informe del Grupo (Informe del Panel), Documento WT/DS2/R (96-0326), 29 de enero de 1996.

12 Reglamentación sobre Combustibles y Aditivos para Combustibles: Pautas para la Gasolina Reformulada y Convencional, aprobado por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de Estados Unidos.

trato menos favorable podía justificarse por las excepciones contenidas en los subparágrafos (b), (d) y (g) del artículo XX del GATT de 1994.

El Reglamento sobre Gasolinas representa un desarrollo de la Ley de Protección de la Calidad del Aire (Clean Air Act, LPA). Esta ley estableció dos programas para reducir la contaminación producida por combustión de gasolina. El primero, requería el uso de gasolina reformulada en las grandes áreas metropolitanas que tuvieran problemas severos de contaminación, ordenando una reducción del 15 por ciento en los contaminantes, calculada sobre una línea de base de 1990 que debía ser estimada para cada refinador, mezclador o importador individual. El segundo, estaba dirigido a prevenir que los contaminantes removidos de la gasolina reformulada fuesen agregados al producto remanente, la gasolina convencional. Este segundo programa requería que la gasolina convencional fuese al menos igual de limpia de lo que era en 1990, nuevamente calculada sobre la línea de base aplicable para cada refinador, mezclador o importador.¹³

El Reglamento sobre Gasolinas estableció tres métodos para determinar las líneas de base individuales de refinadores, mezcladores e importadores. El método 1 medía las características relevantes que en 1990 tenía la gasolina del refinador, mezclador o importador de que se trataba. Sin embargo, muy pocas empresas locales o extranjeras (si es que alguna) mantenían los registros sobre todas esas características requeridas en 1990.¹⁴ El Reglamento, por lo tanto, establecía alternativas, y estas alternativas eran la fuente del trato discriminatorio y menos favorable a la gasolina importada. Los refinadores locales que no pudieran establecer líneas de base a través del método 1, debían usar los métodos 2 y 3 para complementar los datos recogidos bajo el método 1. Sin embargo, los mezcladores e importadores que no pudieran cumplir con los criterios del método 1, debían usar una línea de base prevista en la propia LPA, ya así llamada "línea de base estatutaria". El Reglamento no establecía un línea de base para los refinadores extranjeros.

El Panel estuvo de acuerdo con Brasil y Venezuela en que esta metodología trataba a las importaciones en forma menos favorable que a la

13 Citar fuente en Estados Unidos.

14 La falta de registros en 1990 se puede explicar por dos razones. Primero, algunas de estas características técnicas no tienen importancia comercial. Segundo, hasta que se dictó el Reglamento, muchas carecían de relevancia legal o ambiental.

gasolina local y que, por lo tanto, era inconsistente con el artículo III:4 del GATT de 1994, señalando que:

El Grupo Especial constató en consecuencia, que dado que con arreglo a los métodos de establecimiento de líneas de base se impedía de hecho que la gasolina importada se beneficiara de condiciones de venta tan favorables como las que ofrecía a la gasolina de origen nacional la utilización de una línea de base individual del productor, se daba a la gasolina importada un trato menos favorable que el concedido a la gasolina de producción nacional.¹⁵

De igual manera, el Panel concluyó que esta inconsistencia no se justificaba bajo los subparágrafos (b), (d), ni (g) del artículo XX del GATT. Estados Unidos apeló únicamente la conclusión de que la medida no se justificara bajo el subparágrafo (g).

III. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA DECISIÓN.

A. *Visión General.*

El artículo XX del GATT está compuesto de 10 subparágrafos, los literales (a) al (j), y de un “encabezamiento” o “preámbulo”. El preámbulo y el subparágrafo (g) disponen que:

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:...

(g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;

15 Informe del Panel, párrafo 6.10.

El Panel consideró que los métodos para el establecimiento de las líneas de base, no eran una *medida* que fuera *relativa a* un recurso natural agotable, a pesar de calificar al aire puro como un recurso natural agotable. Su análisis se basó en el precedente de un informe anterior que había sostenido que, para poder ser considerada *relativa a* la conservación de un recurso natural agotable, en la forma prevista en el superágrafo (g), una medida comercial debía estar *destinada principalmente* tal conservación.¹⁶ Estados Unidos apeló de esta conclusión. A pesar de estar de acuerdo con la interpretación sobre la expresión de *relativa a*, como *destinada principalmente*, Estados Unidos alegó que su medida cumplía con ese requisito.

Los tres miembros del Organo de Apelación consideraron por separado el preámbulo y el subparágrafo (g) del artículo XX.¹⁷ Para comenzar, el Organo de Apelación se refirió al significado del término *medidas*, el cual aparece, tanto en el preámbulo, como en el subparágrafo (g).

B. *Medidas.*

Una importante cuestión inicial, que al final resultó ser menor, era definir las *medidas* involucradas: ¿debían entenderse por tales toda el Reglamento sobre Gasolinas o sólo las disposiciones particulares que regulaban el establecimiento de las líneas de base? En oportunidades, el Panel se refirió a la metodología del Reglamento sobre Gasolinas para el establecimiento de las líneas de base, en términos de *la diferencia en el trato*, *el trato menos favorable* o la *discriminación*. Estados Unidos objetó el uso de esta terminología y el Organo de Apelación estuvo de acuerdo que estos términos debían considerarse como conclusiones legales y no como definiciones de la medida bajo examen. Estados Unidos luego alegó que debía considerarse como *medida* a todo el Reglamento sobre Gasolinas. Sin embargo, eventualmente estuvo de acuerdo con Brasil y Venezuela en una

16 Canadá - Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar (informe adoptado el 22 de marzo de 1988), GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, Suplemento No. 35, 1987-88 (Ginebra: GATT, 1989) (Informe del caso del arenque y salmón).

17 Conforme al artículo 17.1 del ESD, el Organo de Apelación está integrado por siete miembros, de los cuales actúan tres en cada caso. El primer grupo (o división, como lo llama el Organo de Apelación) estuvo integrado por Florentino P. Feliciano, como Miembro Presidente, y Christopher Beeby Mitsuo Matushita. La Regla 6 de los Procedimientos de Trabajo del Organo de Apelación establecen que la selección de los Miembros de cada División se harán por rotación. Sin embargo, el ESD no especifica el orden ni la base para la rotación, y éstos tampoco fueron revelados por el Organo de Apelación, ni en sus Procedimientos de Trabajo ni en su primera decisión.

tercera opción, que la *medida* no era todo el Reglamento sobre Gasolinas, sino sólo su metodología para el establecimiento de líneas de base, considerada como inconsistente con el artículo III:4.¹⁸ El Órgano de Apelación coincidió con esta consideración.¹⁹

C. *El subparágrafo (g) del artículo XX.*

El subparágrafo (g) del artículo XX del GATT está integrado por tres elementos. Al respecto, la medida debe: (i) ser *relativa a* la conservación; (ii) referirse a un *recurso natural agotable*; y, (iii) aplicarse en forma conjunta con restricciones a la producción o al consumo nacionales.

El Panel concluyó que había un recurso natural agotable involucrado, el aire puro; pero que la medida no era *relativa al* aire puro, ya que “los métodos menos favorables de establecimiento de líneas de base que eran objeto de examen en el presente asunto no estaban destinados principalmente a la conservación de recursos naturales”.²⁰ Conforme a lo anterior, el Panel no llegó a analizar el punto de si la medida constituía una restricción y había sido aplicada a la producción o al consumo nacionales.²¹

1. *Relativas a.*

Por más de una década, la expresión *relativas a* en el subparágrafo (g) ha creado problemas para el GATT. En el caso del arenque y salmón, el Panel claramente tuvo que esforzarse con este lenguaje. El Panel se enfrentó con el alegato de Canadá en el sentido que una prohibición de exportaciones de arenque y salmón no elaborados, hecha en forma contraria a los requisitos del artículo XI del GATT, constituía parte integral de un complejo sistema de manejo de recursos pesqueros, y que por tal razón la prohibición era relativa a la conservación de tales recursos.²² El hecho de que el arenque y el salmón sean recursos naturales agotables, y que una medida que prohíba su

18 Informe del Órgano de Apelación, nota 29 y texto correspondiente.

19 Al referirse a la palabra “necesarias” usada en el artículo XX(b) del GATT, un ex-jefe de la División de Asuntos Legales del GATT indicó “Sólo hace falta demostrar la necesidad de la medida comercial específica que deba justificarse bajo la cláusula.” Frieder Roessler, “Diverging Domestic Policies and Multilateral Trade Integration”, capítulo 1 en Jagdish Bhagwati y Robert E. Hudec, eds., *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade*, vol. 2 (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1996), p. 34.

20 Informe del Panel, párrafo 6.40.

21 *Idem*, párrafo 6.41.

22 Informe del caso del arenque y salmón, párrafos 3.3 y 3.7.

exportación sea una medida *relativa a* tales recursos (y posiblemente, *relativa a* su conservación) es incontrovertible. Sin embargo, es obvio que tal conclusión pudiera abrir la puerta a un proteccionismo descontrolado, ya que casi cualquier medida inconsistente con obligaciones del GATT, pudiera ser presentada como *relativa a* la conservación de un recurso agotable. El Panel del caso del arenque y salmón evitó esta dificultad, recurriendo al concepto de *destinada principalmente*:

...Como indica el preámbulo del artículo XX, el propósito perseguido al incluir el artículo XX g) en el Acuerdo General no era ampliar las posibilidades de adoptar medidas con fines de política comercial, sino simplemente garantizar que los compromisos asumidos en virtud del Acuerdo General no obstaculizaban la puesta en práctica de políticas destinadas a la conservación de recursos naturales agotables. Por estos motivos, el Grupo Especial concluyó que, aunque una medida comercial no tenía por qué ser necesaria o esencial para la conservación de un recurso natural agotable, tenía que estar destinada principalmente a la conservación de un recurso natural agotable para que pudiera ser considerada 'relativa a' la conservación de los recursos en el sentido del artículo XX g).²³

El Panel estiró la palabras *relativa a* todo lo que pudo, y quizás hasta más allá de lo que podía.²⁴ Sin embargo, como quiera que todas las partes en el caso de la gasolina estuvieron de acuerdo con la interpretación de *destinada principalmente* hecha en el caso del arenque y salmón, el Organo de Apelación no revisó directamente este punto.²⁵ En cualquier caso, el Panel señaló "...que la frase 'destinada principalmente a' no pertenece en sí misma al texto de un tratado y no está concebida como criterio simple para comprobar la inclusión

23 Idem, parágrafo 4.6.

24 A primera vista, la interpretación de "destinada principalmente" de la expresión "relativas a" no se conforma a las reglas del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (el cual exige que el lenguaje de los tratados sea interpretado de acuerdo al significado ordinario de las palabras). Sin embargo, esta interpretación pudiera ser defendida bajo el requisito adicional del artículo 31 de la misma Convención, que indica que el significado ordinario del lenguaje de un tratado debe ser entendido en su contexto y a la luz del "objeto y propósitos" del tratado. El objeto y propósito del GATT es liberalizar el comercio y una lectura demasiado rígida y literal de la expresión "relativas a" podría ser contraria a tal objetivo.

25 Brasil y Venezuela estuvieron de acuerdo con la interpretación por la obvia razón de que apoyaba su reclamo. Estados Unidos lo hizo, sin que realmente tuviera otra opción, considerando que era la parte que se había beneficiado de esa interpretación en el caso del arenque y salmón.

en el ámbito del apartado g) del artículo XX o la exclusión de ese ámbito". Con lo anterior, pareció sugerir que los días de la prueba sobre si una medida está *destinada principalmente a* están contados.²⁶

Al revertir las constataciones del Panel, el Organo de Apelación sostuvo que las reglas para el establecimiento de líneas de base, sí estaban *destinadas principalmente a* la conservación de un recurso natural agotable. Si aceptamos la premisa de que el aire puro es un recurso natural agotable, bajo la definición del subparágrafo (g),²⁷ resulta difícil estar en desacuerdo con esta conclusión del Panel.

En este respecto, era importante y analíticamente útil lograr una aclaratoria del término *medida*. El Panel se preguntó si el *trato menos favorable* estaba *destinado principalmente a* la conservación. Sin embargo, como lo señaló el Organo de Apelación, lo que debe ser examinado bajo el artículo XX del GATT, no es la conclusión legal del *trato menos favorable*, sino la *medida* en sí misma, las reglas para el establecimiento de líneas de base. No obstante lo discriminatorias que estas reglas pudieran resultar, no se podía disputar que estaban destinadas a la conservación del aire puro; de hecho, de eso se trataban.

2. *Conjuntamente con.*

Luego de revertir la opinión del Panel en torno al punto de *relativas a*, el Organo de Apelación se planteó el problema de cuál debía ser el paso siguiente. En la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, luego de que un órgano de apelación revoca la decisión de un inferior, reenvía el caso al inferior, con instrucciones sobre cómo considerar los aspectos no resueltos, a la luz de la decisión del superior. Sin embargo, el ESD no concede poderes expresos de reenvío al Organo de Apelación, y los plazos estrictos previstos para los procedimientos (tanto de los paneles, como del Organo de Apelación) parecen excluir cualquier posibilidad implícita en este sentido. La consecuencia práctica de esta circunstancia es que el propio Organo de Apelación entró a considerar *de novo* los demás aspectos del artículo XX del GATT.²⁸

26 Informe del Organo de Apelación, p. 19.

27 Como se verá, no había base en las pruebas para aceptar esta premisa. Véase *infra* sección IV.B de este trabajo.

28 Sobre las consecuencias procedimentales de la falta de poderes de reenvío, véase *infra* la sección IV de este trabajo.

El primer aspecto del artículo XX del GATT que fue considerado *de novo*, es si la medida fue aplicada *conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales*. El Órgano de Apelación concluyó que si lo había sido. Es probable que esta conclusión provoque comentarios.

Al respecto, el Órgano de Apelación indicó que "...es acertado entender la frase 'a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales' como una prescripción que impone la obligación de que las medidas en cuestión no sólo impongan restricciones con respecto a la gasolina importada sino también con respecto a la gasolina de producción nacional".²⁹ Se trata, en palabras del Órgano de Apelación, de una "obligación de *imparcialidad*", aunque no necesariamente de trato idéntico.³⁰

Efectivamente, el Órgano de Apelación da a entender que se trata de un requisito mínimo, y que la *imparcialidad* sólo significa que debe existir algún nivel de restricción en cada lado, aunque sea pequeño:

...en caso de que *no* se impongan en absoluto restricciones a los productos similares de origen nacional y todas las limitaciones recaigan *únicamente* sobre los productos importados, no cabe aceptar que la medida esté destinada, no ya principalmente sino ni siquiera en un grado sustancial, a alcanzar objetivos de conservación. Una medida de ese género constituiría sencillamente una patente discriminación para proteger a los productos producidos en el país.³¹

El Órgano de Apelación rechazó cualquier prueba empírica basada en los efectos, señalando que no era razonable hacer depender la calificación jurídica de una medida en la ocurrencia de efectos posteriores. Esto puede haber sido la respuesta a uno de los argumentos de Brasil en el sentido de que el Panel había determinado que la medida no necesariamente restringía el nivel de contaminantes que la gasolina nacional emitía al aire, por lo que la medida no necesariamente restringía el "consumo" de aire puro por parte de

29 Informe del Órgano de Apelación, p. 20.

30 *Ibid.*, p. 21 (énfasis en el original).

31 *Idem* (énfasis en el original, se omitió una nota al pie de página).

tales contaminantes.³² Si en realidad se trata de una respuesta, es muy poco satisfactoria, ya que la afirmación pareciera decir que el requisito de que las restricciones sean *aplicadas*, se dará por satisfecho incluso a través de restricciones mínimas a la producción o al consumo nacionales, que, dependiendo de eventos posteriores, puedan o no entrar en vigencia. Esto no luce compatible con un requisito de *imparcialidad*, ni pareciera ser una interpretación adecuada de una disposición que debería ser interpretada en forma restrictiva.³³ Por el contrario, se trata de una interpretación excesivamente permisiva.

D. *Preámbulo.*

Luego de concluir que la medida cumplía con los requisitos del subparágrafo (g) del artículo XX, el Organo de Apelación pasó a considerar los requisitos del preámbulo del artículo. Primero revisó el significado del término *apliquen*, luego el significado de la expresión *países en que prevalezcan las mismas condiciones*, y, finalmente, esencialmente como un requisito único, el significado de *discriminaciones arbitrarias*, *discriminaciones injustificables* y *restricciones encubiertas* al comercio internacional. En definitiva, el Organo de Apelación tomó en cuenta este último requisito -la existencia de una discriminación arbitraria o injustificable o de una restricción encubierta al comercio internacional- para confirmar la conclusión del Panel. Este requisito se ha convertido pues en la porción efectiva del artículo XX del GATT, limitando el riesgo de acciones proteccionistas, que de otro modo podrían verse justificadas por la lectura permisiva que el Organo de Apelación hizo del subparágrafo (g).

I. *Apliquen.*

El preámbulo se refiere a medidas "...que no se *apliquen*... en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable..."³⁴ Por lo tanto, no basta con demostrar que una medida es arbitrariamente discriminatoria, sino que hace falta probar también que ésta se *aplica* en

32 Véase informe del Panel, parágrafo 6.27, que contiene ejemplos de situaciones en las cuales la contaminación causada por la gasolina nacional pudiera llegar a aumentar bajo la aplicación de las normas del Reglamento sobre Gasolinas.

33 Toda vez que el artículo XX establece una excepción a obligaciones del Acuerdo General. En consecuencia, la práctica consuetudinaria de los paneles ha sido interpretar restrictivamente esta disposición, en una forma que preserve los objetivos y principios básicos del Acuerdo General. Véase, Estados Unidos - Restricciones a las Importaciones de Atún. (Informe no adoptado)

34 Enfasis añadido.

forma arbitrariamente discriminatoria. Obviamente, la pregunta que surge es ¿de qué otra manera se podría aplicar una medida arbitrariamente discriminatoria? La carga de la prueba de responder esta pregunta recae sobre la parte que invoque el artículo XX. En palabras del Organo de Apelación, ésta es necesariamente, "...una tarea más difícil que la de demostrar que una excepción, por ejemplo el apartado g) del artículo XX, abarca la medida de que se trata".³⁵

2. *Entre países.*

El Organo de Apelación manifestó alguna preocupación con respecto a un asunto que no había sido objeto de atención de las partes. El estándar sobre *países en que prevalezcan las mismas condiciones*, ¿se aplica sólo a los países exportadores, o también a los importadores? En otras palabras, ¿representa este estándar un requisito bajo el artículo I del GATT (cláusula de nación más favorecida), o es también uno bajo el artículo III (cláusula de trato nacional)?

Estados Unidos expresó claramente que, en su opinión, el estándar se refería, tanto a países importadores, como exportadores. Si bien una respuesta distinta habría sido mejor para Estados Unidos en este caso, se hubiera tratado de una posición difícil de sostener en el lenguaje de la disposición y, si hubiera resultado exitosa, hubiera podido perjudicar a Estados Unidos en casos futuros. Extrañamente, el Organo de Apelación pareció asombrarse al notar que, "en ningún momento de la apelación impugnaron ese supuesto Venezuela o el Brasil."³⁶ Sin embargo, ni Venezuela ni Brasil habrían podido estar interesados en disputar la posición estadounidense de que el estándar incluía a países importadores y exportadores, constituyendo un requisito bajo el artículo III del GATT. Una objeción exitosa por parte de estos países a la posición de Estados Unidos, habría eliminado la visión restrictiva del preámbulo atada al artículo III del GATT, con lo que se hubiera permitido aplicar discriminaciones arbitrarias o injustificables, cuando las medidas se limitaran a cumplir con los estándares del subpárrafo (g) o cualquiera de los otros subpárrafos del artículo XX del GATT. Particularmente con la interpretación minimalista que el Organo de Apelación hizo del requisito de *conjuntamente con*, contenido en el subpárrafo (g) del artículo XX del GATT, una objeción de este tipo habría llevado a conclusiones desfavorables

35 Informe del Organo de Apelación, p. 23.

36 Ibid., p. 24.

para Venezuela y Brasil en este caso, y en el futuro habría legitimado virtualmente cualquier medida proteccionista que pudiera ser presentada como *relativa a la conservación de un recurso natural agotable*. Resulta pertinente indicar aquí que, en este respecto, John H. Jackson describe el lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT como una "forma modificada de las obligaciones de nación más favorecida y de trato nacional".³⁷

3. *Discriminación arbitraria o injustificable o restricción encubierta al comercio internacional.*

La parte sustancial del preámbulo son las previsiones referidas a *discriminaciones arbitrarias o injustificables y a restricciones encubiertas al comercio internacional*. Es posible ver a cada uno de estos casos como un supuesto distinto: (i) discriminaciones arbitrarias; (ii) discriminaciones injustificables; y, (iii) restricciones encubiertas. Sin embargo, el Organismo de Apelación utilizó un enfoque distinto.

..."discriminación arbitraria", "discriminación injustificable" y "restricción encubierta" al comercio internacional pueden interpretarse en aposición; se dan sentido recíprocamente. Para nosotros es claro que "restricción encubierta" incluye *discriminación encubierta* en el comercio internacional. Es igualmente claro que restricción o discriminación *oculta* o *tácita* en el comercio internacional *no* agota el significado de "restricción encubierta". Estimamos que puede interpretarse adecuadamente que la "restricción encubierta", cualesquiera que sean los demás aspectos que comprenda, abarca las restricciones equivalentes a una discriminación arbitraria o injustificable en el comercio internacional aplicadas en la forma de una medida formalmente comprendida en el ámbito de una de las excepciones enumeradas en el artículo XX. Dicho de modo algo diferente, los tipos de consideraciones pertinentes para decidir si la aplicación de una medida determinada equivale a una "discriminación arbitraria o injustificable" pueden también tomarse en consideración para determinar si hay "restricción encubierta" al comercio internacional. La cuestión fundamental ha de hallarse en el propósito

37 John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1969), p. 743. En un libro posterior, Jackson se refiere al lenguaje de este preámbulo como "obligaciones 'más suaves' de nación más favorecida y trato nacional". John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1989), p. 207.

y objeto de evitar el abuso o el uso ilícito de las excepciones a las normas sustantivas, que se prevén en el artículo XX.³⁸

Resulta difícil estar en desacuerdo con esta igualación de las discriminaciones arbitrarias con discriminaciones injustificables, toda vez que es igualmente difícil imaginarse una discriminación que sea una cosa, pero no la otra.

Sin embargo, la noción de restricciones encubiertas parece sugerir algo diferente. Parece referirse a aquellas medidas que se presentan como una cosa distinta a lo que en realidad son. En el caso del arenque y salmón, las medidas aplicadas por Canadá se presentaban como conservacionistas, al menos en su racionalización *post hoc*; pero resultó claro que se trataba de una prohibición de exportaciones dirigida a promover a la industria procesadora de pescado de Canadá. El argumento según el cual esta prohibición era una medida de conservación no sobrevivía lo que Robert Hudec ha llamado “el poder de la risa colectiva”.³⁹ De hecho, quizás hubiera sido mejor para la jurisprudencia del GATT, si el Panel del caso del arenque y salmón hubiera contado con el beneficio de la opinión del Organismo de Apelación en el caso de la gasolina. Quizás así el caso del arenque y salmón se hubiera decidido sobre el preámbulo del artículo XX, como una restricción encubierta. Como sabemos, el caso fue resuelto más bien sobre la base del subparágrafo (g), lo cual requirió crear un estándar difícil de probar, para evitar un resultado extremadamente proteccionista: el análisis de si la medida está *destinada principalmente* a la conservación. Aunque probablemente la prohibición de exportación hubiera podido haber sido vista como una discriminación entre Canadá y Estados Unidos bajo el artículo XI del GATT, ésto hubiera representado una interpretación muy amplia de los términos, una que probablemente no es consistente con su significado ordinario.⁴⁰

Una lectura literal del texto del Acuerdo General también parece apoyar la noción de que las restricciones encubiertas son algo distinto de las

38 Informe del Organismo de Apelación, p. 25.

39 Robert E. Hudec, “GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures against Foreign Environmental Practices”, capítulo 3 en Bhagwati y Hudec, eds., *Fair Trade and Harmonization*, vol. 2, op. cit., p. 148. Si bien Hudec usó la frase en el contexto del artículo XXI del GATT, la misma también resulta apta para referirse al artículo XX.

40 Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados los términos de un tratado deben ser interpretados conforme al significado ordinario de las palabras.

discriminaciones arbitrarias o injustificables. La frase del preámbulo usa la conjunción disyuntiva *o* y una coma, para separar a las restricciones de las discriminaciones y su referencia a los países en que prevalezcan las mismas condiciones.

Más aún, el combinar los conceptos de discriminación y de restricción encubierta no pareciera aportar ningún beneficio. Si se determina que una medida “formalmente dentro de los términos de alguna de las excepciones del artículo XX” ha sido aplicada en una forma arbitraria o injustificable, eso por sí solo es suficiente para descalificarla de cualquier posible justificación bajo el artículo XX. Ir más allá, y calificarla de restricción encubierta, no agrega nada.

IV. PROCEDIMIENTO.

El hecho de que el ESD no conceda poderes de reenvío al Organo de Apelación, plantea algunos extraños problemas procedimentales, y ha llevado a decisiones que, aunque quizás necesarias, podrían significar una mayor carga para las partes y para el propio Organo de Apelación en futuras apelaciones.

Como se recordará, la decisión del Panel no analizó el preámbulo, sino que se concentró sobre los subparágrafos del artículo XX del GATT.⁴¹ Al considerar el subparágrafo (g), el Panel primero decidió que el aire puro es un recurso natural agotable y luego decidió que la metodología para el establecimiento de líneas de base, no era una medida *relativa a* la conservación de ese recurso. Luego de esto, el Panel consideró innecesario decidir si la medida había sido *aplicada conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales*. De igual manera, el Panel resolvió que era innecesario entrar a considerar el preámbulo, ni los argumentos de Brasil y Venezuela bajo el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo sobre OTC).⁴²

41 Véase *supra* sección III.C.2 de este trabajo.

42 La mayor parte de la discusión que el Panel hizo sobre el artículo XX, y la mayoría de los argumentos de las partes, tuvieron que ver con el requisito de *necesidad* del subparágrafo (b) del artículo XX del GATT. Véase, Informe del Panel, párrafos 6.21 al 6.29. El Panel también determinó que la medida no se justificaba bajo el subparágrafo (d) del artículo XX. *Ibid.*, párrafo 6.33. La consideración del subparágrafo (g) del artículo XX fue un punto menor ante el Panel y en su informe. *Ibid.*, párrafos 6.35 al 6.41.

Cuando el Organismo de Apelación, sin poderes de reenvío, revocó la determinación del Panel sobre el punto de *relativa a*, sus opciones se limitaban a: (i) decirle a Brasil y Venezuela que empezaran de nuevo, o (ii) decidir por sí mismo *de novo* los asuntos necesarios no resueltos. El Organismo de Apelación decidió hacer lo segundo, con respecto a los aspectos no resueltos del artículo XX. Difícilmente habría podido hacer algo distinto. Hubiera sido inaceptable que, en el primer caso resuelto bajo las nuevas normas de procedimientos para la solución de diferencias especialmente diseñadas para hacerlos más expeditos, se enviara a Brasil y Venezuela de nuevo a la línea de salida luego de pasado un año desde que habían empezado el proceso, sólo porque un panel escogió razonablemente no decidir todos los aspectos del caso. Sin embargo, al mismo tiempo el Organismo de Apelación resolvió no considerar el argumento de Brasil y Venezuela de que el Panel se había equivocado al considerar que el aire puro era un recurso natural *agotable*, así como los argumentos de estos países bajo el Acuerdo sobre OTC.

A. *Apelaciones cruzadas.*

El Organismo de Apelación se negó a considerar si el aire puro es un recurso natural agotable, así como argumentos bajo el Acuerdo sobre OTC, en razón de que los apelados no habían presentado apelaciones cruzadas sobre estos temas. Este razonamiento parece extraño, particularmente en lo que se refiere al Acuerdo sobre OTC.

La conclusión del Panel en cuanto a que el aire puro es un recurso natural agotable no era un juicio final. Por el contrario, al máximo se trataba de una conclusión intermedia del Panel, tomada en el proceso de llegar a su pronunciamiento final en cuanto a que la medida no se justificaba bajo el subpárrafo (g) del artículo XX. Habida cuenta de que el Panel concluyó que la medida no cumplía con el requisito de ser *relativa a* la conservación, su conclusión en cuanto al carácter del aire puro era en realidad *obiter dicta*, ya que no era necesaria para la decisión alcanzada.

La decisión del Organismo de Apelación pareciera entonces poderse entender en el sentido de que las partes que hayan resultado favorecidas con la decisión de un panel deberán presentar apelaciones cruzadas sobre las conclusiones legales intermedias e incluso innecesarias del panel, con las cuales estén en desacuerdo, si es que desean que esas conclusiones sean consideradas en la apelación de la decisión que las contiene. Ciertamente es posible para las partes presentar apelaciones cruzadas sobre estas cuestiones;

sin embargo, si las partes presentan preventivamente apelaciones cruzadas sobre todos los aspectos del informe del panel con que estén en desacuerdo, la carga sobre las otras partes y sobre el Organismo de Apelación aumentará, quizás de gran manera.

Esta posición es todavía más cuestionable en lo que respecta al Acuerdo sobre OTC. El Panel no llegó a conclusiones en cuanto a este acuerdo señalando que, en vista de las conclusiones adoptadas sobre los artículos III y XX del GATT, no hacía falta analizarlo. A pesar de que el Organismo de Apelación pudo haber llegado a la misma posición, decidió no analizar el Acuerdo sobre OTC, no por la comprensible razón de que era innecesario, sino simplemente porque el aspecto no había sido objeto de una apelación cruzada. Surge un mensaje claro para las partes en procesos futuros: presenten apelaciones cruzadas sobre todos los aspectos que no hayan sido resueltos por el panel.⁴³

La decisión implica que si Brasil y Venezuela hubiesen apelado estos aspectos, el Organismo de Apelación se hubiera tenido que pronunciar sobre ellos, además de decidir, como lo hizo, bajo el artículo XX. En el mejor de los casos, esto parece llevar a un desperdicio de recursos para todos. En el peor, conducirá a una proliferación de alegatos que deberán ser resueltos, con lo que se hará más incierta la base legal de la Decisión.

También existe el problema de qué pasa con las apelaciones cruzadas, si la apelación principal es rechazada o el apelante desiste. Después de todo, una apelación cruzada no es un simple contragolpe, sino una reclamación autónoma con sus bases propias. Si se pusiera fin a la apelación original, quien presente una apelación cruzada sobre la base de una cuestión preliminar o no resuelta podría impugnar la decisión en su propio favor, y presumiblemente el Organismo de Apelación estaría obligado a decidir. Parece raro que un órgano que está sometido a límites estrictos de plazos, promueva esta conducta. Por supuesto, el Organismo de Apelación pudiera considerar que

43 Tanto el Panel, como el Organismo de Apelación, hubieran podido tratar al artículo 2 del Acuerdo sobre OTC como una norma especial, frente al artículo III del GATT, para decidir el caso. Sin embargo, ni Brasil ni Venezuela presentaron ese argumento. De hecho, considerando la jurisprudencia existente del GATT sobre el artículo III y la incertidumbre en cuanto a su relación con el Acuerdo sobre OTC, es probable que pocos se atrevan a presentarlo. Así pues, si se desea que el Acuerdo sobre OTC tenga algún impacto sobre casos bajo el artículo III, probablemente haga falta una señal afirmativa por parte de un panel o del Organismo de Apelación.

las apelaciones cruzadas están sometidas a una condición, y no decidir sobre ellas, cuando las conclusiones del panel sean confirmadas por alguna otra razón o cuando la apelación original sea rechazada o el apelante desista. Si bien esta última posición evitaría los problemas asociados con la toma de la decisión, en la práctica seguiría sometiendo a las partes a una cantidad innecesaria de trabajo y gasto de recursos, en el marco de un procedimiento altamente limitado por plazos estrictos.⁴⁴

B. El preámbulo y la expresión “conjuntamente con”.

Ni Brasil ni Venezuela presentaron apelaciones cruzadas en torno a los aspectos que el Panel dejó sin resolver sobre el preámbulo del artículo XX y sobre la expresión *conjuntamente con* contenida en el subparágrafo (g) del mismo artículo. A pesar de esto, y a diferencia de lo que resolvió con respecto de la cuestión del aire puro como *recurso natural agotable* y de la referida al Acuerdo sobre OTC, el Organo de Apelación decidió considerar estos aspectos *de novo*. Hay cierta lógica en esta decisión. El Organo de Apelación consideró que Estados Unidos había, en efecto, “apelado contra la decisión del Grupo Especial de abstenerse de seguir examinando la posibilidad de que el apartado g) del artículo XX justifique las normas para el establecimiento de líneas de base”.⁴⁵ Así pues, los aspectos no resueltos del artículo XX quedaban en una posición distinta que los asuntos resueltos y que el Acuerdo sobre OTC. Estados Unidos tendría que prevalecer respecto de los primeros, para poder quedar amparado por el artículo XX.

No obstante lo anterior, la decisión de resolver sobre el fondo de la expresión “conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales” no deja de ser sorprendente. Estados Unidos alegó que restringe el consumo de aire puro, a través de las reducciones en la emisión de los contaminantes que lo agotan.⁴⁶ Los apelantes alegaron que los contaminantes no *consumen* aire, en la forma en que esa expresión es generalmente utilizada.

44 Una opción que aliviaría las cargas sería permitir un simple aviso de apelación cruzada, al cual se incorpore la referencia de los alegatos presentados al panel. Estos alegatos forman ya parte del expediente del caso y, con toda probabilidad, contienen los argumentos que las partes presentarían ante el Organo de Apelación en cualquier apelación cruzada. Sin embargo, antes que una parte se atreva a hacer uso de este recurso, haría falta alguna señal clara por parte del Organo de Apelación de que éste sería aceptable.

45 Informe del Organo de Apelación, p. 19.

46 Esta fue la posición final de Estados Unidos. Su primera posición había sido considerar que el recurso conservado era la gasolina; luego cambió su posición hacia el simple “aire”; y, finalmente, al “aire puro”.

En lugar de esto, señalaron, los contaminantes afectan adversamente la calidad del aire, al agregar a éste elementos indeseables. En opinión de los apelantes, una reducción en la calidad del aire, no es igual que una reducción en su cantidad, que es lo que ocurriría, si el aire se consumiera.⁴⁷

Más allá de los méritos de los respectivos argumentos, es preciso resaltar que ni el Panel ni el Organo de Apelación tenían ante sí evidencia alguna en cuanto a la calidad del aire, ni en cuanto a lo que ocurre, una vez que se emiten al aire contaminantes de gasolina. Estados Unidos no presentó prueba alguna sobre el particular, y el Panel no solicitó asesoramiento técnico.⁴⁸ Con este vacío probatorio, el Organo de Apelación pudo haber resuelto el asunto mediante la aplicación del principio de la carga de la prueba (es decir, señalando que Estados Unidos, como parte que invocaba el artículo XX, tenía la carga) o bien, pudo haber simplemente admitido los hechos *arguendo*. Cualquiera de estas opciones hubiera sido mejor que lo que en definitiva hizo, una determinación *de novo*, sin posibilidad efectiva de revisión, construida sobre una fáctica que, para decir lo menos, era profundamente inadecuada.

C. *Procedimientos de Trabajo.*

Los Procedimientos de Trabajo del Organo de Apelación fueron emitidos por este cuerpo el 15 de febrero de 1996.⁴⁹ Seis días más tarde, Estados Unidos presentó su apelación.⁵⁰ El cronograma fijado por el Organo de Apelación necesariamente refleja las limitaciones impuestas por el ESD, según el cual como "regla general", las decisiones deben adoptarse dentro de 60 días, y en todo caso, en menos de 90 días contados a partir de presentada la apelación.⁵¹ Estos límites dan poco margen de maniobra al Organo de Apelación; sin embargo, su cronograma es innecesariamente generoso con los apelantes y extremadamente duro con los apelados.

47 Adicionalmente, como lo había indicado el Panel, en su implementación práctica, el Reglamento sobre Gasolinas podría permitir un aumento en los niveles de emisión de contaminantes. Véase nota 32, *supra*, y texto a que hace referencia.

48 El artículo 13 del ESD permite a los paneles solicitar asesoramiento de expertos técnicos y científicos. El ESD no contiene en cambio poderes para que el Organo de Apelación amplíe la base de los hechos establecida por el panel.

49 Documento WT/AB/WP/1. El artículo 17.9 del ESD establece que el Organo de Apelación, en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General de la OMC, establecerá sus procedimientos de trabajo.

50 Documento WT/DS2/6, del 21 de febrero de 1996.

51 ESD, artículo 17.5.

Los Procedimientos de Trabajo designan al día en que se notifique formalmente la decisión de apelar, como día cero, y requieren que el apelante presente su escrito antes del día 10. Las otras partes apelantes (quienes presenten apelaciones cruzadas) deberán presentar sus escritos antes del día 15, y los apelados y terceros deberán hacerlo antes del día 25. El hecho de que el Organo de Apelación haya decidido contar todos los plazos a partir de un día cero, en vez de establecer un número fijo de días contados a partir de cada acto, así como la decisión de dotar a la parte apelante de 10 días, contados a partir del día cero, para presentar su escrito, tienen importantes consecuencias prácticas.

Para empezar, la decisión de contar cada acto desde el día cero, puede recortar en forma crucial, el tiempo disponible para algunas acciones. Por ejemplo, si una apelación es presentada -como la apelación en el caso de la gasolina- un miércoles, el día 10 cae un sábado; el escrito del apelante se deberá presentar entonces el lunes siguiente, el día 12.⁵² El apelante gana entonces dos días adicionales, mientras que el apelado sólo gana uno, ya que, si el día cero es un miércoles, el día 25 es un domingo, por lo que el escrito del apelado tendría que ser presentado el lunes siguiente, día 26. Más importante aún para el proceso de apelaciones cruzadas, el apelado tendría que presentar sus apelaciones cruzadas el día 15, un jueves. Así entonces, el apelado sólo dispondría de tres días, en lugar de cinco (desde el lunes, hasta el jueves) para considerar y preparar una apelación cruzada, luego de conocer el escrito del apelante. Incluso los 15 días completos para preparar un escrito de apelación cruzada son un plazo demasiado corto, particularmente cuando cinco de estos días se sobreponen con los 15 días previstos en los Procedimientos de Trabajo para la respuesta de los apelados sobre los méritos de la apelación.

En la práctica, esto probablemente signifique que las partes que resulten ganadoras deberán actuar desde el principio como si el informe fuera a ser apelado; y no esperar a ver si la parte que ha perdido apela, sino empezar a revisar y a prepararse para apelaciones cruzadas, tan pronto se emita el informe. En el mejor de los casos, esta situación significará para las partes

52 Véase Organo de Solución de Diferencias, Vencimiento de los períodos de tiempo en el ESD, Propuesta del Presidente, en Documento WT/DSB/W/10 del 20 de julio de 1995. Si el lunes resulta además ser un feriado, los plazos son aún más desbalanceados.

ganadoras, un derroche innecesario de recursos con el fin de protegerse. Igualmente, esto probablemente lleve a apelaciones cruzadas presentadas en una forma amplia y generalizada, en lugar de ser precisas y circunscritas; toda vez que el esfuerzo inicial tendrá que ser hecho en forma amplia, y una vez que la preparación haya llevado a incurrir en tal inversión de recursos, será poco probable que éstos sean desaprovechados.

En alguna medida todo esto es una consecuencia inevitable de los límites estrictos que se han puesto al proceso. Sin embargo, incluso así, hay oportunidades para mejorar. Cuando los límites son tan precisos, el tiempo se vuelve un instrumento táctico de un gran valor potencial. Por razones de equidad, el Organo de Apelación debe asegurarse de disminuir lo más posible el peso de esta arma en el proceso. Por ejemplo, un paso en la dirección correcta sería exigir que los apelantes presenten su escrito contentivo de los méritos del caso, junto con su notificación de la decisión de apelar. Así, sin reducir el tiempo del que dispone el Organo de Apelación para sus deliberaciones, se trataría a las partes con un mayor grado de equidad procesal del que existe bajo el esquema actual.

Las partes que pierdan en la primera instancia, siempre dispondrán del informe del panel por más de 20 días, antes que se venza el plazo para apelar. Efectivamente, si bien las partes que deseen apelar deberán notificar tal decisión antes de que el informe sea adoptado, el ESD dispone que los informes no serán examinados a efectos de su adopción hasta que hayan transcurrido al menos 20 días desde la fecha de su circulación entre los Miembros.⁵³ Adicionalmente, los Procedimientos de Trabajo del ESD requieren que el informe definitivo sea entregado a las partes tres semanas antes de su distribución a los Miembros.⁵⁴ Los Procedimientos de Trabajo incluso disponen que se distribuya a las partes un informe provisional, que incluya las constataciones y conclusiones, antes de que se emita el informe definitivo.⁵⁵ En verdad, las partes que obtengan una decisión adversa del panel disponen de varias semanas luego de conocer el contenido del informe, antes de que deban anunciar su decisión de apelar.

53 ESD, Art. 16.1.

54 ESD, Apéndice 3, numeral 12, literales (g)-(k).

55 Idem.

En el caso de la gasolina, por ejemplo, el informe provisional fue distribuido a las partes el 11 de diciembre de 1995, y el informe definitivo les fue entregado el 17 de enero de 1996 y circulado entre los Miembros el 29 de enero siguiente.⁵⁶ Toda vez que el informe no hubiera podido ser adoptado en la reunión del OSD del 31 de enero, Estados Unidos empezó su proceso de apelación presentando la notificación de su intención de apelar, justo antes de la siguiente reunión del OSD del miércoles, 21 de febrero. De acuerdo con lo establecido en los Procedimientos de Trabajo (publicados hacía menos de una semana, el 15 de febrero), Estados Unidos presentó su apelación el lunes 4 de marzo de 1996.

Como se nota, en esta primera apelación, el apelante dispuso para preparar su escrito, de 23 días contados a partir de la circulación del informe definitivo entre los Miembros (29 de enero de 1996), de 35 días a partir de que el informe había sido entregado a las partes (17 de enero de 1996) y de 72 días desde que las partes habían recibido el informe provisional (11 de diciembre de 1995).⁵⁷ En contraste, como se ha señalado, los escritos de apelaciones cruzadas de los apelados debían ser presentados 15 días después de la notificación de la decisión de apelar y apenas tres días después de que los apelados conozcan los argumentos de los apelantes. Más aún, los escritos de contestación a los méritos de la apelación debieron ser presentados para el 18 de marzo, apenas 14 días luego de recibir el texto de los argumentos a los cuales se debía dar respuesta.⁵⁸

Es probable que este cronograma tan injusto haya sido el resultado de exigencias del momento. El retraso en la designación de los integrantes del Organismo de Apelación dilató todo el proceso y, como consecuencia, cuando este cuerpo emitió sus Procedimientos de Trabajo, el 15 de febrero de 1996, faltaban pocos días para que se venciera el plazo para la apelación el 21 de febrero. Hubiera parecido sumamente irrazonable en ese momento pedirle al

⁵⁶ Informe del Panel, parágrafos 1.9 y 1.10.

⁵⁷ Seguramente las vacaciones de diciembre contribuyeron con el espacio de 72 días entre la entrega del informe provisional y la distribución del informe definitivo entre los Miembros. Sin embargo, la existencia de vacaciones no afectaría los plazos que se aplican al proceso ante el Panel ni ante el Organismo de Apelación. Habría que compadecer a la parte que tenga que enfrentarse a una notificación de apelación presentada a principios o mediados de diciembre.

⁵⁸ Cuando los plazos son tan cortos, cada día asume una mayor importancia y, en realidad, los apelados dispusieron de aún menos tiempo, toda vez que los escritos son presentados generalmente al cierre del día de trabajo y la preparación y reproducción de un escrito puede tardarse casi un día. En la práctica, se pierde un día de cada extremo del plazo. Esto se hace más complejo por la necesidad de coordinar argumentos y posiciones entre las capitales nacionales y las misiones en Ginebra.

apelante que en seis días presentara su escrito sobre los méritos del caso. En estas circunstancias, probablemente fue inevitable que se concedieran diez días adicionales.

Sin embargo, más allá de las razones, este desequilibrio en los tiempos disponibles para apelantes y apelados resulta ahora injustificado, y debiera ser corregido por el Organismo de Apelación, preferiblemente exigiendo que los apelantes presenten su escrito, al momento de anunciar su decisión de apelar.⁵⁹ Al hacer esto, seguramente el Organismo de Apelación sería respaldado por el OSD, ya que ningún Miembro de la OMC tendría razones para apoyar reglas que favorezcan a los apelantes sobre los apelados. Después de todo, los apelantes de hoy en día, bien pueden ser los apelados del mañana.

V. ESTILO.

El estilo del informe del Organismo de Apelación inmediatamente llamará la atención de las personas que hayan leído informes de paneles del GATT. A diferencia del estilo de estos últimos, no hay largos párrafos que resuman los argumentos de las partes. En lugar de esto, el Organismo de Apelación, en un estilo parecido al de los tribunales de alzada, expuso y resumió sólo los argumentos de las partes que consideró relevantes para los aspectos que consideró, y omitió cualquier referencia a los demás.

El cambio se evidencia, por ejemplo, en el distinto tratamiento que los dos órganos dieron a los argumentos bajo el Acuerdo sobre OTC. Por distintas razones procedimentales, ninguno llegó a considerar los méritos del Acuerdo sobre OTC. Sin embargo, manteniéndose dentro de la tradición del GATT, el informe del Panel contiene once párrafos, a lo largo de varias páginas, simplemente describiendo los argumentos sustantivos de las partes sobre este asunto que jamás llegó a considerar.⁶⁰ En contraste con esto, el Organismo de Apelación no describió los argumentos de las partes bajo el Acuerdo sobre OTC. En general, se trata de un cambio positivo, porque hace más

59 La notificación de la decisión de apelar debe ser presentada, tanto ante el OSD, como ante el Organismo de Apelación. Véanse ESD, artículo 16.4 y Procedimientos de Trabajo del Organismo de Apelación, párrafo 20.1. Sin embargo, el escrito de apelación se presenta sólo ante el Organismo de Apelación. Procedimientos de Trabajo del Organismo de Apelación, párrafo 21.

60 Informe del Panel, párrafos 3.73 al 3.84.

fáciles de leer a los informes y, además, porque al hacer énfasis sobre los argumentos del propio Organo de Apelación, el razonamiento de este cuerpo tenderá a ser más comprensible para el lector. El aspecto negativo, por supuesto, es que puede haber argumentos mal entendidos, olvidados o incluso ignorados y, en un sistema de opinión única, sin posibilidad de disentimientos, los lectores pudieran no enterarse siquiera de que tales argumentos fueron presentados.⁶¹

Hay otras formas en que este primer informe se parece a la sentencia de un tribunal superior. En su encabezamiento, identifica a los miembros que decidieron la apelación sólo por sus apellidos y, al final, el informe es suscrito por cada uno de los tres miembros; preciosismos judiciales que estaban ausentes de los informes de los paneles.⁶² Desafortunadamente, a veces el informe asume un tono excesivamente arrogante, como cuando sugiere, por ejemplo, que la terminología usada por el Panel "no contribuye de ningún modo a la claridad del análisis" o que su "razonamiento presenta un cierto grado de opacidad".⁶³

Un punto más sustantivo, es el referente a cuáles asuntos decidir. Según Robert Hudec, la "práctica usual" de los paneles del GATT ha sido la de no decidir sobre aquéllos aspectos que no debían ser decididos.⁶⁴ Lamentablemente, si la forma en que su decisión trató el punto relativo a *conjuntamente con* representa alguna señal, el Organo de Apelación probablemente no continúe esta práctica. En general, es prudente para las cortes abstenerse de pronunciarse más que sobre aquéllo que tienen que decidir. La práctica usual del GATT era sana y el Organo de Apelación haría bien en seguirla.

VI. CONCLUSIÓN.

Un Organo de Apelación sin poderes de reenvío es una institución poco común. Es inusual, por ejemplo, que un tribunal de apelaciones señale, como lo hizo el Organo de Apelación, que el Panel incurrió "en error de derecho porque omitió decidir" si las medidas "estaban comprendidas en el

61 Véase, por ejemplo, nota 32, *supra*, y texto a que hace referencia. El artículo 17.11 del ESD establece que "las opiniones expresadas en el informe del Organo de Apelación por los distintos integrantes de éste serán anónimas". Esto pareciera prever una opinión singular sin votos salvados, a pesar de que el lenguaje podría interpretarse también como que permite votos salvados, siempre que no se revele la identidad del disidente.

62 La práctica de firmar los informes podrá limitar aún más la posibilidad de disentimientos anónimos.

63 Informe del Organo de Apelación, pp. 14 y 15, respectivamente.

ámbito del preámbulo del artículo XX” del GATT.⁶⁵ Usualmente, los tribunales inferiores no deciden sobre aspectos innecesarios para su sentencia y, si sus sentencias son revocadas, éstos reconsideran en el reenvío los aspectos que hayan quedado sin decidir. El no tratar un aspecto en esas circunstancias no se trata de un error de derecho. El error, en todo caso, es otro. Sin embargo, para el Organismo de Apelación esta conclusión era necesaria, si, al revocar al Panel en el punto de *relativa a*, iba a considerar el preámbulo *de novo*.

A pesar de que la revisión *de novo* por parte del Organismo de Apelación es una consecuencia necesaria de la falta de autoridad de reenvío, se trata de una desafortunada necesidad. Una de las virtudes de la revisión en apelación es que provee una segunda mirada, más enfocada, por parte de un tribunal distinto, a los aspectos controvertidos. Los jueces de apelación no son necesariamente más sabios que los que han decidido el asunto inicialmente, pero ellos llegaron después y gozan del beneficio de revisar el esfuerzo inicial de la decisión, y de aprender de cualesquiera errores se hayan hecho.⁶⁶ Las reglas actuales del ESD niegan a la OMC los beneficios de esta *segunda mirada* en su sistema de solución de controversias. Los hallazgos y conclusiones del Organismo de Apelación hechos *de novo*, son hallazgos y conclusiones no revisados que serán adoptados automáticamente excepto en el caso muy improbable de que, por consenso, se decida lo contrario.⁶⁷ Este es un claro defecto en el sistema, que podría ser remediado estableciendo poderes de reenvío. También es una razón por la cual el Organismo de Apelación debe ejercer cierta *auto-limitación judicial* y no decidir más de lo que tiene que decidir.

También vale la pena hacer notar el aumento del papel del derecho internacional público en la opinión. El artículo 3.2 del ESD requiere que los

64 Robert E. Hudec, *Enforcing International Trade Law*, op. cit., p. 262. Hudec hace notar que, en ciertos casos, los paneles se han apartado de tal práctica, cuando una opinión más amplia pudiera servir a algún propósito. Por ejemplo, cita los casos de Japón - Restricciones a las importaciones de algunos productos agrícolas; Estados Unidos - Tasa de Usuarios de Aduanas; y Estados Unidos. Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930.

65 Informe del Organismo de Apelación, p. 29.

66 Son apropiadas en este respecto, las palabras de un antiguo Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Robert H. Jackson, en su opinión concurrente del caso *Brown versus Allen* en 1953: “Un porcentaje de las decisiones de un tribunal, son revertidas cuando éstas son revisadas por otro tribunal. Esto refleja las diferentes visiones que normalmente se pueden encontrar entre las personas que conforman los distintos tribunales. Sin embargo, la revocación por parte de un tribunal superior no es una prueba de que se haya hecho una mejor justicia... Nuestras decisiones no son finales porque seamos infalibles, sino que se nos considera infalibles sólo porque nuestras decisiones son finales”.

67 ESD, Art. 17.14.

acuerdos de la OMC sean interpretados de acuerdo con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, y la opinión hizo justamente eso, notando que el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ha alcanzado el *status* de una regla de derecho internacional consuetudinario.⁶⁸ Más allá de esto, sin embargo, el Organo de Apelación estableció que el Artículo 3.2 del ESD refleja en cierta medida el "reconocimiento de que no debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público".⁶⁹ De hecho, la opinión cita autoridades de derecho internacional público al menos en cuatro ocasiones.⁷⁰

El Organo de Apelación -en realidad, todo el ESD- es experimental. En la Conferencia Ministerial a efectuarse dentro de los cuatro años siguientes a su entrada en vigor en enero de 1995, se deberá revisar y subsecuentemente decidir si mantenerlo, modificarlo o eliminarlo.⁷¹ Sobre la base de una evaluación tanto del primer informe del Panel, como del primer informe de apelación, los Ministros claramente deberían mantener el ESD, con una modificación que permita el reenvío, si es que tal modificación no puede ser hecha antes. A pesar de que el razonamiento del Panel fue revertido en un punto, es importante recordar que en los temas principales argumentados por las partes -los Artículos III:4 y XX(b)- no hubo cuestionamiento de las conclusiones del Panel, y que, en el análisis final, su conclusión definitiva fue confirmada: la inconsistencia con el Artículo III:4 no estaba justificada por el Artículo XX.

Es posible criticar aspectos de la opinión del Organo de Apelación, tal como lo hace este artículo, ya que siempre es posible criticar las opiniones legales que tratan materias complejas y controversiales, particularmente cuando, como en este caso, tales opiniones se han producido bajo severas restricciones de tiempo. Lo importante es resaltar que ambas opiniones llegaron a conclusiones que son aceptables para las partes, por razones que las partes pueden aceptar, aunque eventualmente a regañadientes. Esta es la prueba definitiva para las instituciones de cualquier sistema legal y habiendo aprobado esta prueba, tanto el Panel como el Organo de Apelación han llevado al sistema legal GATT/OMC un significativo paso más allá de lo primitivo.

68 Informe del Organo de Apelación, p. 17.

69 Idem.

70 Véase, por ejemplo, Informe del Organo de Apelación, notas al pie de página 33, 34, 45 y 46.

71 Decisión sobre aplicación y examen del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

La Regulación Internacional del Comercio de Servicios luego de la Ronda de Uruguay

Mary E. FOOTER¹

A pesar de que generalmente se acepta que por más de una década, los servicios han sido el sector de más rápido crecimiento en la economía global, la regulación internacional del comercio de servicios se ha rezagado frente a otros desarrollos en el comercio internacional. No fue sino hasta la octava ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales (NCM) bajo los auspicios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), lanzada en Punta del Este en 1986,² que las partes contratantes del GATT empezaron a negociar seriamente el tema del comercio en servicios. Este artículo incluye una evaluación de algunas de las estrategias claves de negociación; una revisión del estado del comercio internacional en servicios luego de la conclusión de las NCM en la Ronda de Uruguay y el surgimiento del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS);³ y, finalmente, una evaluación de las negociaciones en curso dirigidas a lograr una progresiva liberalización de los servicios, luego de la entrada en vigor del Acta Final de la Ronda de Uruguay y del Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

I. NEGOCIACIONES SOBRE COMERCIO DE SERVICIOS.

La decisión de negociar sobre el comercio de servicios es relativamente reciente. En 1954 hubo un intento de regular un aspecto sectorial en el

1 La autora es Asesora Legal de Programa en el Instituto Internacional de Derecho del Desarrollo en Roma; y *Visiting Senior Research Fellow* en el Centro para Estudios de Derecho Comercial del Queen Mary & Westfield College en Londres. Traducción por Samantha Sánchez Miralles. Una versión en lengua inglesa de este artículo apareció publicada como "The International Regulation of Trade in Services Following Completion of the Uruguay Round", *The International Lawyer* (Verano de 1995). La publicación de este artículo ha sido autorizada por *The International Lawyer*.

2 "Declaración Ministerial sobre la Ronda Uruguay" en GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 33er. Supl. (Ginebra: GATT, 1987), pp. 19-29.

3 Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, publicado en Venezuela en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Gaceta Oficial de la República de Venezuela, No. 4.829 Ext., 29 de diciembre de 1994 (Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la OMC) (nota de la traductora). El texto del GATS puede verse también en

campo de los servicios, cuando las PARTES CONTRATANTES del GATT⁴ consideraron propuestas relativas a la discriminación en seguros de transporte,⁵ lo que llevó en 1959 a la adopción de una Recomendación de las PARTES CONTRATANTES sobre "Libertad de Contratación en Seguros de Transporte".⁶ Sin embargo, no fue sino hasta la Ronda de Tokio del GATT (1973-79), y por iniciativa del gobierno de Estados Unidos, que el tema fue abordado. De allí en adelante, el progreso inicial se limitó a la conducción de investigaciones en el área y al desarrollo de un consenso internacional en materia de servicios. Una Declaración Ministerial en 1982 simplemente recomendaba que aquellas partes contratantes que estuvieran interesadas en el tema de servicios acometieran exámenes nacionales del sector, compilaran y distribuyeran entre sí información en la forma más uniforme posible, y revisarían los resultados en la sesión de 1984.⁷ No fue sino hasta 1986, cuando la Declaración Ministerial de Punta del Este lanzó la Ronda de Uruguay, que se tomó una firme decisión de negociar sobre el comercio de servicios. El objetivo general de las negociaciones en servicios era,

"...establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios, incluida la elaboración de posibles disciplinas para sectores particulares, con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los

GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los Textos Jurídicos* (Ginebra: GATT, 1994), pp. 341-380.

- 4 De acuerdo a lo dispuesto en el artículo XXV: i del GATT, las referencias a las PARTES CONTRATANTES (en mayúsculas) contenidas en el texto del Acuerdo General, significan que las partes contratantes están actuando colectivamente y se refieren fundamentalmente a sus competencias en materia de interpretación del GATT mediante: (i) decisiones; (ii) informes de paneles y grupos de trabajo; (iii) dictámenes del presidente; (iv) acciones del consejo; o extraordinariamente, (v) dictamen legal del Director General. Véase al respecto, GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice* (GATT: Ginebra, 1994), p. 811. Véase también, John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (Indianapolis: Bobs-Merrill, 1969), pp. 126-32.
- 5 "GATT Review Session, 1954-55" en GATT, *Basic Instruments and Selected Documents*, Op. Cit., 3er. Supl. (Ginebra: GATT, 1955), pp. 242-43. Debido a que el GATT permite una valoración aduanera *c. i. f.*, se podría considerar que el seguro y el transporte están cubiertos por el artículo VII del GATT y por el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio resultante de la Ronda de Tokio de NCM (Código de Valoración Aduanera del GATT) en GATT, *Instrumentos Básicos*, Op. Cit., 26to. Supl. (Ginebra: GATT, 1980), pp. 128-65.
- 6 "Recomendación del 27 de mayo de 1959" en GATT, *Instrumentos Básicos*, Op. Cit., 8avo. Supl. (Ginebra: GATT, 1960), p. 28.
- 7 En "Declaración Ministerial del 29 de noviembre de 1982" (L/5424) en GATT, *Instrumentos Básicos*, Op. Cit., 29no. Supl. (Ginebra: GATT, 1983), pp. 21-22.

interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo. Este marco respetará los objetivos de política general de las leyes y reglamentaciones nacionales aplicables a los servicios y tendrá en cuenta la labor realizada por los organismos internacionales pertinentes".⁸

Con el fin de progresar en las negociaciones, el Grupo de Negociación de Servicios (GNS) fijó una agenda de cinco puntos para la fase inicial de las negociaciones que incluyera: definición y recopilación de datos estadísticos; los conceptos sobre los cuales basar los principios y las reglas para el comercio en servicios; cobertura; la relación entre las disciplinas existentes y los acuerdos sectoriales intergubernamentales; y el establecimiento de un marco regulatorio.

A. *Posición de Estados Unidos y la Comunidad Europea.*

Desde el final de la Ronda de Tokio en 1979, Estados Unidos fijó el comercio de servicios como prioridad y estimuló a las otras partes contratantes para que llevaran adelante investigaciones en el sector servicios.⁹ La administración del Presidente Reagan manifestó su interés en formar una coalición de industrias internacionales de servicios, las cuales en cualquier negociación futura pudieran agregar peso a otros grupos liberales -tales como el *lobby* agrícola- y anular algunos de los grupos proteccionistas -tales como los sectores textil y de confección.¹⁰

8 GATT, *Instrumentos Básicos*, Op. Cit., 33er. Supl. (Ginebra: GATT, 1987), p. 29.

9 Estados Unidos también apoyó el programa de trabajo iniciado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a principios de la década de los ochenta. La OCDE fue creada en 1961 para promover los objetivos de lograr crecimiento económico sostenible, empleo y niveles de vida más altos para sus miembros, contribuir a la expansión económica en países miembros y no miembros y a la extensión del comercio internacional sobre bases multilaterales y no discriminatorias, conforme a las obligaciones internacionales (artículo 1 de la convención firmada en París, el 14 de diciembre de 1960). La organización de 24 miembros admitió a un país en desarrollo, México, como miembro en mayo de 1994. Véase, J. Murray Gibbs, "Continuing the International Debate on Services" *Journal of World Trade Law*, Vol. 19 (1985): p. 200.

10 El Representante Comercial de Estados Unidos en la administración del Presidente Ronald Reagan, William Brock, fue un factor fundamental en el establecimiento de un comité consultivo sobre servicios para facilitar colaboración directa, en el sector de los servicios, entre el gobierno y la industria. Véase, Gibbs, "International Debate on Services", Op. Cit. Europa siguió el ejemplo y estableció un Grupo de Servicios de la Comunidad Europea (GSCE) que sirviera de foro para que los proveedores de servicios y la Comisión Europea pudieran discutir las negociaciones sobre el comercio de servicios y las acciones tomadas por los países miembros individuales. Véase, Grupo de Servicios de la Comunidad Europea, "The European Service Sector's View on the Liberalisation of Trade in Services" (Reporte preparado por el GSCE para la Comisión Europea, British Invisibile Exports Council, 14 de abril de 1987).

En abril de 1981, el *Trade Policy Committee* (Comité de Política Comercial) de la administración estadounidense puso en movimiento un programa de trabajo en servicios, con el fin de usar los acuerdos bilaterales existentes con otros gobiernos, para resolver problemas actuales en materia comercial que el sector privado hubiera identificado, buscar el desarrollo de un consenso nacional e internacional sobre el comercio de servicios como parte de la preparación para las futuras negociaciones multilaterales y revisar las disposiciones legislativas internas dirigidas a lograr reciprocidad para las industrias estadounidenses de servicios.¹¹ Quizás el Representante Comercial de Estados Unidos (USTR), William Brock, es quien ha resumido mejor los objetivos reales de política en las negociaciones, en unas declaraciones personales que fueron publicadas para coincidir con la Sesión Ministerial del GATT de 1982. En estas declaraciones, el Embajador Brock identificaba objetivos paralelos de lograr la expansión comercial y la reducción de barreras proteccionistas al comercio de servicios.¹² Tales objetivos se lograrían mediante el desarrollo de un sólido ambiente institucional para los servicios y de un proceso de negociación dirigido a reducir, o eliminar, las barreras al comercio de servicios.

En términos más concretos, la oficina del USTR concebía un acuerdo marco o "paraguas" que cubriera, tanto reglas sustantivas sobre no-discriminación, trato nacional, acceso a los mercados y disciplinas para controlar a los monopolios estatales de proveedores de servicios, como reglas procesales sobre transparencia y solución de diferencias.¹³ El USTR manejaba la idea de que el trato de nación más favorecida (NMF) se aplicara a todos los

-
- 11 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Services and the Development Process*, Documento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) TD/B/1008/Rev.1 (Nueva York: UNCTAD, 1985), p. 42 (Informe preparado por el Secretariado de la UNCTAD). La UNCTAD fue creada en 1964. En sus inicios fue una conferencia patrocinada por la Organización de las Naciones Unidas, con el fin de tratar los temas vinculados de comercio y desarrollo con especial referencia a los países en desarrollo. Véase, Diego Cordovez, "The Making of UNCTAD: Institutional Background and Legislative History", *Journal of World Trade Law*, Vol. 1, (1967): pp. 243-78.
 - 12 Declaraciones suministradas durante un testimonio ante el Subcomité de Finanzas Internacionales y Política Monetaria del Comité de Asuntos Bancarios, de Vivienda y Urbanos del Senado de Estados Unidos, en noviembre de 1981. Sus opiniones aparecieron publicadas como artículo en, William Brock, "A Simple Plan for Negotiation on Trade in Services", *The World Economy*, Vol. 5, No. 3 (1982): pp. 238-39.
 - 13 Bernard Hoekman, *Developing Countries and the Uruguay Round: Negotiating on Services*, World Bank Policy Research Working Paper N° 1220 (Washington, D.C.: Banco Mundial, 1993), p. 5.

firmantes, mientras que el trato nacional fuera fundamental para cualquier acuerdo y se estableciera como una obligación general vinculante. El comercio de servicios se definiría de la forma más amplia posible, incluyendo al comercio de servicios que involucrara aspectos significativos de inversión, esto es, que requiriera una presencia comercial y que implicara derechos de establecimiento, ya que tales aspectos eran cruciales para alcanzar mayor nivel de acceso a los mercados. Mientras aceptaba la existencia de monopolios nacionales, Estados Unidos proponía que la venta de tales servicios a clientes en el exterior fuera hecha en una forma no discriminatoria. Además, Estados Unidos trataba de lograr acuerdos específicos dedicados a sectores especiales de servicios, que incorporaran y extendieran las reglas básicas contenidas en el Acuerdo Marco.¹⁴

Para el momento en que se reunió el Comité de Negociaciones Comerciales del GATT a nivel ministerial en diciembre de 1988, en la llamada Revisión de Montreal de mitad período,¹⁵ la oficina del USTR había reducido los principios básicos que rigieran el comercio en servicios a cuatro puntos: trato nacional, establecimiento, no discriminación y transparencia. Sin embargo, se estaba haciendo cada vez más claro que acuerdos multilaterales anteriores crearían problemas para sectores específicos, para nombrar tan solo dos, servicios de aviación civil y de transporte marítimo. El sector de la aviación civil está basado sobre un sistema de acuerdos bilaterales de transporte aéreo que especifican rutas, derechos de aterrizaje, y tarifas preferenciales entre las partes; en el sector marítimo, el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de la UNCTAD¹⁶ tiende hacia una estructura bilateral similar; y, tanto el sector de aviación civil como el de transporte marítimo reconocen el concepto de cabotaje. Ninguno de estos conceptos es compatible con el trato de NMF, y los desarrollos sucesivos demostraron lo limitada que podría llegar a ser la aplicación del GATS en ciertos sectores.

14 Véase Apéndice M: "US Goals for Trade in Services", en USTR, *Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program: 1984-1985* (Washington, D.C.: USTR, 1985). Véanse también, Fred Lazar, "Services and the GATT: U.S. Motives and a Blueprint for Negotiations", *Journal of World Trade Law*, Vol. 24, No. 1 (1990): p. 135 y J. Murray Gibbs, "International Debate on Services", *Op. Cit.*, p. 200.

15 "General Agreement on Tariffs and Trade: Decisions Adopted at the Mid-Term Review of the Uruguay Round" en *International Legal Materials*, Vol. 28 (1989): p. 1023.

16 Convención de las Naciones Unidas sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas en UNCTAD, *Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas*, Vol. II, Acta Final, Documento de la ONU S/75/II/D/12 (Nueva York: UNCTAD, 1975).

En aviación civil, el Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo es significativo porque deja de lado los derechos de tráfico y "servicios directamente relacionados con el ejercicio de los derechos de tráfico" (artículo 2 del Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo).¹⁷ El anexo se aplica en cambio sólo a las medidas que afecten los servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves, la venta y comercialización de de servicios de transporte aéreo y los servicios de sistemas de reserva informatizados (SRI) (artículo 3 del Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo). Mientras la Ronda de Uruguay iba progresando, Estados Unidos trató de excluir a la industria marítima del alcance de cualquier acuerdo. Para esto se apoyó en la *U.S. Merchant Marine Act* (Ley de la Marina Mercante estadounidense) de 1970 que permite a la Administración tomar acciones unilaterales contra países que considere que perjudican a los intereses marítimos estadounidenses. Estados Unidos tuvo éxito al respecto, y todo lo que resultó fue un Anexo relativo a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo, en el cual las partes acordaron procurar una liberalización progresiva y continuar negociando sin tener un acuerdo sectorial con concesiones consolidadas.¹⁸

Este punto sirve para resaltar un aspecto adicional de la posición de Estados Unidos. Por un lado, Estados Unidos continúa abogando por la liberalización del comercio -incluso del comercio de servicios-, lo cual se evidencia claramente del Título III de su *Trade and Tariff Act of 1984* (Ley de Comercio y Aranceles de 1984). En esta Ley, se concede un mandato claro y comprensivo de negociación a la Administración para, de acuerdo con los legítimos objetivos nacionales estadounidenses, promover la reducción o eliminación de las barreras al comercio internacional de servicios, incluyendo aquellas barreras que nieguen el trato nacional o que restrinjan el establecimiento, y para promover el desarrollo de reglas internacionalmente acordadas, incluyendo procedimientos para la solución de diferencias.¹⁹ Por otro lado, Estados Unidos pretende conservar para sí el derecho de poder adoptar, en nombre de un comercio justo,²⁰ todas aquellas medidas discrecionales

17 Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo, en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., pp.369-70. Los derechos de tráfico y servicios directamente relacionados con éstos, están cubiertos por múltiples acuerdos bilaterales de servicios aéreos.

18 Brian Hindley, "The GATT's Last GATS?" (Trabajo presentado en la Conferencia sobre las Negociaciones de la Ronda de Uruguay: Crisis y Respuestas, organizada por el Royal Institute of International Affairs, 7 y 8 de marzo de 1991).

19 En este sentido, se puede comparar la Sección 305 de la Ley de Comercio y Aranceles de 1984, con la Sección 104A de la Ley de Comercio de 1974.

20 Fred Lazar, "Services and the GATT", Op. Cit., pp. 137 y ss.

y discriminatorias de política comercial que considere procedentes contra sus socios comerciales, bajo la Sección 301 de su *1974 Trade Act* (Ley de Comercio de 1974),²¹ modificada por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988* (Ley General de Comercio y Competitividad de 1988).²²

El que Estados Unidos haya continuado con esta política, incluso dentro del marco de negociaciones en progreso, ha causado malestar entre sus principales socios comerciales, tanto durante como después de la conclusión de la Ronda de Uruguay. Así, por ejemplo, en septiembre de 1988, la Comunidad Europea y otros países hicieron un llamado al Consejo del GATT para que discutiera la recién aprobada legislación comercial estadounidense.²³ Estados Unidos defendió vigorosamente sus acciones y confirmó que seguía comprometido con la utilización, hasta donde fuera posible, de los procedimientos del GATT para la resolución de disputas comerciales; pero que sin embargo se reservaba el derecho de actuar unilateralmente en ciertas áreas que no estuvieran aún bajo el alcance del GATT, por ejemplo, en materia de comercio de servicios y de protección de los derechos de propiedad intelectual.²⁴

La Comunidad Europea era partidaria de lograr, a través de las negociaciones de servicios, un acuerdo amplio, tanto en términos de alcance general, como en cuanto a cobertura sectorial. Esto con el fin de alcanzar el máximo potencial para un acceso "efectivo" a los mercados y de estimular una amplia participación. A medida que las negociaciones fueron avanzando, la Comunidad Europea manifestó su preferencia por un acuerdo con compromisos mínimos, desprovisto de obligaciones vinculantes, tales como el trato nacional,²⁵ aspecto este último que Estados Unidos estaba presionan-

21 Esta Ley ordena al Presidente de Estados Unidos adoptar las acciones "apropiadas y posibles" (independientemente de que tales acciones sean consistentes con el GATT o con otros acuerdos internacionales) con el fin de: (i) hacer efectivos los derechos de Estados Unidos bajo cualquier acuerdo comercial; (ii) responder frente a actos, políticas o conductas de algún país extranjero que violen o sean inconsistentes con las disposiciones de algún acuerdo comercial, que restrinjan beneficios que para Estados Unidos se derivarían de tal acuerdo comercial, o que de otra manera constituyan una carga o restricción injustificables al comercio estadounidense.

22 Véase, Judith Hippler Bello y Alan F. Holmer, "The Heart of the 1988 Trade Act: A Legislative History of the Amendments to Section 301", capítulo 2 en *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, eds. Jagdish Bhagwati y Hugh T. Patrick (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1990), pp. 48-49.

23 Documento de la ONU C/M/224, reunión del 22 de septiembre de 1988.

24 Robert E. Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System* (Salem, New Hampshire: Butterworth, 1993), sección 10.15.

25 Bernard Hoekman, "Developing Countries", Op. Cit., p. 14.

do para que se incluyera como una obligación general vinculante. Igualmente, la Comunidad prefería un acuerdo que diera fuerte énfasis a la perspectiva sectorial, en lo que se denominó la "adecuación sectorial".²⁶ Esto significaba que la liberalización progresiva en el punto clave del acceso a los mercados debía descansar sobre el respeto a los objetivos de política y a lo "adecuadas" que pudieran resultar las regulaciones en cada sector.

En un informe de 1987 dirigido a la Comisión Europea, la industria de servicios hacía énfasis en el grado existente de regulación en muchos sectores de los servicios. El informe sugería limitar las regulaciones a los niveles necesarios, que éstas fueran de carácter no discriminatorio frente a los servicios extranjeros y a los proveedores extranjeros de servicios y que reflejaran las opiniones del sector privado, y no sólo las de los funcionarios responsables del diseño de políticas y de la negociación de acuerdos comerciales.²⁷ La presión ejercida por el sector privado en el curso de las negociaciones, llevó a que la Comunidad propusiera la creación de un "Comité de Reglamentaciones" con carácter permanente, que se encargara de definir lo "adecuadas" que pudieran resultar determinadas regulaciones y de asegurarse que se establecieran procedimientos prácticos para tratar con ellas.²⁸

Esta posición resultaba conveniente para la Comunidad, porque disimulaba la falta de homogeneidad entre las opiniones de los varios Estados Miembros sobre el tema de la regulación de servicios. Igualmente, la posición de la Comunidad se veía acentuada por su preocupación con su política de completar la creación del mercado único para 1992. Así pues, las negociaciones sobre servicios al nivel multilateral del GATT eran, en alto grado, vistas como parte del objetivo global de la Comunidad de lograr políticas en su mercado doméstico que fueran "amistosas hacia los servicios" y de desarrollar un "ambiente institucional, regulatorio y fiscal de acuerdo con esas necesidades".²⁹ Esta perspectiva de mercado interno ha continuado a pesar sobre la Comunidad, en lo que se refiere a las negociaciones de servicios. Esto se demuestra en la posición inicial de la Comunidad en las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas, y en el hecho de que la Comunidad está actualmente completando su mercado interno en telecomunicaciones.

26 Stanley Golt, "Trade Issues in the Mid-1980s", (British-North America Committee, noviembre de 1988), p. 47.

27 GSCE, "The European Service Sector's View", Op. Cit., p. 7.

28 Stanley Golt, "Trade Issues", Op. Cit., p. 47.

29 Idem.

Más aún, la Comunidad Europea -que, para mediados de la década de los ochenta, ya ocupaba una posición de dominio en las exportaciones de servicios a nivel mundial-³⁰ concebía la transición hacia el sector de servicios como conducida por las inversiones,³¹ por lo que estaba interesada en que se diera adecuada consideración a los temas de servicios e inversión, en particular cuando se requiriera de una presencia comercial que involucrara derechos de establecimiento. Esto resulta obvio en el caso de los servicios financieros, donde el artículo 9, sección 4 de la Segunda Directiva Bancaria³² restringe la entrada de bancos extranjeros, limitando o suspendiendo la autorización o compra de nuevas subsidiarias en la Comunidad Europea, sobre una base de reciprocidad.

Desde el principio, la Comunidad dió por supuestos los conceptos de no discriminación y de trato nacional, considerando que cualquier acuerdo marco sobre servicios, debía incluir ambos conceptos. Sin embargo, la Comunidad Europea y Estados Unidos tenían diferencias en torno al trato que debía ser acordado a los países en desarrollo, en el proceso de servicios. En particular, la Comunidad consideraba que la liberalización progresiva de los servicios era necesaria para apoyar el desarrollo de estos países, en los sectores en los cuales tuvieran ventajas comparativas,³³ específicamente en aquellos servicios intensivos en el uso de mano de obra, tales como turismo, servicios profesionales (legales, de contaduría, de ingeniería, de consultoría, médicos y paramédicos), así como servicios de procesamiento de datos, de desarrollo de software y de limpieza.

B. *Posición de los Países en Desarrollo.*

Inicialmente, los países en desarrollo mantuvieron una posición de resistencia frente a las negociaciones sobre servicios.³⁴ La ruptura Norte/Sur iba desde las posiciones de algunos países que estaban preocupados sobre la conveniencia, alcance y contenido de ciertos servicios en cualquier

30 Comunidades Europeas, *The Uruguay Round: Global Agreement, Global Benefits* (Bruselas: Comunidades Europeas, 1994), p. 5.

31 J. Murray Gibbs, "International Debate on Services", Op. Cit., p. 207.

32 Segunda Directiva del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE (Segunda Directiva Bancaria, 89/646/CEE), en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 386/1, 30 de diciembre de 1989.

33 GSCE, "The European Service Sector's View", Op. Cit., parágrafo 7.01. Véase también, OCDE, *Trade in Services and Developing Countries* (París: OCDE, 1989), p. 7.

34 J. Murray Gibbs, "International Debate on Services", Op. Cit., p. 201.

acuerdo, hasta las de otros países que sostenían que los servicios debían ser totalmente excluidos del proceso de negociación.³⁵ Al final, la Declaración de Punta del Este de 1986 es un compromiso entre los países desarrollados y los países en desarrollo, para seguir adelante con las negociaciones.

Se acordó que las negociaciones sobre servicios continuarían, pero los países en desarrollo lograron colocar a los servicios sobre una pista separada, fuera del marco legal del GATT y separados del comercio de bienes.³⁶ Con esto buscaban eliminar el posible entrecruzamiento entre asuntos del GATT y servicios. Los países en desarrollo lograron igualmente que se incluyeran el desarrollo económico y el crecimiento como parte de los objetivos de cualquier acuerdo.³⁷

Algunos países en desarrollo, dirigidos por Argentina, Brasil y la India, se mantuvieron escépticos de todo el proceso. Tal escepticismo se evidencia en las propuestas de Argentina y la India, que sostenían que la mejor forma de lograr el desarrollo económico y el crecimiento sería a través de acuerdos de distribución de mercados que garantizaran una mayor participación de los países en desarrollo en el comercio mundial de servicios.³⁸ Algunos países en desarrollo también deseaban mantener sus regímenes regulatorios, mientras otros eran partidarios de conservar esquemas de promoción de exportaciones o cláusulas para la protección de industrias nacientes.

Entre los países en desarrollo existía gran preocupación por la falta de datos estadísticos sobre los servicios. La falta de tales estadísticas, que les permitirían determinar en qué forma un eventual acuerdo afectaría su futuro comercio de servicios, fue una de las justificaciones inicialmente presentadas para excluir a las transacciones de servicios que involucraran oferentes extranjeros, debido al estrecho nexo entre esta forma de suministro con temas de inversión extranjera directa (IED).

Naturalmente, a lo largo de las negociaciones, los países en desarrollo enfatizaron la necesidad de que los gobiernos pudieran enfrentar las prácti-

35 Bernard Hoekman, "Developing Countries", Op. Cit., p. 4.

36 P. S. Randhawa, "Punta del Este and After: Negotiations on Trade in Services and the Uruguay Round", *Journal of World Trade Law*, Vol. 21, No. 4 (1987): pp. 163-64.

37 Al respecto, véase el Preámbulo del GATS, en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., p. 343, el cual repetidamente afirma la necesidad de tomar en cuenta el proceso de desarrollo.

38 Bernard Hoekman, "Developing Countries", Op. Cit., p. 4.

cas restrictivas de las empresas, controlar la IED hacia sus países y apoyar sus industrias nacientes.³⁹ Como corolario, los países en desarrollo consideraban inaceptable cualquier intento de convertir el trato nacional en una obligación generalmente aplicable.⁴⁰ Debe recordarse que durante las negociaciones las preferencias de la Comunidad Europea también reflejaban una no generalidad en el trato nacional y en el acceso a los mercados; al final, ésta fue la perspectiva que se impuso. En cambio, Estados Unidos tuvo éxito en asegurar una obligación general vinculante para el trato de NMF, con la opción para los países de eximir de este trato a ciertos sectores.

II. EL ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS LUEGO DE LA CONCLUSIÓN DE LA RONDA DE URUGUAY.

A. *Visión General del GATS.*

El GATS es uno de los anexos al Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la OMC (Acuerdo sobre la OMC).⁴¹ En tal virtud, es una parte integral de este acuerdo y cualquier país que acepte el Acuerdo sobre la OMC, también está comprometido a aceptar los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos, incluyendo, entre otros, el GATT de 1994⁴² y el GATS. Con excepción de los cuatro Acuerdos Comerciales Plurilaterales del Anexo 4,⁴³ los países miembros de la OMC deben aceptar todos los acuerdos incluidos en el paquete final de la Ronda de Uruguay, y no les es posible diferenciar ni escoger entre ellos. Hasta ahora,⁴⁴ 122 gobiernos se han hecho miembros de la OMC; adicionalmente, 30 gobiernos más han solicitado la adhesión de sus países a la OMC. Esta expansión significa que la extensión de la cobertura del acuerdo de servicios se extenderá a un amplio número de participantes, con lo cual se elimina la perspectiva de selectividad característica

39 A los países en desarrollo preocupaba particularmente el papel preponderante que las compañías multinacionales mantienen en el comercio de servicios. Véase, P. S. Randhawa, "Punta del Este", Op. Cit., p. 169.

40 Bernard Hoekman, "Developing Countries", Op. Cit., p. 5.

41 El GATS constituye el Anexo 1B del Acuerdo sobre la OMC. Véase, GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit.

42 Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC. Véase, GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit.

43 Este anexo incluye el Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles, el Acuerdo sobre Contratación Pública, el Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y el Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino. Véase, GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., p. 455.

44 De acuerdo a información obtenida del Secretariado de la OMC, al 9 de julio de 1996.

de la participación de las partes contratantes en los acuerdos de barreras no arancelarias suscritos en la Ronda de Tokio.

El GATS tiene cierta similitud con el Tratado de la Unión Europea de 1992, debido a que, en lugar de pretender establecer un solo marco institucional, descansa sobre tres pilares.⁴⁵ El primer pilar es un acuerdo marco que contiene 29 artículos, distribuidos a lo largo de seis partes, y el cual es esencialmente un conjunto de conceptos generales, principios y reglas que crean obligaciones aplicables a todas las medidas que afecten el comercio de servicios.

La Parte I contiene obligaciones básicas con respecto a la definición y al alcance de los servicios. La Parte II contiene la aplicación de obligaciones y disciplinas generales, tales como la cláusula de NMF; transparencia; disposiciones para la participación creciente de los países en desarrollo en el comercio global de servicios; administración de las regulaciones nacionales en materia de servicios; obligaciones con respecto a los requisitos de reconocimiento en el área de servicios; uso de restricciones limitadas sobre los pagos y transferencias internacionales en casos de dificultades de balanza de pagos; y aplicación de excepciones generales y especiales.

La Parte III del GATS es la parte operativa del acuerdo que contiene disposiciones sobre acceso a los mercados y trato nacional, las cuales no se establecen como obligaciones generales, sino como compromisos específicos a ser incluidos en las listas nacionales. La Parte IV establece las bases para una liberalización progresiva de los servicios, a través de futuras rondas de negociaciones comerciales, incluyendo el retiro y la modificación de compromisos contenidos en las listas nacionales, luego de transcurridos tres años de la entrada en vigor del compromiso de que se trate. La Parte V cubre las disposiciones institucionales, incluyendo el establecimiento de un Consejo del Comercio de Servicios, junto con una referencia a los procedimientos para la solución de diferencias. Las disposiciones finales están contenidas en la Parte VI.

45 El Tratado de 1992 sobre la Unión Europea entró en vigencia el 1 de noviembre de 1993. Este Tratado establece un marco institucional único que descansa sobre tres pilares: la Comunidad Europea, la Política Exterior y de Seguridad Común y la Cooperación en los Ambitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior.

El segundo pilar comprende las listas de compromisos en servicios de los países miembros, que contienen la enumeración de todas las obligaciones específicas negociadas que constituyen compromisos consolidados que se aplican a los sectores y subsectores de servicios indicados en las listas nacionales, sujetos a las calificaciones, condiciones o limitaciones específicas para cada sector. Estos compromisos son objeto de un proceso continuo de liberalización de forma similar a lo que ocurre con las concesiones arancelarias en el comercio de bienes.

El tercer pilar está constituido por una serie de anexos, que toman en cuenta diversos sectores. El primero de tales anexos es el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II (exenciones frente a la aplicación de la cláusula de NMF).⁴⁶ El segundo anexo es un Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios en el Marco del Acuerdo, que no es aplicable a las medidas que tengan que ver con el empleo, la ciudadanía, o la residencia con carácter permanente.⁴⁷ A continuación hay una serie de anexos sectoriales:

- Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo;
- Anexo sobre Servicios Financieros;
- Segundo Anexo sobre Servicios Financieros;
- Anexo relativo a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo;
- Anexo sobre Telecomunicaciones; y,
- Anexo relativo a las Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas.⁴⁸

Los tres pilares mencionados forman parte integrante de la Parte II del Acta Final de la Ronda de Uruguay, la cual quedó abierta para la firma y ratificación de todas las partes contratantes del GATT, así como de otros países que vayan a adherirse a la OMC.

46 Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., p. 368.

47 Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios en el Marco del Acuerdo en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., pp. 368-69.

48 Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo, Anexo sobre Servicios Financieros, Segundo Anexo sobre Servicios Financieros, Anexo relativo a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo, Anexo sobre Telecomunicaciones y Anexo relativo a las Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., pp. 369-80.

Adicionalmente, una sección distinta del Acta Final contiene ocho decisiones institucionales y un entendimiento sobre varias materias relacionadas con el GATS. Tales documentos son considerados instrumentos separados que los miembros pueden decidir si firman y se comprometen a aceptar. Se trata de los siguientes documentos:

- Decisión relativa a las Disposiciones Institucionales para el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios;
- Decisión relativa a determinados Procedimientos de Solución de Diferencias para el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios;
- Decisión sobre el Comercio de Servicios y el Medio Ambiente;
- Decisión relativa a las Negociaciones sobre el Movimiento de Personas Físicas;
- Decisión relativa a los Servicios Financieros;
- Decisión relativa a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo;
- Decisión relativa a las Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas;
- Decisión relativa a los Servicios Profesionales; y,
- Entendimiento relativo a los Compromisos en Materia de Servicios Financieros (éste forma una base alterna para -o un medio de interpretación de- los compromisos específicos de acceso a los mercados y de trato nacional, definidos en la Parte III del GATS).⁴⁹

B. Aspectos Principales del GATS

1. Definición

El GATS evita cualquier definición de servicios. En lugar de esto, identifica, a los efectos del Acuerdo, cuatro "formas de suministro", a las cuales se aplica el GATS.⁵⁰ En general, de acuerdo al artículo I:3, el GATS

49 Decisión relativa a las Disposiciones Institucionales para el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Decisión relativa a determinados Procedimientos de Solución de Diferencias para el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Decisión sobre el Comercio de Servicios y el Medio Ambiente, Decisión relativa a las Negociaciones sobre el Movimiento de Personas Físicas, Decisión relativa a los Servicios Financieros, Decisión relativa a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo, Decisión relativa a las Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas, Decisión relativa a los Servicios Profesionales y Entendimiento relativo a los Compromisos en Materia de Servicios Financieros en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., pp. 474-81 y 495-500.

50 Conforme al artículo XXVIII del GATS, el "suministro de un servicio" abarca la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio".

se aplica a "todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales", con lo cual se excluye a "todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios".⁵¹

Así pues, el suministro de un servicio puede darse a través de una actividad transfronteriza "del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro", tal como lo prevé el artículo I:2(a), con lo cual se refiere a una simple transacción transfronteriza, en la cual no existe movimiento físico del proveedor ni del receptor del servicio. Por ejemplo: en el sector de servicios financieros, esta actividad transfronteriza pudiera abarcar a las transacciones corrientes, incluyendo pagos al exterior y otras actividades de cambio externo, el suministro por parte de bancos de facilidades de financiamiento o de instrumentos de inversión, así como también la administración de activos y portafolios, servicios de asesoría y de agencia. En el sector de transporte aéreo, esta actividad transfronteriza puede involucrar la venta y emisión de pasajes de aerolíneas de pasajeros por una empresa transportista de un país a residentes de otro país. En el campo de las telecomunicaciones o de los servicios de información, el uso de transmisiones de voz o de datos con propósitos comerciales, utilizando líneas o canales internacionales de datos públicos o privados, hace surgir lo que se conoce como servicios de valor agregado, permitiendo, por ejemplo, la rápida comunicación de datos entre la sede central de una compañía multinacional y una subsidiaria en el exterior.

De igual manera, el servicio puede ser producido en un país de exportación y transado internacionalmente, con lo cual el suministro del servicio se separa de los factores de producción, por ejemplo, en el caso de servicios de consultoría, seguros de vida o diseños de arquitectura. En algunos de estos casos, el movimiento de personas puede ser necesario, bajo la forma de vendedores o de agentes; a pesar de que cada vez más, se prefiere usar me-

51 El artículo XIII del GATS excluye expresamente a la contratación pública en los servicios. Debe notarse, sin embargo, que el Acuerdo sobre Contratación Pública (que es uno de los Acuerdos Plurilaterales del Anexo 4 del Acuerdo sobre la OMC) cubre expresamente a los servicios en su apéndice 1, bajo los anexos 4 y 5 de la lista de anexos de cada país. Véase también, Friedl Weiss, *Public Procurement in European Community Law*, European Community Law Series (Londres y Atlantic Highlands, New Jersey: The Athlone Press, 1993), p. 155 y Mary E. Footer, "GATT: Developments in Public Procurement and Procedures", *Public Procurement Law Review*, (1993): Current Survey 193-204.

dios subsidiarios de suministro, tales como telecomunicaciones y flujos transfronterizos de datos.

El suministro del servicio puede, según lo dispone el artículo I:2(b), implicar un consumo en el exterior y ser prestado "en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro". El consumo en el exterior requiere que el receptor del servicio viaje hasta donde está el oferente del servicio. Un ejemplo obvio es el del turista extranjero o el del paciente que viaja al exterior para recibir tratamiento médico especializado. Igualmente, en el sector de los servicios financieros, este tipo de transacción de servicios está tipificada por la concesión de facilidades de depósito por parte de un banco en un país a los residentes de otro país; o, en el campo del transporte aéreo, cuando el viajero paga por tasas al usuario en un país extranjero o cuando las aeronaves comerciales pagan tasas por el aterrizaje y el uso de las instalaciones aeroportuarias en un aeropuerto extranjero.

Una tercera posibilidad prevista en el artículo I:2(c) es el suministro de un servicio a través de la presencia comercial: "por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro", cuando un oferente de servicios cruza la frontera para prestar el servicio a un usuario que permanece *in situ*. Sin embargo, en estas circunstancias generalmente se considera que el servicio es vendido en el exterior a través de una entidad legal, por lo que se requiere una presencia comercial, por ejemplo, una sucursal extranjera o una filial, en el caso de los seguros y de la banca. Esta situación hace surgir aspectos relativos al derecho de establecimiento y a la aplicación de trato nacional, y por lo tanto, es a menudo inseparable de los problemas básicos relativos a la IED.

Finalmente, en su artículo I:2(d) el GATS contempla el suministro de un servicio que implique la presencia de personas naturales "por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro". En este caso, el oferente y el usuario del servicio no se encuentran sino que negocian a través de un tercero, lo que generalmente requiere de un movimiento temporal de personas naturales (oferentes de servicios o personas empleadas por un oferente de servicios, nacional de un país que sea parte del Acuerdo). Por ejemplo, en el sector de los servicios de transporte aéreo, el transportista de un

Estado puede usar un SRI, operado por otro Estado (generalmente por una aerolínea de este último), con el fin de hacer arreglos para el transporte de un pasajero, que puede ser residente de un tercer Estado.

2. Trato de Nación Más Favorecida

El trato de NMF es la obligación general central del GATS, aplicable a todos los servicios, y se define en el artículo II como el ejercicio del principio de no discriminación de manera que "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". Sin embargo, la obligación difiere en un importante aspecto de su similar del artículo I del GATT, en la cual se inspiró.

El GATS permite que los miembros modifiquen su compromiso de NMF, a través de excepciones bajo el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, muy parecido a la excepción del artículo XXV:5 del GATT. En principio, estas exenciones deben ser solicitadas antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC,⁵² deben ser detalladas desde el principio, están sujetas a revisión cada cinco años y expirarán en la fecha prevista en la exención (en principio, las exenciones no excederán de diez años). Sin embargo, la inclusión de tales exenciones al trato de NMF introduce la noción de un trato diferencial que va en contra de la premisa básica de no discriminación.

Como regla general, un país sólo puede obtener una exención a la cláusula de NMF para ofrecer a sus socios un nivel de compromiso que sea mayor al nivel general de compromisos contenido en la lista de ese país. Es decir, un país puede mejorar los términos del trato, pero no puede invocar una exención para conceder un trato menos favorable que el estándar mínimo de trato especificado en su lista.

Si bien esto puede ser así, la aplicación de un trato de NMF de manera incondicional es problemática, porque frecuentemente la concesión de acceso a los mercados es específica para un sector (a veces incluso individualizada

52 Cualquier exención solicitada luego de esta fecha deberá sujetarse a lo previsto en el artículo IX:3 del Acuerdo sobre la OMC, el cual requiere para su aprobación, una mayoría calificada de las tres cuartas partes de los miembros de la OMC. Véase, GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., p. 368.

dentro de un sector), más que enfocada a países particulares. Más aún, en este caso particular no procede la aplicación no discriminatoria de la excepción permitida para el establecimiento de restricciones cuantitativas a bienes importados (artículo XIII del GATT).⁵³ La práctica ha demostrado que la elegibilidad para recibir los beneficios de concesiones bajo el GATS, de acuerdo con el principio de no discriminación contenido en la regla de NMF, se enfrenta con dificultades. Muchos países, particularmente países en desarrollo, han escogido incluir extensas limitaciones y condiciones con respecto al acceso a sus mercados y al trato nacional, en sus ofertas presentadas durante las negociaciones sobre compromisos. Algunas de esas ofertas han sido precedidas de reservas concernientes al derecho de modificar sus contenidos, a la luz del número de ofertas presentadas por otras partes en las negociaciones y del grado en el cual tales ofertas fueran equivalentes y mutuamente aceptables.

Este no era el resultado pretendido, como se demostró en la nota de la Secretaría del GATT durante el curso de las negociaciones:

La obligación de NMF requiere que el trato más favorable realmente acordado en todos los sectores, sujeto a compromisos o no, debe también ser acordado a todos los otros miembros. Donde haya sido otorgada una exención al trato de NMF para una medida, un miembro es libre de desviarse de sus obligaciones del artículo II (cláusula de Nación Más Favorecida), pero no de sus compromisos del Artículo XVI (Acceso a los Mercados) y del Artículo XVII (Trato Nacional). Por lo tanto, en tales casos, un miembro puede acordar para algunos miembros en ese sector un trato más favorable de acceso a los mercados y trato nacional que el mínimo que aparezca en su lista. En dichos casos, no es posible para un miembro acordar un trato menos favorable a ciertos miembros que el especificado en su lista (por ejemplo con base en reciprocidad o falta de ella).⁵⁴

53 El artículo XVI:2 del GATS contiene una lista de medidas restrictivas que los miembros no podrán mantener ni adoptar en los sectores en que contraigan compromisos de acceso a los mercados. Esta disposición es similar a la prohibición de establecer restricciones cuantitativas contenida en el artículo XI del GATT, pero a diferencia de esta última, no permite excepciones a la regla.

54 Secretariado del GATT, *Scheduling of Initial Commitments on Trade in Services: Explanatory Note* (Ginebra: GATT, 3 de septiembre de 1993).

3. Transparencia

Las disposiciones del artículo III del GATS exigen transparencia en todas las actividades de servicio con intercambio de información y publicación de todas las "medidas" nacionales relevantes, a través de leyes, reglamentos y directivas administrativas. Los miembros tienen la obligación de notificar al Consejo del Comercio de Servicios la introducción y cambios en las medidas nacionales que puedan afectar los Compromisos Específicos bajo la Parte III (esto es, acceso a los mercados y trato nacional) y establecer, dentro de los dos años de la entrada en vigencia del Acuerdo sobre la OMC, servicios de información para que suministren, cuando sea requerida, información específica sobre estas leyes y reglamentos nacionales. En cuanto a la gobernabilidad de los proveedores de servicios extranjeros, es decir, su habilidad para usar redes internacionales para evadir impuestos y regulaciones sobre riesgos cambiarios, o su habilidad para realizar prácticas desleales de fijación de precios, debemos esperar un progreso mucho más lento.

No es muy probable que el deber de notificar y hacer disponible la información resulte adecuado en la práctica. En cambio, se requerirá una posición más activa por parte de las autoridades regulatorias nacionales, incluso en economías de mercado desarrolladas, para vigilar las distintas operaciones de servicios internacionales, a pesar de que sin duda, esto llevará a estos organismos al límite de sus recursos, un asunto que el Acuerdo no toma en cuenta. El artículo IIIbis del Acuerdo incluye una disposición adicional que establece que no se requerirá a los miembros suministrar información confidencial, cuando la divulgación de dicha información "pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público". Tal disposición es un reconocimiento superficial del difícil papel con el cual muchos organismos regulatorios se enfrentan. Por ejemplo, en el sector de los servicios financieros, los bancos centrales son responsables de la supervisión de los bancos y el ejercicio de un control prudencial, y al mismo tiempo tienen la obligación de asegurar que no se vea comprometida la confidencialidad.

4. Integración Económica

El GATS permite una categoría general de exención a la cláusula de NMF en el artículo V, permitiendo acuerdos que persigan la integración económica. Esta cláusula permite que los países involucrados en estos acuerdos

se concedan recíprocamente niveles más altos de liberalización de servicios (sin tener que extenderlos a los demás socios del GATS), en forma similar a lo permitido por el artículo XXIV del GATT en materia de bienes. En contraste con la disposición del GATT, la cual solo prevé la creación de zonas de libre comercio, uniones aduaneras o acuerdos interinos relativos a éstos, el artículo V del GATS refleja, tanto el alcance más amplio del nuevo Acuerdo como los cincuenta años de experiencia del artículo del GATT, que ha demostrado ser crecientemente insatisfactorio en la práctica y no refleja ya las percepciones cambiantes sobre integración económica regional.⁵⁵

Sin embargo, en el caso del artículo V del GATS, deben cumplirse ciertas condiciones con respecto a la cobertura sectorial (en el sentido del número de sectores, volumen de comercio afectado y formas de suministro), eliminación de las medidas discriminatorias existentes y la prohibición de cualquier medida nueva o adicional. Se incluyen también disposiciones especiales para el trato diferencial y preferencial de países en desarrollo que entren en acuerdos que involucren servicios.

5. Regulación Nacional

El artículo VI requiere que "en los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial". El Acuerdo reconoce el derecho de un miembro de regular, pero al mismo tiempo, agrega el deber para cada miembro de ofrecer tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos para revisar y, cuando sea pertinente, conceder remedios contra decisiones que afecten a los proveedores de servicios. Los miembros están exentos en casos donde el cumplimiento de esta obligación sería incompatible con requerimientos constitucionales o legales de su sistema jurídico.

Este artículo se extiende a la revisión de medidas relativas a los requerimientos y procedimientos de calificación, estándares técnicos y requerimientos de licencia. El Consejo del Comercio de Servicios deberá asegurar

55 Véase, F.A. Haight, "Customs Unions and Free Trade Areas under GATT", *Journal of World Trade Law*, Vol. 6 (1972): pp. 391-404; Jurgen Huber, "The Practice of GATT in Examining Regional Arrangements under Article XXIV", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 19 (1981): pp. 281-98 y John H. Jackson, "Managing Economic Interdependence", *Law and Policy in International Business*, Vol. 24 (1993): pp. 1025-33.

que estos estándares y requerimientos de licencia, que pueden ser aplicados como condiciones cualitativas para otorgar acceso a los mercados, no constituyan barreras innecesarias al comercio o, que con su aplicación se anulen o menoscaben compromisos específicos contenidos en las listas nacionales. En este sentido, desarrollará, a través de los organismos apropiados, cualquier disciplina necesaria en esta área. A pesar de que el mandato del Consejo está redactado en los términos más amplios, se permite cierta latitud en la aplicación de estas disciplinas a los miembros que hayan asumido compromisos específicos anteriores, en contravención a las nuevas reglas, y habrá recurso por ante las organizaciones que fijan los estándares internacionales para determinar la conformidad de requerimientos de licencia, calificación y estándares técnicos potencialmente conflictivos.

6. Reconocimiento Mutuo y Armonización

El artículo VII del GATS complementa al artículo VI sobre Regulación Nacional, y contiene detalles sobre cómo los miembros deben reconocer la educación o la experiencia obtenida, los requerimientos cumplidos, o las licencias o certificados obtenidos en un país en particular. Este artículo trata, en términos amplios, el mutuo reconocimiento y la armonización, aunque no necesariamente la aproximación. De nuevo, cada miembro tiene el deber de informar al Consejo del Comercio de Servicios, dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigencia del Acuerdo sobre la OMC, sus medidas de reconocimiento existentes y sus bases legales y negociaciones sobre arreglos en esta área, así como las nuevas medidas de reconocimiento o las modificaciones a las ya existentes. En el GATS, los miembros deben hacer un esfuerzo para el establecimiento y adopción de normas y criterios internacionales comunes en materia de reconocimiento, así como también de normas internacionales comunes para el ejercicio de actividades y profesiones relevantes en la esfera de los servicios. El último de estos aspectos ya ha ocasionado dudas en varias profesiones, incluyendo la legal, a pesar de un intento en Marrakech para atender estas preocupaciones mediante una Decisión relativa a los Servicios Profesionales.⁵⁶

56 En la Decisión relativa a los Servicios Profesionales se dispone el establecimiento de un Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales encargado de estudiar las regulaciones nacionales vigentes en la materia, y presentar un informe que incluya recomendaciones al respecto, así como de proponer las disciplinas necesarias para asegurarse de que las calificaciones y estándares profesionales "...no constituyan obstáculos innecesarios al comercio".

7. Prácticas Comerciales Restrictivas y Antidumping

El artículo VIII del GATS contiene algunas disposiciones para tratar las prácticas comerciales restrictivas, particularmente los monopolios y los proveedores exclusivos de servicios, y está complementado por una norma más general sobre Prácticas Comerciales en el artículo IX del GATS. El primero de estos dos artículos se refiere a las empresas propiedad del Estado, o, monopolios públicos y simplemente establece que éstos estarán sujetos a la aplicación del parámetro de NMF contenido en el artículo II del GATS, mientras que el segundo está referido a las empresas privadas.

Es interesante hacer notar que, para un sector específico -servicios financieros-, las partes fueron capaces de llegar a un acuerdo sobre más disposiciones. El Entendimiento relativo a los Compromisos en materia de Servicios Financieros que se encuentra en la Parte III del Acta Final de la Ronda de Uruguay, tiene una disposición adicional sobre derechos de monopolios, que apunta a lograr una mayor transparencia, en virtud de la cual los miembros harán mención en su lista de servicios financieros de todos los derechos de monopolio existentes, además de hacer un esfuerzo para eliminar o reducir su alcance (Sección 1).⁵⁷ Las actividades con efectos anticompetitivos que puedan ser consideradas relevantes en el contexto de los servicios financieros incluyen los llamados arreglos de clubes o convenios colectivos, que son principalmente asociaciones profesionales y grupos con objetivos específicos que incluyen asuntos como sistemas de pagos, cotizaciones, negocios, sistemas de cobros y liquidaciones para los mercados de valores y otros instrumentos financieros, pero también fijaciones discriminatorias y predatorias de precios.

Esta última actividad, conocida comúnmente en el sector de bienes como dumping, está también presente en los servicios, a pesar de que faltan estudios empíricos en cuanto a la difusión de prácticas predatorias de precios en sectores individuales de servicios.⁵⁸ Al igual que en una acción antidumping sobre bienes, la dificultad que surge para plantear exitosamente una demanda por fijación predatoria de precios en el sector servicios es in-

57 Sin embargo, debe destacarse que este "entendimiento" permite que, en forma opcional, se consoliden compromisos con niveles más altos que los previstos en el texto marco del propio GATS. El entendimiento ha sido ampliamente asumido por países miembros de la OCDE.

58 Ciertos sectores, como por ejemplo, las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales, han sido cubiertos; mientras que otros no, como los servicios financieros.

dudablemente la dificultad probatoria, donde el reclamante tiene la carga de demostrar el daño importante.

El GATS no tiene ningún artículo específico que se refiera a antidumping ni al concepto más amplio de precios predatorios. Además, el código antidumping revisado -Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994-, como su nombre completo y su materia lo sugieren, se aplica sólo al comercio de bienes y no a los servicios.⁵⁹ La materia antidumping ha sido específicamente reconocida como una de las que requerirá trabajo adicional en el foro de las negociaciones multilaterales.

Al mismo tiempo, está creciendo el reconocimiento sobre el hecho de que debe hacerse algún intento a nivel multilateral para regular en general las prácticas comerciales restrictivas y los carteles.⁶⁰ Históricamente hablando, las reglas originales del GATT de 1947 fueron redactadas partiendo del supuesto de que iban a ser complementadas por reglas mundiales de competencia sobre prácticas restrictivas, tal y como estaba establecido en el Capítulo V de la Carta de La Habana de 1948 para la Organización Internacional del Comercio, la cual nunca llegó a nacer. En su primera sesión de revisión 1954-1955, las Partes Contratantes del GATT consideraron, pero rechazaron, una propuesta para agregar al GATT esas disposiciones antimonopólicas previas. En 1958 se nombró un Grupo de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas para que estudiara la situación e hiciera algunas recomendaciones,⁶¹ las cuales fueron subsiguientemente adoptadas por las partes contratantes del GATT en 1960.⁶² Sin embargo, los Arreglos para Consultas sobre prácticas comerciales restrictivas⁶³ nunca fueron usados en la práctica del

59 Este Acuerdo es parte del Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, que contiene los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías.

60 Hasta el momento, la propuesta más ambiciosa ha sido un Proyecto de Código Internacional Antimonopolio (*Draft International Antitrust Code*, o DIAT), el cual fue elaborado por un grupo de trabajo privado, el *International Antitrust Code Working Group* y sometido al GATT en julio de 1993, para que se considerara su inclusión como un Acuerdo Comercial Plurilateral a formar parte del Anexo 4 de la Carta para el GATT-OMC que se redactaba. Véase, *World Trade and Arbitration Materials*, Vol. 5 (1995), pp. 126-96.

61 "Decisiones, Informes, etc., del Decimotercer período de sesiones" en GATT, *Instrumentos Básicos*, Op. Cit., 7mo. Supl. (Ginebra: GATT, 1959), p. 30.

62 "Decisiones, Informes, etc., de los Decimosexto y Decimoséptimo períodos de sesiones" en GATT, *Instrumentos Básicos*, Op. Cit., 9no. Supl. (Ginebra: GATT, 1960), p. 182.

63 *Ibidem*, pp. 28-29.

GATT. Treinta años más tarde, en 1986, una propuesta de los países en desarrollo para incluir las prácticas comerciales restrictivas en la agenda de negociaciones de la Ronda de Uruguay fue rechazada por Estados Unidos y otros países desarrollados.

Las negociaciones han revelado que el escenario está preparado en distintos países para abrir más la competencia entre bienes, servicios y derechos de propiedad intelectual, así como entre productores e inversionistas. Las negociaciones del GATS sobre la liberalización del comercio de servicios han demostrado el punto hasta el cual un efectivo acceso a los mercados puede depender de las leyes y las políticas nacionales en materia de competencia. Desarrollos posteriores a nivel internacional requieren de cooperación multilateral en este campo, debido al exceso de distintos tipos de "reglas de competencia internacional" que limitan las posibilidades de regulaciones gubernamentales a la competencia, a través de un creciente número de acuerdos internacionales,⁶⁴ así como de prácticas privadas contra los monopolios.⁶⁵

El artículo IX más general sobre Prácticas Comerciales también reconoce en su párrafo 2 que los miembros de la OMC deberán celebrar consultas ulteriores con el fin de eliminar las prácticas comerciales restrictivas. Lo mismo aplica a las Medidas de Salvaguardia Urgentes, que son una fuente adicional de negociaciones inconclusas porque el artículo X del GATS, tal y como está redactado, simplemente prevé que deban ser negociadas medidas de salvaguardia de emergencia, basadas en el principio de no discriminación, las cuales serán efectivas dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Igualmente, la regulación de subsidios en el artículo XV del GATS prevé la necesidad ulterior de negociaciones con el fin de llegar a cierta disciplina en el comercio de servicios.

64 Por ejemplo, el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Estados Unidos relativo a la aplicación de sus leyes de competencia del 23 de septiembre de 1991, el cual fue declarado inválido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia del 9 de agosto de 1994. Véase caso C-327/91, Francia contra la Comisión Europea. Véanse también, las disposiciones en diferentes acuerdos regionales de libre comercio como, entre otros, el Capítulo 15 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC o NAFTA); las fortalecidas reglas de competencia en los artículos 53, 54 y 75 del Acuerdo sobre el Área Económica Europea. Sobre las reglas de este último acuerdo, véase, Joos Stragier, "The Competition Rules of the EEA Agreement and Their Implementation", *European Competition Law Review*, Vol. 14 (1993).

65 Ernst-Ulrich Petersmann, *Competition Elements in International Agreements: A Survey and Selective Analysis* (París: OCDE, 1994).

El resto de los artículos más bien contienen excepciones permitidas a las obligaciones generales señaladas. Estas incluyen libertad para las transferencias y pagos por transacciones corrientes en el artículo XI del GATS, el cual se aplica a los sectores de servicios donde se han contraído compromisos, mientras que las restricciones permitidas para proteger la balanza de pagos del artículo XII del GATS, tal como su equivalente del artículo XII del GATT sólo pueden ser invocadas sujetas a consultas y su carácter debe ser no discriminatorio. Sin embargo, se permite a los miembros que recurran a estas acciones, dar prioridad a ciertos sectores de servicios considerados esenciales en sus programas económicos o de desarrollo.

Finalmente, otras dos excepciones -las Excepciones Generales del artículo XIV del GATS y las Excepciones relativas a la Seguridad del artículo XIVbis del GATS- tienen alguna similitud con los artículos XX y XXI del GATT de 1947. Sin embargo, el artículo XIV es considerablemente más corto que su equivalente artículo XX del GATT, siendo igualmente significativo lo que excluye que lo que incluye. En particular, el artículo excluye la excepción para la conservación de los recursos naturales no renovables contenida en el subparágrafo (g) del artículo XX del GATT, aunque permite a los miembros tomar las medidas necesarias para proteger la vida humana, animal, vegetal y la salud. La materia no ha sido dejada de lado ya que, según una de las decisiones adoptadas bajo la Parte III del Acta Final, las negociaciones continúan y se ha establecido un grupo de trabajo para estudiar específicamente el comercio de servicios y los asuntos ambientales.⁶⁶

Otra excepción que no ha sido incluida en el Acuerdo es la llamada excepción cultural, en los términos del artículo XX, subparágrafo (f) del GATT, la cual permite a los miembros imponer medidas "para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico". Lo que se prevé aquí es la posibilidad para los miembros de buscar una excepción a las actividades de servicios cuando éstas amenacen derechos de privacidad, la preservación de la autonomía cultural o incluso la identidad nacional. Hasta ahora, la batalla entre la liberalización progresiva del comercio de servicios y el papel de la diversidad cultural ha sido sostenida más intensamente en el sector audiovisual. Más específicamente, países miembros han hecho un llamado para el reconocimiento continuo de las medidas nacionales relativas a

66 Véase la Decisión sobre el Comercio de Servicios y el Medio Ambiente en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., p. 476.

la publicidad en transmisiones, la protección de los derechos de privacidad, la protección de la propiedad intelectual y artística y la protección de los menores,⁶⁷ a través del uso de cuotas en el cine y la televisión. Mientras la Comunidad Europea ha visto esas cuotas como necesarias para la preservación de la identidad cultural europea, sus oponentes argumentan que el sistema de cuotas es meramente un medio de proteccionismo disfrazado en favor de productos europeos y de sus proveedores.⁶⁸

En cuanto a lo que el artículo XIV del GATS sí incluye, el subpárrafo (d) permite a las autoridades tributarias de un miembro adoptar o aplicar medidas que tengan "por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros". Una declaración interpretativa en la nota al pie de página de esta disposición resume qué tipos de medidas se prevén en esta "excepción tributaria".

Este artículo es seguido por la Parte III -una sección clave del GATS que detalla los Compromisos Específicos, cubriendo Acceso a los Mercados, Trato Nacional y Compromisos Adicionales (artículos XVI, XVII y XVIII del GATS), los cuales se aplican sólo a los sectores y subsectores listados en el Acuerdo.

8. Acceso a los Mercados

Al contrario de lo que ocurre en el GATT, el acceso a los mercados es tomado como el elemento vital en todo el comercio de servicios bajo el GATS y necesita ser claramente distinguido de la aplicación del trato nacional. El acceso a los mercados es el instrumento de política mediante el cual los gobiernos ejercen sus poderes discrecionales sobre cómo dar acceso a sus mercados nacionales a los servicios extranjeros, o los proveedores de servicios extranjeros. El principio del trato nacional entra en juego una vez que el acceso ha sido garantizado. Se refiere al trato continuo que el proveedor de servicios puede esperar recibir de las autoridades del país importador. Este principio puede generar numerosos conflictos.

67 OCDE, *International Trade in Services: Audiovisual Works*, OECD Report (París: OCDE, 1986), pp. 20-21.

68 Vincenzo Salvatore, "Quotas on TV Programmes and EEC Law", *Common Market Law Review*, Vol. 26 (1992): pp. 967 y ss., comenta la Directiva 89/552/CEE del Consejo Europeo, del 3 de octubre de 1989, sobre transmisiones televisivas -publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 298, del 17 de octubre de 1989-, y sus implicaciones internacionales.

Primero, la liberalización de servicios altamente regulados, por ejemplo los servicios financieros, o quizá los servicios de telecomunicaciones en algunos países, es vista como una renuncia a un cierto grado de autonomía y flexibilidad en las políticas macroeconómicas y de desarrollo, particularmente en las áreas de control de cambio, política monetaria y distribución del crédito, o, en el caso del sector de telecomunicaciones, la distribución, por parte del gobierno, de las rentas producto de las licencias.

Segundo, en países en desarrollo, donde las políticas de industrias nacientes continúan jugando un papel importante en ciertos sectores, el acceso a los mercados puede proveer un instrumento valioso para la obtención de transferencia de habilidades y tecnología. Los gobiernos en estos países están por lo tanto menos inclinados a otorgar un amplio acceso a los mercados a los proveedores de servicios extranjeros, sin un número de garantías específicas a cambio.

El método escogido en el artículo XVI del GATS es no definir el acceso a los mercados como una obligación, sino buscar un enfoque implícito, como lo sugiere la redacción del parágrafo 1, el cual establece que "cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista". Si un miembro incluye un sector de servicios específico en su lista de acceso a los mercados (para las cuatro formas de suministro de servicios antes descritas), ese sector está libre, excepto con respecto a las limitaciones y condiciones (medidas discriminatorias y no discriminatorias) que haya puesto en la lista para una forma específica de suministro. Sin embargo, estas limitaciones no pueden incluir ciertas medidas, tales como restricciones cuantitativas (cuotas) o medidas que tengan un efecto equivalente, por ejemplo el fijar techos en el número de personas naturales que puedan ser empleadas o en la cantidad de capital extranjero que pueda ser invertido en una industria particular de servicios.

9. Trato Nacional

El artículo XVII del GATS sobre trato nacional está basado en el artículo III, parágrafo 4 del GATT. De acuerdo con el artículo XVII del GATS "cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afec-

ten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares". Esto está esencialmente diseñado para asegurar que los servicios extranjeros no estén sujetos a un trato discriminatorio, con respecto a los impuestos internos y demás leyes y regulaciones del país importador. Tal y como sucede con el acceso a los mercados, los miembros pueden incluir cualquier condición y calificación al otorgar trato nacional en sus listas.

El artículo del trato nacional del GATS difiere de su equivalente del GATT, al extender su lenguaje para recoger la práctica que ha evolucionado en el GATT en la interpretación de este estándar particular. Así el artículo del GATS toma en cuenta una situación potencial donde, a pesar de que parezca que hay "trato equivalente",⁶⁹ pueda existir algún tipo desfavorable de discriminación. En tal caso, un proveedor extranjero de servicios puede disfrutar de una coexistencia *de jure* con el proveedor nacional de servicios pero sin embargo existir una desigualdad de oportunidades de competencia *de facto*. Por ejemplo, los requerimientos de capitalización de bancos extranjeros pueden ser más exigentes por razones prudenciales, o los proveedores extranjeros de seguros pueden estar sujetos a requerimientos de presentar activos locales. Igualmente, las pistas de aterrizaje en un aeropuerto pueden ser más numerosas o estar más favorablemente ubicadas para las aerolíneas nacionales que para las aerolíneas extranjeras.

La anterior es la interpretación que en 1989 un panel del GATT dió a la expresión "trato no menos favorable", en su reporte relativo al artículo 337 de la *Tariff Act of 1930* (Ley Arancelaria de 1930) de Estados Unidos.⁷⁰

69 La práctica de la OCDE con respecto a su Instrumento de Trato Nacional ha llevado al Comité de Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales (*Committee on International Investment and Multinational Enterprises*, CIME) a introducir aclaratorias al concepto de "trato equivalente", para tomar en cuenta los casos en que no se pueda conceder un trato idéntico, debido a la naturaleza especial de ciertos sectores de servicios -tales como los servicios financieros o los seguros-, en que diferencias legales o técnicas impidan que los miembros concedan un trato idéntico. Véanse, la sección sobre trato nacional en la Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales de 1976 y en la Tercera Decisión Revisada sobre Trato Nacional aprobada por el Consejo de la OCDE en diciembre de 1991 (juntas, la declaración y la decisión constituyen el Instrumento de Trato Nacional de la OCDE). OCDE, *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises* (París: OCDE, 1993), pp. 9 y ss. (particularmente, pp. 22-23). Randhawa critica este concepto de "trato equivalente" y sostiene su inaplicabilidad a nivel multilateral en, P.S. Randhawa, "Punta del Este", Op. Cit., pp. 170.

70 "Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930. Informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1989 (L/6439)," en GATT, *Instrumentos Básicos*, Op. Cit., 36to. Supl., p. 451. GATT, *Analytical Index*, Op. Cit. (Ginebra: GATT, 1990), pp. 151-55.

El panel examinó la consistencia de la disposición legal estadounidense que prevé la acción frente a reclamos por violaciones de patentes, sólo cuando tales reclamos involucren bienes importados que supuestamente violen una patente estadounidense, con los artículos III y XX del GATT. El panel observó que la expresión "trato no menos favorable" seguía estando sin definir, a pesar de que la misma se repite en varias disposiciones a lo largo del GATT, y en acuerdos posteriores negociados en el marco del GATT, por ejemplo, en los Códigos de la Ronda de Tokio. El panel luego entró a calificar la expresión, considerando que la misma "exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados en lo relativo a la aplicación de cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior". En opinión del panel, la expresión establece "un criterio mínimo admisible".

Este estándar no excluye la posible aplicación de "prescripciones legales formales diferentes" para los productos importados, siempre y cuando éstos otorguen a dichos productos un trato más favorable. Igualmente, en situaciones en las que "la aplicación de disposiciones legales formalmente idénticas" implique un trato menos favorable a los productos importados, se garantiza a los productos importados la aplicación de "disposiciones legales diferentes para que el trato que (se) les da no sea en realidad menos favorable".⁷¹ Ambas consideraciones tienen su equivalente en las calificaciones adicionales que han sido añadidas al artículo XVII del GATS en sus párrafos 2 y 3, donde se permiten tratos formalmente idénticos o distintos, siempre y cuando éstos no alteren los términos de competencia en favor de servicios nacionales o proveedores nacionales de servicios.

10. Compromisos Adicionales

El artículo XVIII del GATS permite que se negocien compromisos sobre medidas que vayan más allá de las previstas en el GATS, relativas, por ejemplo, a los títulos de aptitud, estándares o licencias.

11. Participación de los Países en Desarrollo

El GATS incluye un elemento adicional, el trato preferencial y diferencial para países en desarrollo (artículo IV en general), el cual, al igual

71 "Estados Unidos: Artículo 337", Op. Cit., párrafos 5.11-5.14 y GATT, *Analytical Index*, Op. Cit., p. 155.

que su equivalente en el Acuerdo General (Parte IV del GATT), constituye una excepción importante a la aplicación del principio general de no discriminación contenido en la cláusula de NMF del artículo II del GATS. El objetivo de aumentar la participación de los países en desarrollo en el comercio de servicios debe ser facilitado a través de compromisos específicos negociados que se relacionan con el acceso a la tecnología en una base comercial, el acceso mejorado a los canales de distribución y redes de información y la liberalización del acceso a los mercados en los sectores de exportación de interés para los países en desarrollo.

El artículo IV está acompañado por un proceso de negociación que busca balancear como un todo las limitaciones y las concesiones en las ofertas de los servicios de los países, según el artículo XIX, parágrafo 2 del GATS. Aquí los parámetros para una liberalización progresiva sobre compromisos específicos son mucho menos exigentes y deberán permitir una "flexibilidad apropiada para que los distintos países en desarrollo Miembros abran menos sectores, liberalicen menos tipos de transacciones, aumenten progresivamente el acceso a sus mercados a tenor de su situación en materia de desarrollo y, cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios, fijen a ese acceso condiciones encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el artículo IV".⁷² En este sentido, el lenguaje del artículo XIX es tomado directamente de la declaración de la Revisión de Mitad Período de Montreal⁷³ y específicamente resulta de la posición negociadora inicial de los países en desarrollo.

Sin embargo, el artículo IV como un todo no exceptúa a los países en desarrollo de las obligaciones establecidas en el GATS. A pesar de lo anterior, algunas disposiciones extienden las intenciones generales del artículo IV y reconocen los distintos niveles de desarrollo económico de los países en desarrollo (algunos ejemplos incluyen las disposiciones sobre transparencia en el artículo III, parágrafo 4; sobre integración económica en el artículo V, parágrafo 3; sobre restricciones para proteger la balanza de pagos, en general en el artículo XII; y, sobre subsidios en el artículo XV, parágrafo 1).

72 Bernard Hoekman, "Developing Countries", Op. Cit., pp. 11-14 incluye una extensa descripción del papel de los países en desarrollo en el sector de servicios.

73 "General Agreement on Tariffs and Trade: Decisions Adopted at the Mid-Term Review of the Uruguay Round" en *International Legal Materials*, Vol. 28 (1989): p. 1023.

Antes de revisar la medida en que ha sido lograda una Liberalización Progresiva, tal y como está concebida en la Parte IV del GATS, es necesario referirnos a las Disposiciones Institucionales contenidas en la Parte V del Acuerdo. El Acuerdo sobre la OMC crea un Consejo del Comercio de Servicios, responsable ante el Consejo General de la OMC. Sus funciones están definidas en forma general en el artículo XXIV del GATS, como las necesarias para "facilitar el funcionamiento del presente Acuerdo y la consecución de sus objetivos". Con el fin de desempeñar más eficazmente sus funciones, el Consejo puede establecer órganos subsidiarios, tales como comités.

Esta parte del GATS también establece reglas para la solución de diferencias bajo el Acuerdo, a las que se aplicará el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD).⁷⁴ La *ratione materiae*, o contenido material de los artículos XXII y XXIII del GATS, se extiende a los procedimientos de consultas, solución de diferencias y aplicación de los acuerdos, en forma consistente con el ESD, para cualquier asunto que caiga bajo el GATS, con la excepción de medidas dentro del alcance de un acuerdo internacional sobre doble tributación.⁷⁵

IV. LIBERALIZACIÓN PROGRESIVA Y NEGOCIACIONES ULTERIORES SOBRE SERVICIOS

A. *Antecedentes*

Para ciertos observadores, resulta sorprendente la conclusión de la Ronda de Uruguay y la firma del Acta Final de Marrakech el 15 de abril de 1994, por cuanto pareciera que dejaron de alcanzarse decisiones importantes en áreas claves de los servicios. Hay algo de verdad en esa percepción, respaldada por el propio GATS, ya que el Acuerdo tal y como fue negociado y concluído permite, y de hecho apoya, la idea de un proceso continuo de negociaciones diseñado para desarrollar en forma amplia compromisos sobre acceso a los mercados y trato nacional.⁷⁶ Así, la liberalización progresi-

74 Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., pp. 420-50.

75 *Ibid.*, artículo XXII, parágrafo 3.

76 El artículo XIX en la Parte IV del GATS establece las bases para una liberalización progresiva de los servicios, a través de sucesivas rondas de negociaciones, "encaminadas a la reducción o eliminación de los efectos desfavorables de las medidas en el comercio de servicios, como medio de facilitar un acceso efectivo a los mercados". Tales negociaciones deberán empezar, a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

va del comercio de servicios no termina con la conclusión de la Ronda de Uruguay.

En consecuencia, los negociadores han obtenido tiempo adicional para poder evaluar el resultado de las negociaciones y retener el derecho a decidir sobre qué bases desean prolongar el Acuerdo, es decir, permitir el mantenimiento, profundización, reducción o incluso retiro de sus listas de compromisos específicos, mientras otros han querido mantener abiertas sus opciones sobre si invocar o no una excepción a la obligación de trato de NMF, pudiendo así aplicar medidas discriminatorias, por ejemplo, a través de requerimientos de reciprocidad. El resultado de este proceso es que cualquier evaluación definitiva sobre los compromisos específicos hechos hasta el momento por miembros individuales de la OMC y partes del GATS requerirá esperar el resultado de nuevas negociaciones en esta área.

B. Compromisos Específicos en Servicios

Hasta este momento, es digno de notar que algunos países hayan ya tomado medidas significativas de liberalización desde 1991, cuando por primera vez se intercambiaron requerimientos y ofertas particulares, en el proceso de negociación de compromisos específicos. A comienzos de 1993, los -para ese entonces- 24 miembros de la OCDE⁷⁷ habían presentado una oferta inicial que incluía a los dos principales participantes en la Ronda de Uruguay, la Comunidad Europea y Estados Unidos, los cuales representan dos tercios y la mitad, respectivamente, de los sectores de servicios listados.

Cuarenta países en desarrollo, incluyendo los más poblados -Argentina, Brasil, Corea, India, Indonesia, México y Nigeria-, han presentado ofertas que cubren once sectores y subsectores de servicios, incluyendo los servicios de negocios (servicios profesionales y relacionados con computación), los servicios de comunicaciones (servicios postales, de telecomunicaciones y aquellos servicios audiovisuales que caen bajo el comercio general de servicios), los servicios de construcción, los servicios de distribución, los servicios educativos, los servicios ambientales, los servicios financieros, los servicios de salud, el turismo, la recreación y el transporte.⁷⁸ Mientras algunos países no han estado en capacidad de ofrecer compromisos vinculantes que

77 Con la adhesión de México en mayo de 1994, el número de miembros de la OCDE aumentó a 25.

78 UNCTAD y Banco Mundial, *Liberalizing International Transactions in Services: A Handbook* (Nueva York: UNCTAD, 1994) y Bernard Hoekman, "Developing Countries", Op. Cit., p. 17.

impliquen liberalización, en ciertos casos, las listas de compromisos de países reflejan para algunos sectores un nivel más alto de protección, que las políticas y prácticas realmente vigentes. Incluso cuando se han asumido compromisos iniciales, los países en general, tanto industrializados como en desarrollo, sometieron esos compromisos a los así llamados "encabezamientos", que mantienen aplicables ciertas regulaciones a un cierto número de subsectores o formas de suministro o que incluso contienen calificaciones para la modificación de la legislación relevante.

C. *Negociaciones en Curso*

En la Reunión Ministerial celebrada en Marrakech del 14 al 16 de abril de 1994 se estableció el Comité Preparatorio de la OMC (*PrepCom*)⁷⁹ con el objeto de asegurar una transición ordenada del GATT a la nueva OMC, además de la responsabilidad de dar la aprobación final a las listas de los países contentivas de los compromisos iniciales en servicios. También por decisión ministerial del 14 de abril de 1994, se estableció un Subcomité de Servicios,⁸⁰ responsable del trabajo preparatorio relativo a la implementación total del GATS, una vez que el Acuerdo sobre la OMC entrara en vigencia y de la supervisión de las negociaciones que se celebren en los tres sectores para los cuales la Reunión Ministerial de Marrakech estableció grupos de negociación (Movimiento de Personas Físicas, Servicios de Transporte Marítimo y Telecomunicaciones Básicas).⁸¹ Adicionalmente, en la reunión del *PrepCom* de junio de 1994 se decidió comenzar consultas con el fin de establecer un Grupo Negociador en Servicios Financieros, lo que ya había sido anticipado, aunque no oficialmente aprobado, en Marrakech.

Con respecto a los servicios de transporte marítimo, durante la Ronda de Uruguay no se pudo llegar a establecer compromisos específicos en esta área, debido en parte al virtual *impasse* en las negociaciones creado por el fuerte cabildeo de la industria naviera estadounidense y por la insistencia de Estados Unidos en usar sanciones con base en la *U.S. Merchant Marine Act* (Ley de Marina Comercial de Estados Unidos) contra terceros que no estuvieran dispuestos a garantizar acceso. La solución fue establecer un Grupo de Negociación sobre Servicios de Transporte Marítimo (GNSTM), que

79 Decisión relativa al establecimiento del Comité Preparatorio de la Organización Mundial del Comercio en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, pp. 492-94.

80 *Idem*.

81 Estos grupos de negociación fueron creados en la Parte III del Acta Final de Marrakech, la cual recoge las Decisiones y Declaraciones Ministeriales.

sesionó varias veces luego de la reunión de 1994 en Marrakech. Su mandato en la negociación era de "alcance general, con miras al establecimiento de compromisos sobre transporte marítimo internacional, servicios auxiliares y acceso a las instalaciones portuarias y utilización de las mismas, encaminados a la eliminación de las restricciones dentro de una escala cronológica fija".⁸² Cuarenta y dos delegaciones -incluyendo las principales naciones navieras-, participaron en las negociaciones, las cuales fueron suspendidas el 28 de junio de 1996, por consenso común de los participantes, hasta comienzos del año 2000. Para ese momento, se reasumirán negociaciones, sobre la base de las ofertas existentes o superadas. Al suspenderse las negociaciones, 24 de los gobiernos participantes⁸³ habían presentado ofertas condicionales. Como resultado del intento inicial de mejorar las ofertas presentadas durante la Ronda de Uruguay, los miembros de la OMC participantes acordaron que aquellos miembros que desearan modificar sus compromisos y sus exenciones a la obligación de trato de NMF, presentados en este sector durante la Ronda,⁸⁴ pudieran hacerlo hasta el final de julio de 1996. Los gobiernos acordaron no aplicar medidas que afecten el comercio de servicios de transporte marítimo luego de esta fecha, con el fin de mejorar su posición y poderes de negociación, salvo como respuesta a las medidas de otros países. A pesar de lo anterior, los países están en libertad de aplicar medidas que mantengan o mejoren el nivel de liberación de sus servicios de transporte marítimo.

En el sector de telecomunicaciones, el cuadro es ligeramente distinto, debido a la conclusión de un Anexo sobre Telecomunicaciones del GATS. Este anexo se aplica a todas las medidas relativas al acceso y uso de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, excepto a aquellas que se refieran a la distribución por cable o a las transmisiones por radio o televisión, e incluye garantías para sectores específicos sobre esas medidas, así como otras disposiciones sobre transparencia, cooperación técnica y la relación del anexo con otras organizaciones internacionales, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y la Organización Internacional de

82 Parágrafo 1 de la Decisión relativa a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, p. 478.

83 Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Corea, Côte d'Ivoire, Cuba, Eslovenia, India, Indonesia, Islandia, Japón, Marruecos, México, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, República Dominicana, Rumania, Suiza y Turquía.

84 Parágrafo 5, Decisión sobre Transporte Marítimo, Op. Cit.

Normalización (ISO).⁸⁵ Adicionalmente, debe recordarse que el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II permite la exención temporal frente a la aplicación de la cláusula de NMF para la aplicación de medidas que hayan sido especificadas por los miembros, con lo cual se admite una discriminación entre proveedores extranjeros de servicios, siempre y cuando tales exenciones hayan sido notificadas antes de la conclusión de la Ronda de Uruguay.⁸⁶

Los negociadores pronto se dieron cuenta de que muchos gobiernos no iban a estar en capacidad de asumir compromisos iniciales de alto alcance en el campo de las telecomunicaciones básicas (comercio en redes y servicios de transporte de telecomunicaciones). Esto se debe a que, durante la Ronda de Uruguay y después, muchos países en Europa, el sudeste asiático, América Latina y otras partes del mundo, se habían involucrado en una extensa privatización de monopolios gubernamentales. El rápido cambio en los regímenes regulatorios, aunado a la evolución tecnológica, expondrán al mercado global de las telecomunicaciones a una mayor oferta competitiva. A pesar de lo anterior, fue posible para la mayoría de países asumir compromisos específicos en servicios sofisticados de telecomunicaciones de valor agregado, los cuales son transportados por redes públicas de telecomunicaciones y utilizan aplicaciones de procesamiento por computadoras, por ejemplo, correo electrónico y de voz, información *on-line*, y servicios de búsqueda de bases de datos, y de procesamiento e intercambio de datos.

En vista de esta situación, en Marrakech se decidió que la liberalización progresiva en este sector sólo podía lograrse a través de negociaciones ulteriores, por lo que, por Decisión Ministerial del 14 de abril de 1994, se estableció un Grupo de Negociación sobre Telecomunicaciones Básicas (GNTB).⁸⁷ Las negociaciones empezaron en mayo de 1994, con relativamente pocas ofertas de compromisos, por parte de miembros de la OMC. Para estimular las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas, se usaron dos técnicas. En primer lugar, desde el principio se acordó que habría un compromiso de *stand-still*, mediante el cual un gobierno participante no podría aplicar medidas que afectaran el comercio de servicios de telecomuni-

85 Anexo sobre Telecomunicaciones en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., pp. 375-80.

86 Véase, *supra*, nota 53.

87 Decisión relativa a las Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., p. 380.

caciones básicas, en forma tal que mejorara su posición o poder de negociación; sin que lo anterior excluyera la posibilidad de buscar acuerdos comerciales o gubernamentales. Adicionalmente, durante el transcurso de las negociaciones, quedarían suspendidas para el sector de telecomunicaciones básicas, la obligación de trato de NMF contenida en el artículo II del GATS, así como el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II.

Algunos de los aspectos más complicados de las negociaciones tuvieron que ver con la forma en que el GATS habría de aplicarse a las medidas relacionadas con acuerdos internacionales entre operadores, particularmente en cuanto al sistema de contabilidad de tarifas. Igualmente se debatió si se requería aclarar la situación de subsectores específicos de telecomunicaciones; por ejemplo, si el suministro transfronterizo de telecomunicaciones, y el suministro que implica consumo en el exterior, deberían cubrir, no sólo el tráfico de "operadora a operadora", sino también los servicios de *call-back* y de tarjetas telefónicas. Vale la pena resaltar también el debate que surgió en cuanto a si las limitaciones no discriminatorias al número de proveedores de servicios debían ser notificadas como limitaciones al acceso al mercado por razones estrictamente técnicas, por ejemplo, en el caso de la disponibilidad de espectro o de frecuencias radiales en algunos países.

El GNTB culminó oficialmente su labor el 30 de abril de 1996, a pesar de que sus resultados no fueron concluyentes. Durante el curso de las negociaciones, 34 gobiernos presentaron ofertas para liberalizar sus regímenes internos de telecomunicaciones,⁸⁸ mientras que otros cinco participaron en las negociaciones, pero no presentaron ofertas.⁸⁹ Además de ofrecer mayor liberalización, muchos participantes incluyeron en sus ofertas principios regulatorios. Al concluir las labores del GNTB se acordó preservar las ofertas sustanciales sobre liberalización comercial en las telecomunicaciones, y reexaminarlas en un período de 30 días a partir del 15 de enero de 1997; además se acordó que el 1 de enero de 1998 fuera la fecha para la entrada en vigencia de los compromisos de liberalización.

88 Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Corea, Côte d'Ivoire, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Hong Kong, Hungría, India, Islandia, Israel, Japón, Marruecos, Mauricio, México, Nueva Zelanda, Noruega, Paquistán, Perú, Polonia, República Checa, República Dominicana, República Eslovaca, Singapur, Suiza, Tailandia, Turquía y Venezuela.

89 Barbados, Chipre, Cuba, Egipto y Túnez.

Todavía se llevan a cabo negociaciones con respecto al Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios en el Marco del Acuerdo.⁹⁰ Desde el comienzo se decidió que este anexo sólo regiría las medidas relativas a la entrada y permanencia temporal de personas con el propósito de suministrar un servicio. Por lo tanto, el anexo busca excluir aspectos referentes a ciudadanía, residencia o empleo permanente, ya que éstos podrían colidir con leyes nacionales relativas a nacionalidad e inmigración y leyes laborales. En el anexo se permitió que los miembros puedan separarse del acuerdo para negociar compromisos específicos en sus listas bajo las Partes III y IV del GATS.

En Marrakech se adoptó una decisión fomentando las negociaciones dirigidas a una mayor liberalización del movimiento de personas y estableciendo un Grupo de Negociación sobre el Movimiento de Personas Físicas, el cual debe entregar un informe final dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Acuerdo sobre la OMC.⁹¹ Sin embargo, toda la cuestión del libre movimiento de personas, vinculada al derecho de establecimiento, sigue siendo particularmente difícil para la Comunidad Europea. Estados Unidos y Canadá, por otra parte, quieren imponer un sistema de cuotas en el suministro de mano de obra en el sector servicios, pero han manifestado estar dispuestos a discutir. Un país específico, India, ha tratado de vincular la liberalización del mercado de servicios financieros a garantías específicas para el movimiento de personas naturales.

En el sector de servicios financieros los resultados han sido ambiguos. Como nota positiva, los servicios financieros forman parte integral del GATS con un anexo específico sobre servicios financieros. De esta forma, una amplia gama de actividades bancarias, de títulos valores y de seguros se encuentra dentro del alcance de un conjunto de reglas y disciplinas multilaterales eficaces. Este anexo técnico adapta las disposiciones básicas del GATS a las especificidades de los servicios financieros, por ejemplo, mediante disposiciones que permiten a las autoridades regulatorias y de supervisión tomar medidas por razones cautelares (por ejemplo, para la protección de inversionistas o depositantes), lo que es un aspecto clave del acuerdo alcanzado.

90 Véase Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios en el Marco del Acuerdo en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., pp. 368-69.

91 Decisión relativa a las Negociaciones sobre el Movimiento de Personas Físicas en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., pp. 476-77.

Sin embargo, el éxito en este sector debe ser evaluado en relación con las posiciones de último minuto acordadas por las partes negociantes. El Segundo Anexo sobre Servicios Financieros (Segundo Anexo) permite a los signatarios retener el derecho de alegar las exenciones del artículo II (exenciones al trato de NMF) durante un período de dos meses entre el cuarto y el sexto mes después de la entrada en vigencia del Acuerdo sobre la OMC.⁹² Esta excepción tiene un efecto doble porque modifica dos disposiciones importantes del GATS. Normalmente hablando, si una exención al trato de NMF no es solicitada y aceptada bajo el Anexo del Artículo II de Exenciones, antes de la entrada en vigencia del Acuerdo sobre la OMC, de conformidad con lo establecido en este último Acuerdo,⁹³ tal exención sólo puede ser posteriormente autorizada a través de una decisión tomada por al menos las tres cuartas partes de los miembros de la Conferencia Ministerial, que autorice eximir al país de sus obligaciones de trato de NMF. El Segundo Anexo se separa de este requerimiento y permite una derogación del trato de NMF para servicios financieros, dentro de un marco de tiempo permitido de sesenta días, aunque la sujeta a las disposiciones normales de revisión a los cinco años y de duración máxima de diez años. Normalmente, invocar tal exención al trato de NMF luego de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC permitiría a los miembros afectados solicitar compensación bajo el artículo XXI, pero el Segundo Anexo elimina este derecho. Pero además, el Segundo Anexo permite a los países, dentro de este mismo período de sesenta días, mejorar, modificar o retirar la totalidad o parte de los compromisos específicos que hayan consignado en sus listas.⁹⁴

La adopción de este mecanismo fue un intento por parte de algunos países desarrollados -particularmente Estados Unidos- de corregir lo que percibían como un balance injusto en las negociaciones sobre servicios financieros. Estos países alegaban que, a falta de compromisos sustanciales de acceso a los mercados por parte de los países en desarrollo, la obligación de trato de NMF iría en perjuicio de naciones como Estados Unidos y las Comunidades Europeas, que tienen mercados de servicios financieros relativamente abiertos. A estas naciones se les exigiría, bajo la cláusula de NMF,

92 Parágrafo 1, Segundo Anexo sobre Servicios Financieros en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., p. 374.

93 Artículo IX, parágrafo 3, Acuerdo sobre la OMC en GATT, *Los Resultados de la Ronda Uruguay*, Op. Cit., p. 12.

94 Parágrafo 2, Segundo Anexo sobre Servicios Financieros.

mantener los altos niveles actuales de acceso a sus mercados, lo cual los despojaría de poder de negociación, en las futuras rondas en que participaran con países en desarrollo.

Como resultado de lo anterior, el Segundo Anexo sobre Servicios Financieros operó como un marco interino de obligaciones sobre servicios financieros, por un período de 6 meses, contados a partir de la entrada en funciones de la OMC, esto es, entre el 1 de enero y el 30 de junio de 1995.⁹⁵ Ese período fue usado para negociar nuevos compromisos, basados en el criterio de que, al concluir las negociaciones, cualquier país que sintiera que los compromisos obtenidos en materia de acceso a los mercados eran insuficientes, podría reducir o retirar sus propios compromisos o exceptuarse, plena o parcialmente, de su obligación de trato de NMF en el sector de servicios financieros.

Al final del período, la mayoría de los 76 miembros de la OMC que participaron en las negociaciones sobre los servicios financieros habían mejorado sus ofertas de compromisos de acceso a los mercados y las recogieron como apéndice en la forma de un Protocolo al GATS.⁹⁶ La notoria excepción fue Estados Unidos que, a pesar de dejar constancia del mejoramiento en los compromisos de acceso a los mercados hechos por algunos países, consideró que el paquete global de compromisos era insuficiente para obligarse a asumir un trato de NMF. En la práctica, tal situación significó que Estados Unidos retiró la mayor parte de su oferta y se acogió a una exención de trato de NMF para el sector de servicios financieros. En consecuencia, las inversiones en servicios financieros existentes en Estados Unidos tienen asegurado un mantenimiento de su trato nacional, pero no hay garantía de trato de

95 Por solicitud de las Comunidades Europeas, el período fue extendido hasta el 28 de julio de 1995, a fin de dar más tiempo a Estados Unidos para que lograra negociar compromisos satisfactorios.

96 Organización Mundial del Comercio, *Second Protocol to the General Agreement on Trade in Services* (Segundo Protocolo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios), Documento S/L/11, 24 de julio de 1995. La entrada en vigencia de este Segundo Protocolo está prevista para el 1 de agosto de 1996, siempre y cuando para el 1 de julio de 1996 el mismo haya sido aceptado por todos los países participantes. En caso de que no se produzca esa aprobación por parte de todos, dentro de los 30 días siguientes al 1 de julio de 1996, los miembros de la OMC que lo hubieran suscrito podrán acordar ponerlo en vigencia. Una decisión del Consejo del Comercio de Servicios establece que si el Protocolo no entra en vigencia, los miembros de la OMC quedan en libertad de modificar en los siguientes 60 días sus compromisos de acceso a los mercados y de trato de NMF. Organización Mundial del Comercio, *Decision on Commitments in Financial Services* (Decisión sobre Compromisos en Servicios Financieros), Documento S/L/8, 24 de julio de 1995, párrafo 1.

NMF para empresas extranjeras que quieran establecer nuevos negocios en el área de servicios financieros o expandir sus operaciones en Estados Unidos.

Por otro lado, todos los miembros de la OMC acordaron empezar una ronda adicional de servicios financieros el 1 de noviembre de 1997, por un período de 60 días, a fin de permitir a los países modificar sus compromisos de acceso a los mercados y de trato de NMF, en el sector de servicios financieros.⁹⁷ Existe la esperanza de que esta segunda "negociación extendida" ayude a acelerar el proceso de liberalización de las reglas de comercio e inversión en el sector de servicios financieros y, en el proceso, Estados Unidos se reincorpore a la negociación.

Un sector de servicios que recibió mucha publicidad durante la Ronda de Uruguay fue el audiovisual. Sin embargo, las negociaciones prolongadas no lograron llegar a un acuerdo para un anexo separado. En lugar de esto, el sector cae bajo las disposiciones generales de servicios del GATS. Hasta ahora sólo Estados Unidos, Brasil y algunos países del sureste asiático han consignado compromisos específicos sobre servicios audiovisuales; mientras Canadá decidió no contraer ningún tipo de compromisos. Similarmente la Comunidad Europea no ofreció compromisos de acceso a su mercado en este sector y decidió incluso aplicar una exención al trato de NMF por el momento, que le permite conceder tratamiento preferencial a terceros países.

V. CONCLUSIONES

El resumen anterior no estaría completo sin algunas conclusiones preliminares sobre los logros alcanzados hasta el presente en el GATS. El haber alcanzado un acuerdo marco sobre el comercio de servicios y haber progresado en sectores individuales, constituye un avance sustancial. Sin embargo, falta mucho por andar. El número general de compromisos iniciales en los distintos sectores ha superado todas las expectativas, particularmente en lo que se refiere a los países en desarrollo, muchos de los cuales han establecido compromisos amplios similares a los de los países de la OCDE. Existe cierta frustración inicial en que la Ronda de Uruguay no haya logrado avanzar más en negociaciones y compromisos iniciales. Pero quizá la verdadera

97 Organización Mundial del Comercio, *Second Decision on Financial Services* (Segunda Decisión sobre Servicios Financieros), Documento S/L/9, 24 de julio de 1995.

decepción se debe a que el GATS no contiene ningún requerimiento general para eliminar de inmediato, ni progresivamente, las medidas inconsistentes que estén siendo aplicadas a la entrada en vigencia del Acuerdo sobre la OMC. Esto se evidencia del alto número de encabezamientos en las listas de compromisos de los países individuales.

El hecho de que las negociaciones continúen en algunos sectores tiene varias consecuencias. Existe un mayor ámbito para que la liberalización progresiva del comercio de servicios se extienda por un período de tiempo más largo. En algunos sectores, este enfoque es necesario para ajustarse a distintos regímenes regulatorios y a diferencias en los estándares y requisitos técnicos. Probablemente el número de compromisos específicos sólo crecerá gradualmente y dependerá de los resultados de las negociaciones en curso, lo cual no es sorprendente. Se tiende a olvidar que, al momento del Acuerdo General de 1947, los países fueron lentos en asumir compromisos arancelarios; inicialmente, sólo lo hicieron las 23 partes contratantes originales del GATT, además de Chile. Bajo el Protocolo de Annecy de 1949, diez países más asumieron listas de compromisos arancelarios consolidados, cinco más bajo el Protocolo de Torquay de 1951 y Japón no las asumió hasta 1955.

Considerando todo lo anterior, a pesar de los ocho años de negociaciones que tomaron, los resultados de la Ronda de Uruguay por primera vez en la historia demuestran que es posible tener un acuerdo multilateral para la regulación del comercio de una amplia gama de servicios. En sí mismo, esto es encomiable. El hecho de que la mayoría de los participantes en la Ronda hayan decidido contraer compromisos específicos en varios servicios quizá refleja su confianza en el futuro del GATS.

El Derecho de Autor y el Derecho Comunitario Andino: La Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos

Ricardo ANTEQUERA PARILLI¹

I. EL ACUERDO DE CARTAGENA Y EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO.

El Acuerdo de Cartagena, conocido también como “Pacto Andino”, fue creado mediante el “Acuerdo de Integración Subregional”, suscrito el 26 de mayo de 1969, y reúne actualmente a cinco países: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

El instrumento fundamental que rige ese proceso comunitario, es decir, el “Acuerdo de Integración Subregional”, o “Acuerdo de Cartagena”, creó una organización para lograr el “desarrollo equilibrado y armónico” entre los países (artículo 2), con el fin de “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión” (artículo 1), y entre las medidas previstas para conseguir ese objetivo contempló “la armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes” (artículo 3,a).

A esos efectos, el órgano máximo de la organización, es decir, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, tiene entre sus atribuciones la de “aprobar las normas que sean indispensables para hacer posibles la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros” (artículo 7,b), lo que se expresa mediante Decisiones (artículo 6, in fine).

¹ El autor es abogado, Consultor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Secretario General del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, y Profesor de Derecho de Autor en la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela), en el postgrado de Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes (Mérida, Venezuela) y en la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (Barquisimeto, Venezuela). El autor fue además, redactor del Proyecto de Decisión Andina sobre Derecho de Autor. Una versión anterior del presente artículo fue publicada en la *Revue Internationale du Droit d'Author* (Paris) N° 166 (Octubre de 1995).

Por su parte, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, del 28 de mayo de 1979, dispone que:

1. El ordenamiento jurídico del Pacto Andino está integrado por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos y modificaciones; el propio Tratado de creación del Tribunal; las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta (artículo 1).

2. Las Decisiones de la Comisión son obligatorias para los Países Miembros, desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión, y directamente aplicables en dichos países a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo (artículos 2 y 3).

La aplicabilidad directa de las Decisiones de la Comisión es comentada por José Guillermo Andueza -ex-Presidente del Tribunal de Justicia del Acuerdo-, en razón de que éstas forman parte del derecho interno en cada uno de los países miembros, son dictadas por la Comisión en virtud de las potestades que, conforme a un Tratado, le son propias, y que en virtud de esa aplicación directa las autoridades administrativas y judiciales en cada uno de los estados del Pacto Andino, tienen el deber de proteger y garantizar los derechos que de ellas se deriven.

II. EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Una de las normativas directrices con mayores repercusiones jurídicas en el proceso de integración andina fue la Decisión 85 que contenía el reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial, de 1974, sucesivamente sustituida por las Decisiones 313 y 344, ésta última publicada en la Gaceta del Acuerdo el 29 de octubre de 1993, bajo la denominación de Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

El Derecho de Autor esperó por más tiempo, pues no fue sino hasta el 17 de diciembre de 1993, cuando la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó la Decisión 351, bajo la denominación de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo el día 21 del mismo mes y año.

III. LA DECISIÓN 351 Y SUS ANTECEDENTES.

El derecho comunitario autoral en el ámbito andino, tiene sus antecedentes en 1991, cuando la Junta del Acuerdo de Cartagena nos encomendó

un estudio sobre el estado de las legislaciones en el área y la posibilidad de armonizar la normativa de los países miembros sobre la base de los puntos más trascendentales, dejando a las leyes nacionales los aspectos de detalle que no fueran indispensables en un régimen uniforme andino o formaran parte del orden público interno en cada uno de ellos.

Las dificultades que se hallaron a la luz de dicha investigación se centraron en el hecho de que, si bien cuatro de los países tenían provisiones constitucionales relacionadas con la materia,² y que la mayoría de ellos pertenecía a casi todos los convenios internacionales existentes,³ el análisis comparado de las respectivas legislaciones internas presentaba una situación muy disímil.

En ese sentido, se destacaba la diversidad en los niveles de protección, ya que uno de los países miembros del Acuerdo (Bolivia), contaba con una legislación muy vetusta, cuyo texto se originaba en 1909 (con algunas modificaciones hasta 1945) y que apenas contemplaba unas cuantas disposiciones generales; otras en nada regulaban los derechos conexos (Perú y Venezuela) o solamente reconocían el derecho de los intérpretes (Ecuador); y todas ellas carecían de normas específicas adaptadas a las nuevas formas de expresión creativas (como los programas de ordenador y las bases de datos), a los derechos que en forma expresa incorporaban muchas legislaciones como el de distribución, y a las novedosas modalidades de explotación de las obras, interpretaciones y producciones, como las transmisiones por satélite y la televisión por cable.

Esa diversidad se complicaba porque para la fecha del estudio se encontraban en plena fase de discusión legislativa los proyectos de nuevas leyes en Bolivia y Venezuela, de manera que se planteaban dos alternativas: proceder a aprobar una Decisión, de contenido general, que armonizara el derecho comunitario autoral sobre la base de principios muy mínimos; o esperar por la sanción de los proyectos que se tramitaban en Bolivia y Venezuela, para elaborar una Decisión más completa y sobre principios más elevados de protección, tomando en cuenta los avances legislativos en la subregión y otros adelantos en el resto del mundo.

2 Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

3 Sin embargo, el estudio preliminar encargado por la Junta del Acuerdo, planteaba la necesidad de recomendar a los Países Miembros la adhesión de aquellos instrumentos que todavía no habían ratificado, como Bolivia respecto de la Convención de Berna (al cual se adhirió posteriormente) y Venezuela en relación con la de Roma (también con una adhesión posterior).

Esta última pareció la alternativa acogida, pues no fue sino hasta 1993, cuando la Junta retomó el proyecto de 1991, complementado con los avances obtenidos con las nuevas leyes de Bolivia y Venezuela, y las adiciones propuestas conjuntamente por Colombia y Venezuela, y convocó a dos sucesivas reuniones de expertos de los cinco Países Miembros para analizar y elevar a la Junta del Acuerdo un proyecto que, sometido a la consideración de la Comisión, fue aprobado como Decisión 351.

IV. LA DECISIÓN 351 Y SU ALCANCE.

La intención de la Decisión 351 no está en derogar o sustituir integralmente las respectivas leyes autorales de los países del Acuerdo de Cartagena, sino que su contenido las complementa, aunque, en caso de conflicto, priva la norma comunitaria sobre cada ley nacional.

Por otra parte, se trata del primer paso hacia un régimen uniforme -a conciencia de que a corto o mediano plazo tendrá que avanzarse, tanto en la armonización del sistema como en la incorporación de nuevos derechos-, tomando en cuenta que:

1. Tres de los Estados miembros (Bolivia, Colombia y Venezuela), han tenido reformas parciales o integrales en un tiempo reciente, de manera que una Decisión demasiado avanzada e innovadora podía generar un "trauma" en esos países, al tener que interpretar, en tan breve lapso, dos textos diferentes.

2. Los otros dos países (Ecuador y Perú) cuentan con leyes nacionales ya muy desfasadas, en cuanto a la incorporación de ciertos derechos, de suerte que se consideró prudente, en una primera fase, establecer un régimen inicial que permitiera elevar el sistema de protección en esos dos Estados en relación con el de los otros tres, y lograr, al menos en esta etapa preliminar, equilibrar los niveles mínimos de tutela entre todos los miembros del Acuerdo.⁴

3. Se deja en libertad a los estados para incorporar otros derechos o elevar los niveles de protección, en relación con el mínimo establecido en la Decisión.

4 En 1996, Perú aprobó, a través del Decreto Legislativo 822, una nueva ley sobre el Derecho de Autor, que posiblemente sea la más moderna de América Latina.

4. Quedan vigentes las leyes internas en tanto no se opongan a las disposiciones de la Decisión.

Las anteriores consideraciones explican, al menos parcialmente, varias cosas, a saber:

1. Las distintas remisiones que hace la propia Decisión a los ordenamientos nacionales, cuando se consideró que por el momento los aspectos que eran motivo de remisión, no afectaban a una armonización básica.

2. Las omisiones de la Decisión sobre ciertas materias específicas -por ejemplo, la regulación de algunos contratos, como los de edición y de representación-, pues se estimó que en un proceso inicial de régimen uniforme en la subregión, esa reglamentación podía estar confiada a las leyes nacionales; o formaban parte del orden público interno de los países miembros, tal el caso de la jurisdicción, o los aspectos procesales -salvo algunos compromisos mínimos para asegurar la protección de los derechos; o las sanciones penales, dada la diversidad de los sistemas nacionales.

A esas circunstancias se unieron otras -fácticas o al menos de conveniencia momentánea-, entre ellas las siguientes:

1. Que dada la aprobación reciente de varias leyes nacionales -la de Venezuela apenas dos meses antes de la Decisión-, el régimen común debía partir del avance logrado en esos nuevos ordenamientos internos, pero no ir mucho más allá, ya que dichos textos ni siquiera habían tenido tiempo de ser objeto de interpretación o aplicación administrativa o judicial en esos países.

2. Que todavía no existe en muchos ámbitos de los países del Acuerdo -incluso por parte de algunas autoridades de aplicación-, un conocimiento, siquiera básico, acerca del valor jurídico de las Decisiones andinas -muchas veces ignoradas en las sentencias-, y un avance muy audaz en el contenido de la Decisión 351 habría dificultado su aplicación práctica, de manera que era preferible partir de principios mínimos, mas asimilables por las autoridades encargadas de aplicarlos, y luego de una mayor difusión del propio instrumento y su aceptación en resoluciones y sentencias, proceder a reformas actualizadoras, al estilo de la experiencia recogida del proceso de armonización

andina en materia de Propiedad Industrial, que ha avanzado a través de cuatro Decisiones.

Las dos últimas razones explican el porqué no figura en la Decisión 351, al menos en esta primera etapa, el derecho de remuneración por las reproducciones reprográficas y por la copia privada de grabaciones sonoras o audiovisuales, aunque se deja en libertad a las leyes internas de los países del Acuerdo, el reconocer derechos de orden patrimonial no contemplados en el instrumento comunitario, tal el caso de la ley venezolana respecto de los derechos reprográficos.

V. LA DECISIÓN 351 Y SU CONTENIDO.

A. *El alcance.*-

La Decisión, en consonancia con los instrumentos internacionales con vocación de universalidad, consagra el principio del *trato nacional* (artículo 2), de manera que cada País Miembro debe reconocer a los nacionales de cualesquiera de los otros, una protección no menos favorable que la concedida a sus propios nacionales.

B. *Definiciones.*-

A los efectos de precisar los alcances de la protección y el significado de los términos, la Decisión contempla un artículo 3, contentivo de veinticinco (25) definiciones, para las cuales se tomaron en cuenta, muy especialmente, las contenidas en los instrumentos internacionales, en el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor y derechos conexos, en el proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes nacionales en derecho de autor y en algunas leyes de reciente promulgación, como las de España y Venezuela.

Ese catálogo de precisiones conceptuales permitirá una armonización en cuanto a la interpretación administrativa y judicial, particularmente en las resoluciones y las sentencias.

Aunque siempre se destaca el peligro que puede significar la incorporación de definiciones en los textos legales, especialmente por la posibilidad de caer en la obsolescencia, muchas veces por los avances

tecnológicos, también es cierto que la especialidad de la disciplina lo aconseja, más cuando el relativamente sencillo proceso necesario para aprobar o modificar las Decisiones del Acuerdo, que elimina los interminables procesos de trámite ante los parlamentos nacionales, hace posible actualizar rápidamente tales Decisiones en caso de que las definiciones allí contenidas puedan resultar desactualizadas o insuficientes.

C. Objeto.-

En principio ya acogido por las legislaciones internas de los países miembros, la Decisión reconoce la protección a *todas* las obras del ingenio, literarias, artísticas o científicas, cualquiera sea su forma de expresión, género, mérito o destino (artículo 1, encabezamiento), de manera que la enumeración de las obras protegidas (artículo 4) tiene un carácter meramente ejemplificativo (“...que incluye, entre otras, las siguientes...”).

Comentario especial merece la incorporación expresa de los programas de ordenador, porque si bien su protección por el derecho autoral existe sin necesidad de mención explícita, para aquel tiempo en los Países Miembros del Acuerdo solamente Venezuela lo tenía incorporado expresamente en su ley nacional, sin necesidad de otros requisitos, mientras que la de Bolivia lo condicionaba a las previsiones del futuro Reglamento, Colombia lo sustentaba en un Decreto Reglamentario, Perú en una Resolución Directorial, y Ecuador en la práctica administrativa de la oficina competente para el registro meramente declarativo de las obras protegidas.

Con el fin de evitar confusiones, muchas veces suscitadas en la práctica y alegada ante los tribunales nacionales por los infractores, la Decisión aclara que el derecho de autor es independiente de la propiedad del soporte material que contiene la obra (artículo 6).

Por otra parte, según principio de reconocimiento generalizado, se dispone que queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras, pero no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias o artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial (artículo 7).

Finalmente, la Decisión 351 extiende también la tutela a los derechos conexos (artículo 1, único aparte), lo que tiene significado para aquellos

países cuya ley nacional no los consagraba hasta el momento (Perú) o apenas reconocía el de los intérpretes o ejecutantes (Ecuador), a pesar de formar parte de la Convención de Roma, lo que planteaba dificultades en cuanto a la protección de las interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones nacionales.

D. La autoría y las titularidades.-

La Decisión, en principio ya recogido de manera expresa o implícita por las leyes de los Países Miembros, reconoce únicamente como autor, en las definiciones, a la persona física que realiza la creación intelectual, distinguiendo así la autoría de la titularidad, ésta última entendida como la calidad de titular de derechos reconocidos en el instrumento (artículo 3) y que en algunos casos -siempre con carácter derivado-, podría corresponder, en lo que se refiere a los derechos de orden patrimonial, a una persona distinta del autor (artículo 9).

Pero dado el carácter inalienable e irrenunciable del derecho moral (artículo 11), la titularidad de los atributos de orden personal siempre pertenece en vida al creador -persona física-, de la obra.

De allí la disposición según la cual una persona natural o jurídica, distinta del autor, puede ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra, de acuerdo a las previsiones que contengan las legislaciones nacionales de los países del Acuerdo (artículo 9).

El problema que motivó más ardua discusión en el seno del Comité de Expertos convocados por la Junta para hacer la redacción definitiva de la Decisión, estuvo en torno a la titularidad de los derechos de explotación en relación con las obras creadas bajo contrato de trabajo o por encargo.

En efecto, el proyecto inicial de la ley venezolana previó, en su momento, una fórmula que se inspiraba, al menos parcialmente, en la legislación española y en una de las alternativas propuestas en el proyecto de disposiciones tipo de la OMPI, según la cual se presumía una cesión de derechos patrimoniales al patrono, pero limitada a las modalidades de explotación que eran habituales en el empleador para la época de creación de la obra.

Sin embargo, la tenaz oposición por parte de un sector empresarial hizo que el Congreso de Venezuela modificara el proyecto originario, extendiendo la cesión a las obras creadas por encargo, y reconociendo una presunción *iuris tantum* de transferencia exclusiva e ilimitada de los derechos de explotación en favor del patrono o de quien encomendara la realización de la obra.

La discusión se planteó nuevamente al redactar la Decisión 351, ya que existía consenso entre los expertos, al menos a título personal, en cuanto a recoger la solución contenida en el proyecto inicial de la ley venezolana. Quien escribe, como autor del proyecto venezolano original, estuvo en lo particular a favor de recoger dicha fórmula en la Decisión, pero como delegado oficial por Venezuela en el Comité de Expertos convocado por la Junta, debió expresar la voluntad de su gobierno en cuanto a no presentar nuevamente la fórmula en el instrumento andino, dada la férrea oposición que la misma había tenido por un importante grupo empresarial vinculado especialmente a la radio y la televisión en Venezuela.

Es así como la Decisión se limita a remitirse a las legislaciones de los estados miembros, en cuanto a la titularidad originaria o derivada de los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo o bajo relación laboral (artículo 10), en redacción que de todas maneras tiene la ventaja de aclarar que dicha titularidad se limita a los derechos de explotación, lo que despeja la duda interpretativa respecto de algunas leyes nacionales que, como la de Perú, atribuyen la *titularidad de la obra* (sin precisar si la expresión *titularidad* comprende también los atributos de orden personal), al Estado, los municipios, las corporaciones oficiales y a las personas jurídicas, cuando la creación haya sido realizada por su encargo.

E. *El derecho moral.*-

También en un principio que inspiraba ya a varias de las legislaciones internas, la Decisión 351 reconoce que los derechos de orden moral tienen carácter inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable (artículo 11).

Sin perjuicio de que las leyes internas puedan incorporar otros derechos de orden personal (artículo 12), la Decisión reconoce como atributos mínimos los de divulgación de la obra y al inédito, de paternidad del autor y de integridad de la creación (artículo 11, literales a, b y c).

No hubo consenso en el Comité de Expertos en cuanto a reconocer también el derecho de arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio, ya que la recién aprobada ley boliviana no lo prevé, aunque ese atributo de orden personal ya aparece en las leyes de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, países en los cuales se mantiene el reconocimiento de ese derecho, por mandato del artículo 12 de la Decisión.

Pero lo que sí resulta una innovación para la mayoría de las legislaciones autorales andinas, y la Decisión se inspira allí en la ley española, es el dispositivo mediante el cual se reconoce la perpetuidad del derecho moral, en una parte de sus facultades, al establecer que una vez extinguido el derecho patrimonial, en cabeza de los derechohabientes del autor, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra (artículo 11, *in fine*).

F. El derecho patrimonial.-

A reserva de que los países miembros puedan reconocer otros derechos de explotación (artículo 17), la Decisión 351 consagra los de autorizar o prohibir la traducción, arreglo, adaptación u otra transformación de la obra; su comunicación pública o reproducción por cualquier medio o procedimiento; la distribución de los ejemplares mediante su venta, arrendamiento o alquiler, y la importación de copias hechas sin autorización del titular (artículo 13).

Es de hacer notar que siendo el derecho de comunicación pública el que más ha causado inconvenientes a las entidades de gestión colectiva de la subregión, para hacer efectivas las remuneraciones correspondientes a esa modalidad de explotación de las obras, la Decisión hace una amplia enumeración ejemplificativa de los principales modos de comunicación (artículo 15, literales a al h), aclarando siempre, en todo caso, que forma parte de ese derecho “la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes” (artículo 15, literal i).

No hubo consenso entre las delegaciones para reconocer expresamente un derecho para autorizar o prohibir las *importaciones paralelas*, ni un derecho de remuneración por las reproducciones reprográficas o las copias privadas de grabaciones sonoras o audiovisuales. El derecho de préstamo público nunca estuvo en la mesa de discusiones.

Finalmente, el texto aprobado, si bien reconoce el "*droit de suite*", establece que los países miembros reglamentarán ese derecho (artículo 16), el cual, por lo demás, ya está legislado en Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela. Dado el carácter imperativo del mandato contenido en el artículo 16, se entiende que los estados miembros están obligados a dicha reglamentación, cuando el *droit de suite* no esté contemplado en su legislación nacional -que es el caso de Colombia-, pero en las reuniones preparatorias del texto se juzgó que era poco práctico establecer un plazo para ello, ante el riesgo de que el mismo fuera incumplido.

G. *El plazo de duración.-*

Quizá uno de los aspectos en los cuales la Decisión 351 puede ser más criticada por su timidez, es en cuanto a haberse limitado a señalar, al estilo del Convenio de Berna, que el plazo de protección no puede ser menor de cincuenta años contados a partir del año de la muerte del autor o, en los casos pertinentes, desde la realización, divulgación o publicación de la obra (artículos 18, 19 y 20).

Y la crítica está en que no se logró una armonización en ese aspecto, ya que algunos de los países miembros tienen una duración mayor: Venezuela (60 años) y Colombia (80 años), razón por la cual -se afirma-, ha debido uniformarse el plazo de tutela por el de mayor duración en la subregión, es decir, ochenta años.

Las razones para que la Decisión se limitara a fijar el plazo mínimo en cincuenta años, y no aumentarlo, estuvo en que la recientemente aprobada ley boliviana elevaba el período de duración de treinta a cincuenta años, mientras que Venezuela, apenas tres meses antes, lo había aumentado de cincuenta a sesenta, motivo por el cual se consideraba traumático elevar nuevamente el lapso de tutela en esos países en tan poco tiempo.

Sin embargo, hubo consenso personal entre los expertos en cuanto a la conveniencia de que una futura reforma de la Decisión, en aras de una armonización comunitaria, eleve los plazos de protección hasta llegar a un período uniforme de tutela.

En todo caso, el plazo mínimo de cincuenta años a través de una Decisión que tiene el carácter de ley interna para los países del Acuerdo, tiene por lo menos la ventaja de prevalecer sobre las leyes nacionales -si

ellas contemplan una duración menor, incluso respecto de las obras y autores del país-, cuando dichas leyes, como la de Perú, reducen a veinticinco años la vigencia de los derechos cuando han sido cedidos a un tercero, o a treinta años si la titularidad de los derechos pertenece al Estado, los municipios, las corporaciones oficiales u otras personas jurídicas.

H. Limitaciones y excepciones.-

Al discutirse en el Comité de Expertos el tema de los límites al derecho exclusivo de explotación, se plantearon dos alternativas: por la primera, se destacaba la ventaja de que la Decisión estableciera, con carácter taxativo, las únicas excepciones posibles al derecho de explotación, derogando y sustituyendo totalmente las limitaciones establecidas en cada una de las leyes nacionales de los países del Acuerdo; por la segunda, se aconsejaba que la Decisión previera un conjunto de límites al derecho exclusivo, dejando en libertad a las leyes nacionales para contemplar otras excepciones.

Las posiciones encontradas en relación con algunos límites aconsejó seguir el segundo camino, ya que, por ejemplo, mientras una delegación apoyaba la limitación al derecho de comunicación pública contenida en la nueva ley venezolana, por la cual eran lícitas las ejecuciones efectuadas en el transcurso de ceremonias oficiales y religiosas, siempre que el público pudiera asistir a ellas gratuitamente y ninguno de los participantes obtuviera una remuneración específica por su intervención en el acto, otra delegación se oponía expresamente a su incorporación a la Decisión.

De allí que el instrumento contempla algunos casos de excepción al derecho exclusivo de explotación sobre las obras (artículo 22), sin perjuicio de que las leyes nacionales de los países miembros puedan incorporar otras limitaciones, siempre que se correspondan con los *usos honrados*, es decir, que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor (artículo 21).

Así, la sistemática elegida permite la coexistencia de la Decisión con las leyes nacionales de los Países Miembros, de manera que las excepciones previstas en el instrumento comunitario son de aplicación en todos los países del Acuerdo, las cuales se complementan con aquellas otras previstas en cada ordenamiento nacional y que, de no estar previstas en la Decisión, son aplicables únicamente en el territorio respectivo.

Para la redacción de las limitaciones previstas en la Decisión, sirvieron de inspiración fundamental, las previstas o las diferidas a las leyes nacionales por el Convenio de Berna, y las contempladas en el proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes nacionales en derecho de autor.

A esos límites aplicables por lo general a cualquier género creativo, la Decisión contiene otras excepciones específicas para los programas de ordenador (artículo 24 a 27), las cuales serán comentadas posteriormente.

1. Los programas de ordenador y las bases de datos.-

La regulación contenida en la Decisión 351 respecto de los programas de ordenador y las bases de datos se corresponde, en lo esencial, con los dispositivos incorporados a la nueva ley venezolana de 1993 -recogidos a su vez de otras legislaciones de reciente promulgación y, en buena parte, de la Directiva Europea sobre programas de ordenador-, pero que, en algunos casos, representan una innovación para los demás países andinos.

En cuanto a los detalles, el instrumento reconoce la tutela de los programas de ordenador en las mismas condiciones que las obras literarias (artículo 23), es decir, no se afirma que *son*, sino que se tutelan *en las mismas condiciones*, con lo cual se evitó tomar partido en torno a un asunto doctrinariamente muy debatido aunque, al parecer, definitivamente resuelto a la luz de la Directiva Europea, del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC).

De otro lado, inspirándose en los trabajos preparatorios para un futuro Protocolo al Convenio de Berna, -aprobado posteriormente como Tratado sobre ciertas cuestiones relativas al Derecho de Autor- la Decisión aclara que la protección del *software* se extiende tanto a los programas operativos como a los aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto (artículo 23).

Es de hacer notar que en opinión del Comité de Expertos, si el programa de ordenador se protege *en las mismas condiciones que una obra literaria*, y por tanto encuentra su protección internacional en el marco del Convenio de Berna, no hay ninguna razón para que, como en las demás obras del

ingenio, deje de aplicarse el artículo 6 bis de la Convención, referente a los derechos morales, y así se dispone expresamente en el artículo 23 de la Decisión 351.

Sin embargo, por considerar que las versiones de un programa responden fundamentalmente al derecho de adaptación o modificación, y no al moral de integridad, se establece que no obstante la aplicación del artículo 6 bis del Convenio de Berna al *software*, los autores o titulares de los programas de ordenador—éstos últimos quienes pueden ser personas distintas del autor, por lo que se refiere al derecho de explotación—, pueden autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas (artículo 23, *in fine*).

Siguiendo la tendencia en el Derecho Comparado, la Decisión permite la obtención de una copia del programa, cuando ello sea necesario para su utilización o se trate de una copia para fines de resguardo o seguridad (artículo 24) y se exceptiona del derecho exclusivo de reproducción, la introducción del programa en la memoria del ordenador, para los efectos de su exclusivo uso personal (artículo 26, encabezamiento).

No obstante, dada la preocupante inclinación de algunos jueces en nuestros países, en cuanto a pretender interpretaciones extensivas a excepciones a un derecho exclusivo, que como tales deben ser objeto de aplicación restrictiva, se creyó conveniente aclarar que la legitimidad para introducir el programa en la memoria de la máquina, no se extiende al aprovechamiento del *software* por varias personas, mediante su instalación en redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, lo que requiere de la autorización expresa por parte del titular de los derechos (artículo 26, único aparte).

También se legitima la adaptación de un programa realizado por el usuario para su exclusiva utilización (artículo 27), de modo que sería ilícita la puesta en circulación de esa adaptación o permitir su uso por terceros.

Por lo que se refiere a las bases de datos, se aclara que la protección reconocida por la Decisión no se extiende a los datos o información compilados, pero no afecta los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que conforman la compilación (artículo 28).

J. La transmisión y cesión de los derechos.-

La Decisión defiere a las leyes internas lo relativo a la transmisión de los derechos (artículo 29) y al régimen aplicable a las cesiones o concesiones de derechos de explotación y a las licencias de uso de las obras (artículo 30), pero sobre la base de dos principios básicos: por el primero, toda transferencia de los derechos patrimoniales, y las autorizaciones o licencias de uso, deben interpretarse de manera tal que queden limitadas a las formas de explotación y a las demás modalidades expresamente convenidas (artículo 31); por el segundo, ninguna licencia obligatoria reconocida en una ley interna puede exceder los límites señalados en el Convenio de Berna o en la Convención Universal (artículo 32).

K. Los derechos conexos.-

El Capítulo X de la Decisión, relativo a los derechos conexos, se encabeza con una disposición similar a la cláusula de salvaguardia contenida en el artículo primero de la Convención de Roma, pero se agrega que en caso de conflicto entre el derecho de autor y cualquiera de los derechos conexos “se estará siempre a lo que más favorezca al autor” (artículo 33).

La tutela concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes se corresponde, en lo esencial, con la prevista en la Convención de Roma, pero son reconocidos, además, derechos de orden moral, tales como el de vincular su nombre o seudónimo a la interpretación y el de impedir cualquier deformación de la misma que ponga en peligro su decoro o reputación (artículo 35).

La tutela a los productores fonográficos va más allá de los principios mínimos contenidos en la Convención de Roma, ya que no se limita al derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, sino que se extiende también a la importación de copias del fonograma cuando hayan sido realizadas sin el consentimiento del titular, y a la distribución pública del original o copias del fonograma mediante venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público (artículo 37, literales a al c).

En cuanto a la utilización secundaria mediante la ejecución pública del fonograma, no se reconoce un derecho exclusivo de autorizar o prohibir, sino de recibir una remuneración “la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros” (artículo 37, literal d).

Esa remuneración compartida entre ambos titulares ya aparece consagrada expresamente en las leyes de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, pero deberá ser reglamentada en Ecuador.

En cuanto a los organismos de radiodifusión, tienen el derecho de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento; la fijación de sus emisiones sobre una base material; y la reproducción de la fijación de sus emisiones (artículo 39).

Es de hacer notar, por una parte, que la retransmisión se define como la reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo (artículo 3), y que el concepto de emisión incluye la producción de señales portadoras de programas con destino a un satélite de radiodifusión o telecomunicación, y abarca la difusión al público por una entidad que emita o difunda emisiones de otras, recibidas a través de cualquiera de los mencionados satélites (artículo 40).

La duración mínima de los derechos patrimoniales reconocidos a los intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, es de cincuenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente a la interpretación o ejecución, la fijación o la emisión, según corresponda (artículos 36, 38 y 41).

Como se trata de un plazo mínimo de protección, nada impide que las legislaciones nacionales contemplen uno mayor, tal es el caso de Venezuela, que establece para los derechos conexos una duración de sesenta años.

Finalmente, se defiere a las leyes nacionales la posibilidad de establecer límites a los derechos conexos, en los casos permitidos por la Convención de Roma (artículo 42).

L. La gestión colectiva.

El Capítulo XI contiene el aspecto más detallado del instrumento, dado el consenso de los expertos en cuanto a la necesidad de someter la gestión colectiva al régimen de autorización, inspección y vigilancia del Estado, y a los requisitos que deben reunir las entidades administradoras de derechos patrimoniales para obtener el permiso de funcionamiento, sistema

que ya existía en varias de las leyes de los Países Miembros, como en las de Colombia y Venezuela.

El parecer de los expertos recogió la experiencia de varios países latinoamericanos -inclusive algunos casos presentados en estados miembros del Acuerdo de Cartagena-, donde la irregular administración por parte de ciertas entidades de gestión colectiva ha contribuido al desprestigio de la institución, o la rivalidad entre entidades dedicadas a la administración del mismo género de explotación de las obras, ha incidido en una deficiente protección de los creadores, fenómenos ante los cuales el Estado no puede permanecer como un simple espectador, más cuando ha asumido compromisos atinentes a una efectiva tutela de los derechos en su territorio con su adhesión a los Convenios Internacionales existentes.

Ante esa realidad, la Decisión contempla un conjunto de requisitos que deben cumplir las asociaciones que aspiren a obtener autorización para dedicarse a la gestión colectiva -con una franca inspiración en la ley española-, entre otros el de demostrar que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales y a una eficaz administración de los derechos cuya administración se solicita; que las cantidades recaudadas no se destinen a fines distintos de los propios de la gestión, y que se asegure una distribución equitativa de las remuneraciones, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas, según el caso; y que existan medios de publicidad a través de los cuales los asociados o representados reciban una información detallada sobre las actividades de la entidad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos, para lo cual deben contar con un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad (artículo 45).

Tales condiciones complementan las ya previstas en las legislaciones nacionales de los Países Miembros.

Como puede verse, no se pretende que el Estado se inmiscuya en los asuntos privados de las entidades de gestión -pues no tiene derecho de voto o de veto en las decisiones societarias, ni en la elección de los directivos o administradores de la sociedad-, sino que, como también ocurre con otras organizaciones privadas que pueden afectar intereses colectivos, como los bancos y los seguros, su puesta en funcionamiento está sujeta a la autorización oficial, previo el cumplimiento de los requisitos constitutivos que garanticen

el cumplimiento de sus objetivos, en el propio beneficio de los titulares de derechos asociados o representados, nacionales y extranjeros.

En cuanto a la fiscalización, común como se ha dicho en otras actividades privadas vinculadas al interés colectivo, supone la posibilidad de sanciones, aplicables por la autoridad nacional competente, y que van, desde la de revocar la autorización de funcionamiento, de acuerdo a lo que dispongan las respectivas leyes nacionales (artículo 46), pasando por las de amonestación, multa y suspensión de actividades, sin perjuicio de otras que contemplen las leyes de los países miembros (artículo 47).

En cualquier caso y conforme al artículo 55 de la Decisión, relativo a los aspectos procesales, el procedimiento debe garantizar el derecho a la igualdad ante la ley, la eficacia y la imparcialidad, y el derecho de las partes a conocer de las actuaciones, salvo disposición legal en contrario.

No hubo consenso entre los expertos y la Secretaría Técnica de la Junta del Acuerdo de Cartagena, en cuanto a reglamentar en la Decisión la posibilidad de sanciones (destitución, inhabilitación para ejercer cargos, etc.), para los directivos o administradores de las entidades de gestión incurso en graves irregularidades, lo que no impide que las leyes nacionales contengan disposiciones al respecto.

Es de hacer notar que a los fines de la vigilancia, y para que surtan efectos frente a terceros, las entidades de administración colectiva están obligadas a inscribir ante la oficina competente, en los términos que determinen las leyes nacionales, la designación de los miembros de sus órganos directivos, así como los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras (artículo 50).

Las entidades de gestión ya existentes en los países miembros del Acuerdo, antes de la entrada en vigencia de la Decisión 351, han debido adecuarse a los dispositivos comentados dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia del instrumento (Capítulo XV, Disposición Transitoria Única).

M. El registro y la participación tutelar del Estado.-

Bajo el título de *Las oficinas nacionales competentes de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, el Capítulo XII de la Decisión le dedica una

especial atención a la participación tutelar del Estado, mediante la existencia, en cada uno de los Estados miembros, de una oficina administrativa competente en materia de derecho de autor y derechos conexos (artículos 51 a 54).

A pesar de quienes consideramos que el registro de las obras y demás producciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos, aunque sea meramente facultativo, es un resabio del viejo sistema formalista, todavía constituye una tradición muy arraigada en los países latinoamericanos, de manera que la Decisión atribuye a esas oficinas nacionales competentes dicha labor registral, pero se aclara expresamente que la protección reconocida por el derecho de autor no está sometida al cumplimiento de ninguna formalidad, de modo que la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos (artículo 52) y, en consecuencia, es declarativo y no constitutivo de derechos, y que toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros (artículo 53).

Sin embargo, queda siempre latente el peligro de las inscripciones fraudulentas (por ejemplo, de parte de un plagiario u otro usurpador de derechos), ya que conforme al artículo 53, no obstante ser meramente declarativa, la inscripción presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario.

Se trata, sin embargo, de una función cada vez menos relevante, dado el abandono de la costumbre por parte de los titulares de derechos, de inscribir sus obras, interpretaciones o producciones, de modo que el registro servirá en lo futuro, a lo sumo, como un centro de información.

Por ello, las atribuciones más importantes confiadas a las oficinas nacionales por la Decisión 351 (artículo 51), son las siguientes:

1. Ejercer las funciones de autorización, inspección y vigilancia de las entidades de gestión colectiva, como ya fue comentado, y que ya ha permitido la toma de decisiones en cuanto a la cancelación de permisos de funcionamiento o a la suspensión de actividades, aplicadas a asociaciones que carecían de toda representatividad o habían incurrido en graves irregularidades de carácter administrativo.

2. Ejercer, de oficio o a petición de parte, la vigilancia e inspección sobre las actividades que puedan dar lugar al ejercicio de los derechos autorales

o conexos, en los términos establecidos por cada legislación nacional, atribución que constituye la *compensación* a la labor de fiscalización sobre las organizaciones de gestión colectiva.

3. Aplicar las sanciones administrativas contempladas en la misma Decisión y aquellas que prevean las respectivas leyes nacionales, que no se limitan a las que puedan imponerse a las entidades de gestión, sino también a los infractores de los derechos sobre las obras, interpretaciones, producciones o emisiones protegidas.

4. Intervenir por vía de conciliación o arbitraje en los conflictos que se presenten con motivo del goce o el ejercicio de los derechos, de acuerdo a lo que dispongan las leyes nacionales, atribución de gran trascendencia, no solamente por lo demorados y costosos que resultan los procesos judiciales en los países miembros, sino también por la posibilidad de resolver las controversias, en breve plazo, ante un órgano especializado en la materia.

5. Desarrollar programas de difusión, capacitación y formación en la especialidad, aspecto que, en los países donde ya existen, ha sido cubierto con resultados muy positivos, dada la desinformación generalmente existente sobre la materia -incluso a nivel de las autoridades judiciales y policiales-, y la ausencia de cátedras sobre derecho de autor en muchas de nuestras universidades.

6. Las demás que determinen las respectivas legislaciones nacionales, atribución diferida que ha permitido a ciertas normativas internas conferirle a dicha autoridad competente, por ejemplo, la facultad de ordenar y practicar, en el ámbito administrativo, medidas cautelares de secuestro sobre reproducciones no autorizadas, o de prohibir actos de comunicación pública donde se utilicen obras, interpretaciones, producciones o emisiones sin el cumplimiento de los requisitos legales atinentes a la autorización previa o, en su caso, al pago de la remuneración correspondiente.

Por último, como elemento innovador en nuestras legislaciones autorales, se establece que ninguna autoridad, ni persona natural o jurídica, puede autorizar el uso de una obra, interpretación, producción o emisión, o prestar su apoyo a su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa del titular del respectivo derecho, y en caso de incumplimiento a esa

obligación, la autoridad o persona que lo haya autorizado o prestado su apoyo para la explotación, es solidariamente responsable (artículo 54), principio que ha resultado de suma utilidad práctica ante algunas autoridades que se habían caracterizado por su indiferencia ante las violaciones al derecho.

N. Los aspectos procesales.-

El Capítulo XII de la Decisión parte del principio por el cual las autoridades nacionales (judiciales o administrativas, según corresponda), deben observar el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad, así como el derecho de las partes a conocer de las actuaciones procesales, salvo disposición legal en contrario (artículo 55).

La Decisión contempla algunas medidas cautelares que puede ordenar la autoridad nacional competente -sea administrativa o judicial, de acuerdo a cada ordenamiento nacional-, como el cese inmediato de la actividad ilícita, el secuestro de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos y de los aparatos utilizados para la comisión del ilícito (artículo 56).

La enumeración de las medidas preventivas contempladas en la Decisión no es taxativa, de manera que las leyes nacionales pueden contemplar otras adicionales que se consideren pertinentes a los efectos de asegurar el resultado de los procesos o la cancelación de las remuneraciones correspondientes, evitar que se continúe la infracción o sacar de circulación todo cuanto constituya violación de los derechos.

En cuanto a las decisiones con carácter definitivo, y dejando a salvo otras que contemple cada legislación nacional, el instrumento recoge las de condena por indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el agraviado, el retiro definitivo de los ejemplares que constituyen infracción del derecho y el pago de las costas procesales (artículo 57, literales a, b y c).

Por lo que se refiere a las sanciones penales, éstas deben ser equivalentes a aquellas que se aplican en los distintos países a delitos de similar magnitud (artículo 57, literal d).

En ese sentido es de observar que dada la diversidad de sistemas penales, se optó por establecer, simplemente, un punto referencial para los

legisladores nacionales, de manera que las penas aplicables a las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos, no deberían ser inferiores, por lo menos, a las que se aplican a los ilícitos contra la propiedad de bienes materiales, por ejemplo, el hurto, la apropiación indebida, la estafa o el fraude, y sin perjuicio de que se puedan contemplar agravaciones punitivas en caso de violación de los derechos de orden moral.

Ñ. Disposiciones complementarias y transitorias.-

Los dispositivos contenidos en los Capítulos XIV y XV de la Decisión, se encargan de aclarar, por ejemplo, que los programas de ordenador, como obras expresadas por escrito, y las bases de datos, por su carácter de compilaciones, están protegidos aun cuando hayan sido creados con anterioridad a la Decisión (artículo 58); o que los períodos inferiores, de acuerdo a las leyes internas, que estuviesen corriendo a la fecha de entrada de la Decisión, quedan automáticamente prorrogados, al menos, hasta el vencimiento del plazo mínimo previsto en la Decisión, o hasta el mayor contemplado en la legislación nacional aplicable, de ser ese el caso (artículo 59).

Otro aspecto contenido en las disposiciones complementarias está destinado a remediar la injusticia que se presentaba con aquellas obras que, por no haber sido registradas de acuerdo a la formalidad prevista en una legislación recientemente derogada (Bolivia), habían pasado al dominio público, de manera que conforme al artículo 60 de la Decisión, tales obras gozan automáticamente de la protección contenida en el instrumento comunitario, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la entrada en vigencia de la Decisión, siempre que se trate de utilidades realizadas o en curso para la citada fecha (artículo 61), de manera que el uso de esas obras a partir de la publicación del instrumento, queda sometido al régimen aplicable a las demás creaciones, por haber regresado al dominio privado.

De otro lado, la Decisión compromete a los Países Miembros del Acuerdo, con miras a la consolidación de un sistema de administración comunitaria, a garantizar la mejor aplicación de sus disposiciones, y a propender la autonomía y modernización de las oficinas nacionales competentes, así como de los servicios y sistemas de información (artículo 61).

La Disposición Transitoria Unica ya fue comentada al analizar las disposiciones relativas a las entidades de gestión colectiva.

La Decisión 351 entró en vigencia en la fecha de su publicación en la Gaceta del Acuerdo de Cartagena, es decir, el 21 de diciembre de 1993.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

La Decisión Andina 351 constituye el primer ensayo de normativa comunitaria sobre derecho de autor y derechos conexos en el seno del Acuerdo de Cartagena, y constituye, quizá, uno de los pocos casos en que una reglamentación en esa materia es aplicable directamente a los países miembros de un proceso de integración, sin necesidad de ratificación, desarrollo o implementación por parte de las autoridades nacionales.

Tal vez por esa característica y tomando en cuenta el proceso de modernización que actualmente se vive en esta disciplina, la Decisión pueda tildarse de tímida, pero en todo caso constituye una experiencia donde ya comienzan a darse los primeros frutos, no solamente porque se ha avanzado en la protección respecto de aquellos países que contaban con leyes nacionales desactualizadas, sino también porque ya aparecen las primeras decisiones administrativas y judiciales donde las autoridades de cada país acuden a la norma comunitaria para resolver los conflictos sometidos a su consideración, y ya son comunes, en algunos países, los casos en que las partes en conflicto acuden a la autoridad nacional competente en materia de derecho de autor y derechos conexos, por la vía de la conciliación o el arbitraje.

Por lo demás, ha sido uno de los documentos que se han tomado en cuenta al estudiar la posibilidad de un instrumento comunitario sobre derecho de autor y derechos conexos, en el seno del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Sin embargo, desde su inicio, la Decisión fue concebida como un experimento inicial, de modo que es muy posible, en un relativo corto plazo, una modificación de su contenido, sustituyendo varias de las remisiones que se hacen a las leyes internas por disposiciones más operativas, y recogiendo los avances más importantes que se producen en esta materia, especialmente en el seno de la Unión Europea y en el texto que eventualmente se apruebe como Protocolo al Convenio de Berna y en el nuevo instrumento para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

Doctrina Administrativa

Decisiones de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios (y de su Secretaría Técnica): noviembre de 1995 - abril de 1996¹

Selección, recopilación y notas
por Noemí FISCHBACH²

SUMARIO

- I.- ASPECTOS ADJETIVOS
 - A. Marco legal general
 - B. Declaratoria de confidencialidad
 - a. Participación en el mercado
 - b. Volumen y participación en el mercado de la competencia
 - c. Volumen de producción y ventas
 - d. Costos unitarios por productos
 - e. Ventas
 - f. Estados financieros auditados
 - g. Informe técnico final
 - C. Formas de terminación del procedimiento
 - Desistimiento
 - D. Reapertura de investigaciones
 - a. Revisión de recaudos
 - b. Apertura de la investigación

- II.- ASPECTOS SUSTANTIVOS
 - A. Dumping
 - a. Dumping
 - b. Margen de dumping. Margen de *minimis*
 - c. Ajustes
 - B. Perjuicio
 - a. Perjuicio
 - b. Producción nacional

1 Comprende decisiones dictadas por la Comisión Antidumping y sobre Subsidios (CASS) y su Secretaría Técnica (ST). Los extractos presentados son copia textual de los actos administrativos emanados de la autoridad competente, mientras que las notas y comentarios son responsabilidad única de la autora.

2 La autora es Abogado, UCV y analista investigadora de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios.

I.- ASPECTOS ADJETIVOS

A. Marco Legal General

CASS

28/03/96

Caso: Cuerpos moledores de Acero de Perú

En la oportunidad de pronunciarse en torno a la imposición de derechos antidumping definitivos en el caso de las importaciones de bolas de acero originarias y procedentes de Perú, la CASS ratificó su competencia para el conocimiento del caso, basándose en la existencia de un Acuerdo Comercial entre Perú y Venezuela, en cuyo contenido se trata específicamente los casos de investigaciones sobre prácticas desleales. Esta excepción es posible, en virtud de lo previsto en el artículo 4 de la Decisión 353 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

...Como quiera que la presente investigación trata sobre importaciones procedentes de Perú, país que forma parte del Acuerdo de Cartagena y toda vez que la competencia de esta Comisión podría, en principio, estar limitada sólo a los procedimientos sobre dumping que no correspondan a la Junta del Acuerdo de Cartagena, la Comisión a través de la Decisión N° 002/95 de fecha 15/02/95, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.864 Extraordinario, de fecha 09/03/95, se refirió a su propia competencia. En este sentido, se destaca que los hechos y razones aludidos en dicha decisión, aún persisten. De allí que, esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios, ratifica su competencia para decidir en la presente investigación.

B. Declaratoria de Confidencialidad

a. Participación en el mercado

ST

27/11/95

Caso: Tubos de Argentina y México

En cuanto a la información referente a la participación de mercado en toneladas y en bolívares de las empresas solicitantes, la ST se pronunció concediendo el carácter confidencial.

...En cuanto al primer argumento, referente a la estimación de la participación en el mercado en toneladas y en bolívares, [se observa] que si esta

información es conocida por los competidores, les permitiría en primer término, evaluar la evolución de las ventas en el mercado y la evolución de la participación relativa en estos mercados, y en segundo término, les permitiría estimar los precios de venta de los productos, lo que traería como consecuencia que los diferentes competidores podrían efectuar proyecciones y estructuras de mercado, lo cual se traduciría en una ventaja sensible para los competidores y por ende, podría causar efectos desfavorables a las empresas solicitantes.

b. Volumen y participación en el mercado de la competencia

ST

27/11/95

Caso: Tubos de Argentina y México

La ST se pronunció en relación a información sobre volumen y participación en el mercado de la competencia, negando su carácter confidencial.

...En relación a la información en torno a la estimación del volumen y participación en el mercado de la competencia, se estima que, dicha información no revela datos fundamentales o secretos de las empresas solicitantes, y que la publicación y divulgación de la misma, en ningún caso, concede ventajas a los competidores ni causa efectos desfavorables a terceros, toda vez que, es información basada en meras estimaciones y no en cifras reales, y en ningún momento, el solicitante revela la fuente por medio de la cual obtuvo la referida información.

c. Volumen de producción y ventas

ST

27/11/95

Caso: Tubos de Argentina y México

En cuanto a la información referida al volumen de producción y ventas de las empresas solicitantes, la ST se pronunció concediendo su carácter confidencial.

...En relación a la información suministrada de los volúmenes de producción y ventas, se considera que, revelar esta información podría causar

efectos desfavorables a las empresas y conceder ventajas significativas a los competidores, ya que de esta información, se podría obtener un aproximado de la oferta nacional, y en consecuencia, partiendo del consumo aparente, se podría conseguir un estimado de la brecha que pudiera ser cubierta por la competencia.

d. Costos unitarios por productos

ST

27/11/95

Caso: Tubos de Argentina y México

En relación a la información sobre los costos unitarios por productos, la ST se pronunció concediendo el carácter confidencial.

...En cuanto a la información referente a los costos unitarios por productos, se estima que, esta información es de carácter fundamental para las empresas, por lo que publicar y difundir dicha información, podría causar efectos desfavorables a las empresas y podría otorgar ventajas sensibles a sus distintos competidores, ya que aquellos podrían acceder a las estructuras de costos, permitiéndoles readaptarlas. Igualmente, los competidores podrían descubrir las debilidades y fortalezas en los productos vendidos, y en consecuencia, lesionar los intereses comerciales de las referidas empresas.

e. Ventas

ST

27/11/95

Caso: Tubos de Argentina y México

La ST se pronunció en cuanto a la información sobre el detalle de las ventas por clientes y por facturas proporcionadas por una de las partes, concediendo su carácter confidencial.

...En lo que respecta a la información relativa al detalle de las ventas por clientes y por facturas proporcionada por el solicitante, se observa que, evidentemente, hacer pública esta información, podría causarle a las empresas solicitantes de la confidencialidad, efectos desfavorables en sus transacciones mercantiles, y concedería ventajas sensibles a la competencia, toda vez que, les permitiría precisar aspectos comerciales fundamentales de las

empresas, entre otros: la lista de clientes, la política de precios por tipo de producto y los precios de venta, las condiciones de financiación.

En relación a la información presentada por las empresas denunciadas sobre las ventas, la ST se pronunció concediendo su carácter confidencial.

En relación a la información presentada en torno a las ventas, se observa que, ciertamente, la divulgación y publicación de dicha información, podría permitir a la competencia en primer término, evaluar la evolución de las ventas en los principales mercados, la evolución de la participación relativa en dichos mercados, y en segundo término, les permitiría conocer la participación de mercado y los segmentos de mercados de mayor interés para las empresas solicitantes, en consecuencia, los diferentes competidores podrían efectuar proyecciones y estructuras de mercado, lo cual se traduciría en una ventaja sensible para los competidores.

f. Estados financieros auditados

ST

27/11/95

Caso: Tubos de Argentina y México

La ST se pronunció en cuanto a la información general contenida en los estados financieros auditados, negando su carácter confidencial, mientras que, en relación a la información contenida en los comentarios y las notas incluidas en dichos estados financieros auditados, se pronunció concediendo su carácter confidencial.

...En cuanto a la información contenida en los estados financieros auditados, se observa que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 329 del Código de Comercio, los elementos que comprenden el estado financiero de una empresa, esto es, los balances, los estados de ganancias y pérdidas y el informe del comisario, deben ser presentados ante el Juez de Comercio o el Registrador Mercantil, quien en su oportunidad ordenará que sean agregados al expediente respectivo, en consecuencia, los instrumentos que conforman un estado financiero están al acceso del público y por lo tanto, no es información secreta o que amerite el tratamiento confidencial. Sin embargo, los comentarios y notas expuestos en los estados financieros auditados, es información que no debe ser presentada ante el Juez de Comercio o el Regis-

trador Mercantil, es decir, no es objeto de registro y por ende podría estar sujeta al tratamiento confidencial. En tal sentido, se considera que la información contenida en los comentarios y notas de los estados financieros auditados, presentada por el solicitante, es de carácter fundamental y secreta, por lo que la publicación o divulgación de la misma, podría causar un efecto desfavorable a la empresa que la suministra, así como conceder ventajas significativas a sus competidores.

g. Informe técnico final

ST

26/02/96

Caso: Cuerpos Moledores de Acero de Perú

La ST, de oficio, declaró confidencial cierta información del informe técnico final.

Vista la culminación de la investigación destinada a la determinación de la existencia del dumping y de perjuicio a la producción nacional de bienes similares, así como de la relación causal, en el caso de las importaciones de Bolas para Molinos de Hierro o Acero... y toda vez que se ha ordenado anexar el informe definitivo elaborado por la Secretaría Técnica respecto a la investigación antes indicada, esta Secretaría Técnica de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios, ACUERDA: declarar confidencial la información contenida en los cuadros del informe técnico definitivo indicado, referentes al volumen de las ventas domésticas versus el volumen de las exportaciones de la empresa Adesur; al valor total y toneladas métricas totales de las ventas del bien denunciado en Perú hechas por la empresa Adesur durante el período investigado y los cuadros donde aparezca el detalle de las ventas de exportación del bien denunciado a Venezuela durante el período investigado, por cuanto la divulgación de dicha información podría significar una ventaja sensible para los competidores de las partes involucradas en el presente procedimiento o podría tener un efecto desfavorable para las mismas o un tercero...

C. Formas de terminación del procedimiento

Desistimiento

CASS

12/12/95

Caso: Tubos de Argentina y México

No obstante el desistimiento de la empresa solicitante, la CASS decidió continuar la investigación, y al momento de dictar la decisión definitiva, consideró que las demandas desarrolladas por el solicitante al inicio de la investigación, debían desecharse.

II.

Punto Previo

Antes de entrar a analizar los particulares de la presente decisión, resulta necesario considerar el carácter de las demandas solicitadas por el GRUPO BPCA en el escrito de solicitud de apertura de la investigación, toda vez que, esta empresa desistió del presente procedimiento, tal como se señaló anteriormente.

En tal sentido se observa que, si bien el GRUPO BPCA como productor nacional solicitante de la investigación contra las importaciones supestandamente objeto de dumping, desistió del procedimiento, esta Comisión determinó que existían suficientes razones para continuar con la investigación, en razón de que debía salvaguardar el interés público evidenciado en otros productores nacionales del bien similar que, a pesar de no haber participado inicialmente en la investigación, habían manifestado expresamente su interés en intervenir en la misma y en que se continuara la investigación a fin de verificar la existencia de la práctica desleal denunciada y del perjuicio a la producción nacional. De allí que, fuese necesario continuar la investigación por razones de orden público, a pesar del desistimiento presentado.

Como consecuencia de lo anterior, esta Comisión considera, en primer término que, existen razones de orden público que justifiquen la presente investigación, como es el hecho de salvaguardar los intereses del resto de los productores nacionales no solicitantes, y en segundo término, visto el desistimiento de la empresa BPCA, los pedimentos realizados por dicha empresa en la oportunidad de solicitar el inicio de la investigación, se tienen por desechos.

D. Reapertura de investigaciones

a. Revisión de recaudos

ST

22/01/96

Caso: Quesos de la Comunidad Europea

En ocasión de una solicitud de reapertura del procedimiento por cambio de circunstancias en el caso de los quesos de la Comunidad Europea, y luego de haber verificado los recaudos exigidos para tal fin, la ST, por primera vez, tiene la oportunidad de admitir una solicitud para reabrir un procedimiento ya concluido.

Vista la solicitud de fecha 22 de noviembre de 1995, interpuesta por el Señor Embajador Carlos Gil, ..., en su carácter de Jefe de la Delegación de la Comisión Europea en Venezuela, según consta en el carnet diplomático antes indicado, ... , en virtud de la cual solicitó la reapertura de una investigación sobre subsidios, debido a un cambio de circunstancias sobre las importaciones de quesos pasta azul, pasta semidura y pasta dura tipo Gruyere, originarios y procedentes de varios países de la Unión Europea, identificados bajo los códigos arancelarios Nandina 0406.40.00, 0406.90.20 y 0406.90.30, respectivamente, importaciones éstas, objeto de derechos compensatorios definitivos impuestos a través de la decisión de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios N° 005/94, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.725 Extraordinario de fecha 23/05/94, y una vez analizada la documentación presentada por los solicitantes, esta Secretaría Técnica de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios observa que la referida solicitud cumple con los extremos exigidos en el artículo 55 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, en concordancia con el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 y 41 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional en concordancia con el artículo 55 ejusdem y visto el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley anteriormente indicada a los efectos de solicitar la reapertura de una investigación por cambio de circunstancias, esta Secretaría Técnica de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios, ACUERDA:

1- Admitir la solicitud interpuesta.

2- Remitir la referida solicitud conjuntamente con el expediente N° 003/93, a través del cual se sustanció el procedimiento que dio lugar a la imposición de derechos compensatorios definitivos a las referidas impor-

taciones, a la Comisión Antidumping y sobre Subsidios, a fin de que ésta decida sobre la reapertura de la investigación ...

b. Apertura de la investigación

CASS

5/02/96

Caso: Quesos de la Comunidad Europea

Por primera vez, la CASS decide reabrir una investigación por cambio de circunstancias, en el caso de los quesos de la Comunidad Europea.

En uso de las facultades atribuidas por el numeral 6° del artículo 33 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, en concordancia con los artículos 42 y 55 *ejusdem*, esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios, pasa a pronunciarse sobre la reapertura de la investigación por subsidios, relativa a las importaciones de quesos pasta azul, pasta semidura y pasta dura tipo Gruyere ...

A fin de demostrar la existencia de un cambio de circunstancias que justifique la reapertura del procedimiento, el solicitante consignó copia del Reglamento (CE) N° 2893/95 de la Comisión de fecha 14 de diciembre de 1995, por medio del cual se modifican los montos de las restituciones a las exportaciones de productos lácteos, que se habían fijado mediante Reglamento N° 2897/93 de la Comisión del 28 de octubre de 1993, el cual sirvió de base a esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios, para determinar el monto de los subsidios otorgados por la Unión Europea a sus exportaciones de quesos, durante el transcurso de la mencionada investigación.

En este sentido, una vez analizada la documentación presentada por el representante de la delegación de la Unión Europea en Venezuela, referentes a las restituciones a las exportaciones de productos lácteos provenientes de la Unión Europea, esta Comisión considera que existen pruebas que deriven en una presunción de un cambio de circunstancias.

IV.

Decisión

Vistas las consideraciones anteriormente expuestas y habiéndose cumplido con los requisitos establecidos en los artículos 55 de la Ley So-

bre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, 21.2 del Código sobre Subvenciones y 49 de la LOPA, esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios, de conformidad con lo establecido en el numeral 6° del artículo 33 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, en concordancia con los artículos 42 y 55 *ejusdem*, DECIDE Acordar la reapertura de la investigación por subsidios, relativa a las importaciones de quesos pasta azul, pasta semidura y pasta dura tipo Gruyere, identificados bajo el código arancelario NANDINA 0406.40.00, 0406.90.20 y 0406.90.30, respectivamente, originarios de Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos (Holanda), Portugal y Reino Unido, países que forman parte de la Unión Europea, antes Comunidad Económica Europea (CEE).

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS

A. Dumping

a. Dumping

CASS

28/3/96

Caso: Cuerpos Moledores de Perú

Cuando la CASS haya determinado que el margen de dumping es de minimis, se considera que el dumping es inexistente, razón por la cual resulta innecesario determinar la existencia de perjuicio.

...En el presente caso, visto que el margen de dumping es de minimis lo cual trae como consecuencia la inexistencia de la práctica desleal denunciada y la inmediata conclusión de la investigación sin la imposición de derechos definitivos respectivos, resulta innecesario pasar a determinar la existencia del perjuicio a la producción nacional, así como la relación causal entre la práctica desleal del dumping y el perjuicio.

b. Margen de dumping. Margen de minimis

CASS

28/3/96

Caso: Cuerpos Moledores de Perú

La CASS, al decidir en torno a la existencia de dumping, en el acto administrativo definitivo, aplicó el criterio del llamado margen de minimis regulado en los acuerdos de la OMC, desechando el margen inferior al dos por ciento.

...[E]s importante destacar lo establecido en el artículo 5.8 del Acuerdo Antidumping de la OMC, el cual dispone : "...Cuando la Autoridad determine que el margen de dumping es *de minimis*, o que el volumen de las importaciones reales o potenciales objeto de dumping o el daño son insignificantes, se pondrá inmediatamente fin a la investigación. Se considerará *de minimis* el margen de dumping cuando sea inferior al 2 por ciento, expresado como porcentaje del precio de exportación..."

De lo anteriormente expuesto se observa que, desde el mismo momento en que la autoridad competente (en este caso la Comisión) evidencie que el margen de dumping no es representativo o es *de minimis*, es decir, dicho margen es inferior al 2%, expresado como porcentaje del precio de exportación, dicha autoridad deberá poner fin, de manera inmediata, a la investigación. Asimismo, se puede afirmar que al no determinarse la existencia de un margen de dumping superior al margen de minimis (2%), se debe considerar como inexistente, el margen de dumping. Adicionalmente, dado el supuesto de que el margen de dumping sea menor al 2%, expresado como porcentaje del precio de exportación, la autoridad competente, debe poner fin a la investigación de inmediato, evidentemente sin la imposición de derechos definitivos. Igualmente, lo anterior evidencia el carácter imperativo y expedito que establece el artículo en comento, al señalar que una vez evidenciado el margen *de minimis* se "pondrá fin a la investigación".

En el presente caso, se determinó que el margen de dumping de las Bolas de Hierro o Acero para Molinos objeto de la investigación, durante el período investigado, fue de Uno Coma Once Por Ciento (1,11%), expresado como porcentaje del precio de exportación. En tal sentido, se observa que el margen de dumping determinado en el presente caso, es inferior al margen de minimis establecido en el artículo 5.8 del Acuerdo Antidumping. En consecuencia, esta Comisión considera que en el presente caso no existe un margen mayor al de minimis, en razón de lo cual considera que no se determinó la existencia del margen de dumping y así se declara.

c. Ajustes

CASS

28/3/96

Caso: Cuerpos Moledores de Perú

Cuando la materia prima de los productos sujetos a una investigación sea beneficiaria de un Régimen de Perfecciona-

miento Activo o de un Régimen de Reposición en Franquicia, es necesario efectuar los ajustes correspondientes para la determinación del margen de dumping.

...Conforme a lo señalado en el artículo 7 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, para comparar el valor normal y el precio de exportación a un mismo nivel, se deberá previamente, realizar los ajustes establecidos en la Ley y el Reglamento que rige la materia. En el presente caso, la Secretaría Técnica durante el proceso de obtención y verificación de información llevado a cabo en la sede de la empresa Adesur en Arequipa Perú, evidenció la existencia, por una parte, de un Régimen de Perfeccionamiento Activo, a través del cual se admite temporalmente el ingreso de determinada materia prima bajo la suspensión de los derechos de importación, a condición de que se le agregue valor a la materia prima y se exporte el producto final resultante del proceso transformador, y por la otra, un Régimen de Reposición de Franquicia, a través del cual, una vez que se han cancelado los derechos de importación de determinada materia prima, posteriormente se reintegra el monto de dichos derechos de importación, a condición de que se le agregue valor a la materia prima y se exporte el bien resultante del proceso transformador, todo ello mediante la presentación de la Declaración para Exportar y la Orden de Embarque.

...Se determinó que Adesur fue beneficiaria del Régimen de Perfeccionamiento y Reposición en Franquicia respecto de la importación de la materia prima utilizada para fabricar las Bolas de Hierro o Acero para Molinos exportadas a Venezuela durante el período de investigación...

Visto lo anterior y una vez analizada la documentación en referencia, la Secretaría Técnica procedió a realizar los ajustes al valor normal por diferencias en los gravámenes, tal como lo establece el artículo 28 del Reglamento de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional...

B. Perjuicio

a. Perjuicio

CASS

12/12/95

Caso: Tubos de Argentina y México

Cuando la CASS haya determinado la inexistencia de perjuicio a la producción nacional de bienes similares, resulta innecesario determinar la existencia del dumping y de su margen.

...Toda vez que no se cumplió con uno de los presupuestos fundamentales para la imposición de derechos antidumping provisionales o definitivos, como lo es la existencia de perjuicio a la producción nacional de bienes similares, el cual está previsto en el artículo 15 de la Ley Antidumping y desarrollado en los artículos 50 del Reglamento de la Ley, en concordancia con los artículos 3.1, 3.2 y 3.4 del Acuerdo Antidumping, esta Comisión considera que, resulta innecesario, analizar la existencia [del] dumping y por ende, calcular el margen de dumping.

CASS

12/12/95

Caso: Tubos de Argentina y México

En ocasión de verificar el cumplimiento de las condiciones necesarias para la existencia preliminar de perjuicio y pronunciarse en torno a ella, la CASS advirtió que es necesario tomar en cuenta tanto lo previsto en la legislación nacional como en los acuerdos de la OMC.

...En otro orden de ideas, los artículos 12 de la Ley Antidumping y 50 del Reglamento de la Ley, desarrollan los principios y condiciones necesarios para la determinación preliminar de la existencia de perjuicio a la producción nacional de bienes similares. Ahora bien, el artículo 50 del Reglamento de la Ley establece, que deben concurrir por lo menos dos de las tres condiciones exigidas. Sin embargo, el referido artículo debe entenderse modificado por los artículos 3.2 y 3.4 del Acuerdo Antidumping, ya que el mismo establece que ninguno de los factores, para la determinación del perjuicio, ya sea aisladamente o varios de ellos juntos, bastarán para obtener una orientación definitiva.

En consecuencia, para la determinación de perjuicio, la Comisión deberá analizar conjuntamente los factores o condiciones establecidas, tanto en la legislación venezolana, como en el Acuerdo Antidumping, así como, debe tomar en consideración lo señalado en el párrafo anterior.

La CASS en este caso particular, consideró innecesario efectuar investigaciones y verificaciones posteriores para determinar la existencia de perjuicio.

...En conclusión, esta Comisión observa que, no existen pruebas suficientes que demuestren la existencia positiva de perjuicio a la producción nacional de bienes similares. Asimismo, considera que, en lo que se refiere al daño no son necesarias investigaciones posteriores y verificaciones *in situ*, para adoptar una determinación definitiva, toda vez que, tal como consta de autos, toda la información suministrada es suficiente y adecuada para arribar a conclusiones definitivas y a tal efecto ha sido suficientemente analizada.

b. Producción nacional

CASS

12/12/95

Caso: Tubos de Argentina y México

A pesar de haber excluido las pretensiones de la empresa solicitante debido al desistimiento presentado, La CASS, al momento de determinar en forma preliminar la existencia de perjuicio, tomó en cuenta la referida empresa para determinar la existencia de una parte importante de la producción nacional.

Tal como se indicó anteriormente, los requerimientos del GRUPO BPCA en la solicitud de apertura de la investigación no serán apreciados por la Comisión, sin embargo, este órgano administrativo, para analizar la existencia de perjuicio, debe definir la conformación de la totalidad de la producción nacional, esto es, debe identificar todas las empresas que producen los bienes objeto de la presente investigación, así como, la participación de cada empresa en la producción.

En tal sentido se observa que, en el presente caso, la producción nacional de bienes similares está conformada por las siguientes empresas: la sociedad mercantil GRUPO BPCA, quien representa un cincuenta y nueve por ciento (59%) de la producción nacional total de bienes similares. Posteriormente, tal como consta del expediente administrativo, la empresa CONDUSID, C.A., productora nacional del bien supuestamente objeto de dumping, solicitó su tratamiento como parte interesada en la investigación en curso, quien representa el veinte y seis por ciento (26%) del total de la producción nacional de bienes similares. Asimismo, SIDOR, quien representa un quince por ciento (15%) del total de la producción nacional de los referidos bienes, se hizo parte en la presente investigación.

En conclusión, esta Comisión considera que, la producción nacional de bienes similares, representan una parte importante de la producción nacional de bienes similares, toda vez que, las empresas identificadas conforman más del treinta por ciento (30%) de la producción nacional, exigido en el artículo 47 del Reglamento de la Ley.

Doctrina Administrativa

Decisiones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia Septiembre 1995-Mayo 1996

Selección, recopilación y notas
por Faustino FLAMARIQUE R¹.

SUMARIO

I.- ASPECTOS ADJETIVOS

A.- Plazos. Prórrogas

B.- Prescripción

C.- Confidencialidad

D.-Suspensión de efectos de las decisiones dictadas por la Superintendencia

II.- ASPECTOS SUSTANTIVOS

A.- Concentraciones Económicas

Marco General

Obligaciones de no competir

B.- Régimen de Autorizaciones

I.- ASPECTOS ADJETIVOS

A.- Plazos. Prórrogas

Res. SPPLC/15-96

27/5/96

Caso Cativen II

El lapso probatorio en el procedimiento sancionador previsto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia se abre ope legis, una vez que han sido notificados todos los presuntos infractores.

¹ El autor es Abogado, profesor del Post Grado de Derecho Económico de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Miembro del Escritorio d'Empaire Reyna Bermúdez & Asociados.

El procedimiento que establece el artículo 36 de la Ley expresa que una vez notificados los presuntos infractores comienza el cómputo de quince (15) días que se le otorgan a las partes para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones, es decir, el lapso probatorio está abierto, sin necesidad de que la Sala de Substanciación deba pronunciarse por auto aparte sobre la apertura de un lapso probatorio para que las partes puedan realizar lo ordenado por el artículo at supra. Asimismo, una vez vencido dicho lapso legal, si la Sala de Sustanciación lo estima necesario, por que el caso lo amerite necesario, podrá prorrogarse el mismo por otros quince (15) días más.

B.- Prescripción

Res. SPPLC/15-96
Caso Cativen II

27/5/96

En el procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la notificación de los presuntos infractores interrumpe la prescripción del artículo 33.

El presente procedimiento administrativo fue iniciado en fecha 21 de febrero de 1996 y fue notificado a las partes el día 23 del mismo mes y año, cuando aún no ha transcurrido el lapso que señala la Ley para declarar la prescripción de las infracciones. Esto es pacíficamente aceptado en nuestro ordenamiento, en el que la citación de la parte demandada interrumpe la prescripción, según lo expone el profesor Eloy Maduro Luyando, en su obra "Curso de Obligaciones", Derecho Civil III. Asimismo, en el ámbito del Derecho de la Competencia, la doctrina española (Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia en la CE de Lluís Cases Pallares) señala que "la prescripción se interrumpe por cualquier acto del tribunal o del servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendiente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción". Así, la iniciación con el conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador interrumpe la prescripción, es decir, en el caso que nos ocupa se interrumpió la prescripción al abrir el procedimiento sancionador con notificación de las partes, es decir, el día 23 de febrero de 1996.

Por las razones anteriormente dadas, la presunta práctica restrictiva no está prescrita como fue alegada, **Y ASÍ SE DECLARA.**

C.- Confidencialidad

Res. SPPLC/15-96
Caso Cativen II

27/5/96

Los expedientes administrativos en los que se sustancian los procedimientos previstos en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia están reservados a los administrados que participan en el mismo. Dado el mandato de confidencialidad del artículo 31 de la Ley, se hace innecesaria una declaración expresa en tal sentido

El párrafo segundo del artículo 31 de la Ley señala: "Los datos e informaciones suministrados, tendrán carácter confidencial, salvo si la Ley establece su registro o publicidad". El carácter confidencial al que hace referencia el mencionado párrafo, es para aquellas informaciones requeridas por esta Superintendencia a todas aquellas personas y empresas que realicen actividades económicas en el país, quienes tienen el deber de suministrar la información y documentación que se les solicite. El presente procedimiento y por ende su respectivo expediente está abierto para los administrados, para que los mismos conozcan del procedimiento una vez sean notificados. La Superintendencia mantiene el máximo cuidado y vigilancia sobre el expediente, que está de reserva a las partes, siempre y cuando hayan consignado los respectivos poderes o autorizaciones. Además por disposición del artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo, aplicable por mandato del artículo 41 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, los expedientes administrativos sólo pueden ser revisados por los interesados y sus representantes, por lo que la confidencialidad está más que resguardada. Por esta razón resulta improcedente una declaración expresa de confidencialidad.

D.- Suspensión de efectos de las decisiones dictadas por la Superintendencia

Res. SPPLC/15-96
Caso Cativen II

27/5/96

Para suspender los efectos de sus Resoluciones, la Superintendencia ha impuesto indistintamente la presentación de cauciones o fianzas,

en cumplimiento del artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

A los fines de dar cumplimiento a lo exigido en el Parágrafo Segundo del artículo 38 *eiusdem*, se establece el monto de la caución o fianza que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si recurriesen la presente decisión, en la suma de dos millones de bolívares (Bs. 2.000.000,00).

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS

A.- Concentraciones Económicas
Marco General

Res. SPPLC/15-96
Caso Cativen II

27/5/96

Las operaciones de concentración económica pueden ser evaluadas por la Superintendencia antes de su realización, si las partes así lo solicitan. En estos casos el procedimiento aplicable es el ordinario de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En los casos de operaciones ya celebradas, su investigación se sustancia a través del procedimiento sancionador, y el Superintendente debe presumir la comisión de una práctica restrictiva de la competencia.

El procedimiento idóneo para la evaluación de las concentraciones económicas puede ser de dos formas, dependiendo si el negocio ya se ha concretado o si está en vías de concluir. Para cada caso, el camino es distinto.

a) El artículo 42 de la Ley, establece que se aplicará el procedimiento ordinario de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para el otorgamiento de las autorizaciones y demás asuntos que no tengan previsto un procedimiento especial. En la evaluación de las concentraciones económicas que no se han realizado y que están en proceso de negociación, los particulares de conformidad con el Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicado en la Gaceta Oficial N° 35963 del 21 de mayo de 1996, pueden solicitar a la Superintendencia

la evaluación de los posibles efectos restrictivos de una fusión que pretendan celebrar a futuro. Esto se hará de conformidad con el artículo 29, ordinal 3°, de la Ley, que atribuye a la Superintendencia la determinación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. La decisión se tomará en un acto administrativo de efectos particulares, declarativo de una situación jurídica prevista en la Ley.

b) Distinto es el caso si la concentración ya se ha realizado, porque será a través del procedimiento sancionador establecido en los artículos 32 y siguientes de la Ley por el que se evaluará. El artículo 32 dispone que el procedimiento se abrirá cuando exista la presunción de la comisión de prácticas prohibidas por la Ley. Entre éstas se ubica el artículo 11, por lo que si una concentración se efectúa y se presume es restrictiva, la Superintendencia tiene la atribución de abrir un procedimiento para determinar sus eventuales efectos anticompetitivos, pues se estaría en presencia, de ser aquéllos restrictivos, de una violación de la Ley.

En el presente caso claro está que se trata de una concentración económica ya efectuada, y por consiguiente el procedimiento adecuado es el establecido en el artículo 32 y siguientes de la Ley, por medio del cual se evaluarán las posibles restricciones a la libre competencia que se generen de la operación de concentración, así como de las cláusulas de no-competencia contenidas en los contratos antes mencionados, **Y ASÍ SE DECLARA.**

Res. SPPLC/42-95
Caso Cepillos

2/10/95

El criterio para definir que se ha producido una operación de concentración económica, es el control que se adquiere sobre otra empresa, con independencia del mecanismo jurídico utilizado en la operación.

De la parte sustantiva de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, específicamente de su artículo 11, se desprende el tratamiento que se le da a la realización de las operaciones de concentración económica. Al respecto, el mencionado artículo establece:

"Se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado"

Como se puede observar, la Ley no define qué se entiende por "concentraciones económicas", sólo hace referencia a que las mismas están prohibidas cuando se produzcan situaciones que atenten contra la libre competencia. No obstante, la Superintendencia en anteriores resoluciones ha señalado que existe una operación de concentración económica cuando una persona o empresa asume el control sobre otra empresa, independientemente del mecanismo jurídico o económico utilizado para la realización de la operación.

Res. SPPLC/42-95
Caso Cepillos

2/10/95

El interés jurídico tutelado por la Ley en el análisis de las concentraciones económicas -así como en el análisis de las demás prácticas y conductas prohibidas- es la libre competencia.

Ahora bien, cuando en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia se establece una prohibición de las operaciones de concentración económica, es con la finalidad de salvaguardar el pleno ejercicio de la libre competencia, que es el bien jurídico tutelado por la Ley, ya que la misma es una garantía para maximizar la eficiencia en la actividad comercial lo cual redundará en beneficio tanto de los productores como de los consumidores.

De este modo, la libre competencia es definida en la Ley de la siguiente manera:

Artículo 3, segundo aparte:

"Se entiende por libre competencia aquella actividad en la cual existan condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y

quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio".

Como se puede observar, la presente definición implica que los diferentes sujetos económicos no tengan el poder suficiente para imponer condiciones en las relaciones de comercialización, tales como el precio.

En este sentido, cuando se realiza una operación de concentración económica, - como lo es en el presente caso - es importante tener en cuenta que ésta sólo está prohibida cuando a partir de ella se "generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado"; es decir, que el poder de mercado que pueda obtener una firma sea de tal magnitud que influya de manera decisiva en las relaciones de intercambio. De allí que a través de la disposición contenida en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia se persiga evitar la configuración de operaciones de concentración económica en los términos indicados en el mismo, ya que la norma tiene un carácter eminentemente preventivo.

Res. SPPLC/42-95
Caso Cepillos

2/10/95

Si bien hay productos que cumplen la misma función, es posible que exista una diferenciación entre ellos que los distinga de tal manera que no puedan ser considerados sustitutos entre sí. En el mercado de cepillos dentales existen varios grupos de productos, que si bien cumplen con el mismo objetivo de higiene bucal, no son sustitutos cercanos entre sí.

En la sección sobre usos y características de los cepillos dentales se concluyó que, a pesar de que todos los cepillos dentales cumplen con el mismo objetivo de cepillado de los dientes como parte de la higiene bucal, los consumidores perciben y buscan diferentes atributos entre los diferentes tipos y marcas de cepillos dentales que en la actualidad participan en el mercado venezolano. Esta situación es bien conocida por las empresas productoras de cepillos dentales, las cuales buscan diferenciar sus productos

con base en una serie de atributos relevantes para los consumidores, como por ejemplo la calidad, diseño, etc. de los mismos. Visto que esta diferenciación es evidente en la industria de cepillos dentales, se considera prudente distinguir entre los diversos tipos de grupo de productos que pueden existir en el mercado.

Un grupo de productos se define como aquel conjunto de marcas de cepillos que poseen un conjunto de cualidades o atributos similares ante la perspectiva del consumidor. En cada grupo, los cepillos responden a un mismo nivel de diferenciación y por lo tanto, cada uno de ellos se considera como un sustituto cercano de otro perteneciente al mismo grupo.

Al asumir que en la industria de cepillos dentales se pueden determinar grupos de cepillos, se supone o se parte del hecho que, a unos precios dados los consumidores están conscientes de cual es el mejor cepillo de acuerdo con un ordenamiento basado en la calidad de los mismos, en cuyo caso se dice que existe una diferenciación vertical en el mercado de cepillos.

En vista de esto, en la industria es posible encontrar empresas cuya estrategia esté centrada en la colocación de cepillos de calidad media para aquellos consumidores para los cuales el precio de venta sea una variable significativa; y, otras empresas o marcas cuyo mercado objetivo sea capturar aquellos consumidores conscientes del atributo calidad, con una mayor disposición a pagar. Esta diferenciación vertical implica que aunque los grupos de productos sean sustitutos cercanos esta sustitución no es perfecta.

En definitiva, a pesar de que todos los cepillos cumplen con el objetivo de cepillado de los dientes como parte de la higiene bucal, los cepillos de los distintos grupos no son sustitutos cercanos entre sí.

De acuerdo a los elementos mencionados arriba, los cepillos dentales pueden separarse en diferentes grupos de cepillos dentales, cada uno de los cuales responde a un grado de diferenciación diferente y, por lo tanto, van dirigidos hacia tipos de consumidores diferentes. En este sentido, en el mercado en cuestión podemos distinguir dos mercados productos, uno de alta tecnología y precios altos, y otros de mediana tecnología y precios moderados, no pudiéndose considerar los cepillos pertenecientes a cada uno de los grupos como competidores efectivos.

Res.SPPLC/42-95
Caso Cepillos

2/10/95

El comportamiento de los precios de dos productos permite determinar si los mismos son sustitutos entre ellos y si se pueden considerar por tanto como productos competidores.

La evolución de los precios de cada grupo de productos nos permitiría conocer si realmente estos grupos son sustitutos entre sí. Si dos productos son sustitutos efectivos cabe esperar que de no producirse variaciones en la calidad y en otros atributos sus fluctuaciones en el tiempo sean paralelas. Esto se debe que al ocurrir un incremento importante en el precio promedio de un grupo de cepillos cabría esperar un desplazamiento en la demanda del grupo de cepillos más cercano, con lo cual los grupos tendrían la misma tendencia de precios.

Res. SPPLC/42-95
Caso Cepillos

2/10/95

Una operación de concentración económica entre empresas que no están en el mismo mercado relevante se denomina fusión de conglomerado.

En el presente caso se ha determinado que las empresas objeto de la operación de concentración participan en mercados relevantes diferentes: los cepillos Oral B participan en el grupo de productos de alta tecnología, y los cepillos Pro en el grupo de mediana tecnología. Como se trata de participantes en mercados relevantes diferentes, se concluye que ORAL B PRODUCTOS, S.A. y LABORATORIOS SUBSTANTIA, C.A. no son competidores efectivos.

En consecuencia, se trata de lo que se ha denominado una fusión de conglomerado, es decir, la absorción de una empresa por parte de otra, cuando cada una de ellas participa en distintos mercados relevantes. En esos casos, no se ve amenazada la competencia efectiva, y por lo tanto no se requiere de un análisis de estructura de mercado y de barreras a la entrada para determinar si se producirían efectos restrictivos en el mercado como consecuencia de la misma.

Considerando los elementos antes analizados, la operación de concentración económica pactada entre las empresas Oral B y Laboratorios Substantia, es una fusión de conglomerado y, por lo tanto, a partir de la misma no se afectan los niveles de concentración ni la competencia efectiva en los mercados relevantes de cepillos de dientes de alta tecnología y cepillos de dientes de mediana tecnología en los cuales participan estas empresas, **Y ASÍ SE DECLARA.**

Res. SPPLC/15-96
Caso Cativen II

27/5/96

Consecuencias de la Operación en el Mercado Relevante

CADA fue adquirida por el consorcio Cativen (Cadenas de Tiendas Venezolanas), el cual fue formado por las empresas Cadenalco (Gran Cadena de Almacenes Colombianos), Almacenes Éxito de Colombia, Empresas Polar y Makro de Venezuela. En este sentido, Cadenalco y Almacenes Éxito de Colombia, no se encontraban realizando operaciones comerciales en el territorio y por tanto no eran competidores efectivos dentro de los mercados relevantes definidos anteriormente. A su vez, en el aparte del mercado producto se determinó que Makro no pertenecía al mismo mercado relevante que CADA, razón por la cual tampoco era competidor efectivo de esta cadena de supermercados. Por último, la actividad comercial de Empresas Polar tampoco es la misma que la de las cadenas de supermercados.

Las operaciones de concentración económica como la descrita, donde las empresas involucradas no participan en los mismos mercados relevantes, se han denominado de conglomerado, las cuales no generan cambios de estructura que tengan por efecto la creación o reforzamiento de una posición de dominio en el mercado relevante. En dichas operaciones de conglomerado la competencia efectiva no se ve afectada como consecuencia del cambio en la estructura que conlleva la operación, lo que hace innecesario el estudio del grado de concentración, las barreras a la entrada y la dinámica de competencia. Pero puede ocurrir que existan otros efectos de la operación, como es el caso de las cláusulas de no competencia o la posibilidad de colusión que se genere, que deben ser analizados también y que pueden generar que la operación, si bien no afecta la estructura del mercado, afecte la competencia en el mismo.

En vista de que ninguna de las empresas que conforman el consorcio CATIVEN, pertenecen al mismo mercado relevante de CADA, se concluye que la adquisición de esta cadena de supermercados por parte del referido consorcio, constituye una operación de concentración económica de conglomerado a las que se refiere el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, es decir, la absorción de una empresa por parte de otra, cuando cada una de ellas participa en distintos mercados relevantes. Por esta razón, no es necesario analizar el grado de concentración, las barreras a la entrada ni la dinámica de la competencia en el mercado relevante, pues éstos ámbitos no se ven afectados.

MAXY'S fue adquirida por el consorcio Cativen (Cadenas de Tiendas Venezolanas), el cual fue formado por las empresas Cadenalco (Gran Cadena de Almacenes Colombianos), Almacenes Éxito de Colombia, Empresas Polar y Makro de Venezuela. En este sentido, Cadenalco y Almacenes Éxito de Colombia, no se encontraban realizando operaciones comerciales en el territorio y por tanto no eran competidores efectivos dentro de los mercados relevantes definidos anteriormente. A su vez, en el aparte del mercado producto se determinó que Makro no pertenecía al mismo mercado relevante que MAXY'S, razón por la cual tampoco era competidor efectivo de esta cadena de supermercados. Por último, la actividad comercial de Empresas Polar tampoco es la misma que la de las cadenas de supermercados.

Como ya se ha señalado, las operaciones de concentración económica como la descrita, donde las empresas involucradas no participan en los mismos mercados relevantes, se han denominado de conglomerado, las cuales no generan cambios de estructura que tengan por efecto la creación o reforzamiento de una posición de dominio en el mercado relevante. En dichas operaciones de conglomerado la competencia efectiva no se ve afectada como consecuencia del cambio en la estructura que conlleva la operación, es por ello que se hace innecesario el estudio del grado de concentración, las barreras a la entrada y la dinámica de competencia, en el presente caso. Pero puede ocurrir que existan otros efectos de la operación, como es el caso de las cláusulas de no competencia o la posibilidad de colusión que se genere, que deben ser analizados también y que pueden generar que la operación, si bien no afecta la estructura del mercado, afecte la competencia en el mismo.

En vista de que ninguna de las empresas que conforman el consorcio CATIVEN, pertenecen al mismo mercado relevante de MAXY'S, se concluye que la adquisición de esta cadena de tiendas por departamento por parte del referido consorcio, constituye una operación de concentración económica de conglomerado a las que se refiere el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, es decir, la absorción de una empresa por parte de otra, cuando cada una de ellas participa en distintos mercados relevantes. Por esta razón, en el caso que nos ocupa, no es necesario analizar el grado de concentración, las barreras a la entrada ni la dinámica de la competencia en el mercado relevante, pues éstos ámbitos no se ven afectados.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

Las solicitudes de evaluación previa de una operación de concentración económica se sustancian a través del procedimiento administrativo ordinario de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Una vez delimitados los extremos anteriores, la Superintendencia está en la posibilidad de responder a la pregunta fundamental de si la operación sometida a análisis tiene efectos restrictivos sobre la libre competencia, lo cual se hace luego de un procedimiento administrativo ordinario, tal como lo establece el artículo 42 de la Ley (Orgánica de Procedimientos Administrativos), a través de un acto administrativo declarativo.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

Se produce una operación de concentración económica en los términos de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, cuando un agente económico toma control sobre otro, entendiéndose por control la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades del sujeto controlado.

El término concentración económica tiene un sentido netamente económico, mucho más amplio que una fusión en materia jurídica, pues incluye toda forma por medio de la que una empresa adquiere control o se une a otra, siendo la consecuencia de ella la vinculación de dos empresas independientes que van a formar un solo sujeto económico. Esta toma de control que vincula dos o más empresas para conformar una sola unidad económica está definida en el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, como la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de uno de los sujetos de aplicación de la Ley, según los describe el artículo 4º ejusdem.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

Cuáles son los aspectos que evalúa la Superintendencia Pro Competencia para determinar si una operación de concentración económica se encuentra afectada por la prohibición del artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Definido el ámbito de las operaciones de concentración económica, el siguiente paso es exponer el método utilizado para determinar si por efecto de las mismas se generan efectos restrictivos sobre la libre competencia, o se genera una posición de dominio en el mercado. Así, el último párrafo del artículo 3º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, define la libre competencia como la libertad para cualquier sujeto económico de entrar o salir del mercado, y la imposibilidad de los que están dentro de él de imponer condiciones a las relaciones de intercambio.

Definida así la libre competencia, es posible concluir que el efecto restrictivo que puede generar una fusión y al que hace referencia el artículo 11 de la Ley, es que por consecuencia de la fusión se produzca una situación en la que los sujetos económicos presentes en el mercado, actuando individualmente o en colusión, tengan la posibilidad de imponer condiciones en las relaciones de intercambio, a través, por ejemplo, de influir en las diversas dimensiones de la competencia. El otro efecto restrictivo que podría generar una concentración económica, según la definición de libre competencia, es la creación o aumento de las barreras a la entrada o salida del mercado, siendo que la competencia implica libertad de entrada y salida del mercado.

El artículo 11 agrega como causal de prohibición de una concentración económica que a consecuencia de ella se produzca una posición de dominio en el mercado. Para determinar lo que debe entenderse por posición de dominio, el artículo 14 de la Ley explica que es aquella situación donde existe un solo sujeto en la actividad de que se trate o que aun existiendo varios, no haya entre ellos competencia efectiva. Por su parte, el artículo 16 de la Ley enumera los parámetros que hay que analizar para determinar la competencia efectiva.

En conclusión, la prohibición de concentraciones económicas que contiene el mencionado artículo 11 se aplica a aquéllas que tengan por consecuencia: a.-la creación o aumento de las barreras a la entrada en el mercado, b.-la posibilidad de que los sujetos económicos, actuando en colusión, impongan condiciones en las relaciones de intercambio, y c.-la generación o reforzamiento de una posición de dominio. Es importante acotar que la diferenciación se hace sólo a efectos metodológicos y elucidatorios, pues en la práctica ellos se presentan mezclados y relacionados unos a otros. Se conforma así el ámbito legal de la prohibición, de acuerdo a lo establecido en los artículos 3, 1, 14, 15 y 16 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Así, lo fundamental es la determinación de la competencia efectiva en el mercado, y su reducción posible que por efecto de la concentración se produciría.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

Cómo se evidencia la sustituibilidad de productos o marcas.

Evidentemente, si dos marcas son sustitutas efectivas cabe esperar que, de no producirse variaciones en la calidad y en otros atributos de los productos, sus movimientos de precios en el tiempo sean paralelos. Esto se debe a que de ocurrir un incremento significativo y no transitorio en el precio de algunas de las marcas, los consumidores desplazarán su demanda hacia marcas consideradas como sustitutos, empujando a los precios a alinearse.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

Un grado de concentración alto puede ser contrarrestado por el poder negociador de los compradores.

A pesar de que el incremento del grado de concentración en el mercado puede conducir a la aparición de posición de dominio y abuso de ésta por parte de la empresa resultante de la operación, es posible que la existencia de compradores en posición de fuerza pueda anular cualquier intención de abuso de posición de dominio.

En definitiva, existe una clara concentración de los compradores (especialmente los supermercados independientes y grandes abastos). Bajo este escenario es probable que la posición de fuerza de los compradores pueda constituirse en un elemento que pueda neutralizar cualquier intento de incrementar los precios de venta. En este sentido los compradores podrían contrarrestar cualquier intento de incremento de precios y/o cualquier otra conducta que perjudique al canal de distribución.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

En el mercado de los suavizantes se pudo verificar que la demanda es elástica respecto al precio. En tal sentido, ante un incremento en el precio de los suavizantes, los consumidores no se desplazaron a productos sustitutos o de menor precio, sino que disminuyó el consumo global de los suavizantes, lo que fue definido "efecto renta".

En este sentido, la Superintendencia pudo demostrar que la demanda de productos suavizantes es elástica respecto al precio, razón por la cual, un incremento en el precio de estos productos conlleva a una reducción más que proporcional en las cantidades vendidas, reduciendo el ingreso de la empresa productora de suavizantes.

Una elasticidad precio del mercado de tipo elástica, tal como la encontrada en los productos suavizantes de ropa, sugiere alguna de las siguientes

tes alternativas: en primer lugar, que en el mercado existen diversas formas o clases alternativas de productos por los cuales puede sustituirse el producto y; en segundo término, que sólo un porcentaje pequeño de potenciales compradores realmente compra o posee el producto debido al alto precio y porque éste representa una compra discreta dentro del presupuesto de gasto del consumidor.

De acuerdo al análisis de mercado producto, se sabe que la primera alternativa no aplica en el mercado de suavizantes de ropa. Sin embargo, la segunda alternativa sí aplica, ya que los consumidores consideran a estos productos como prescindibles (folio 10 del expediente administrativo) y ellos constituyen una pequeña proporción del presupuesto de gasto de los consumidores efectivos (compra discreta) y su adquisición tiene lugar cuando se han adquirido los productos considerados como prioritarios. Este hecho lleva a definir el consumo de suavizantes como un consumo de tipo residual o discreto, sobre el cual recae un importante efecto ingreso y efecto sustitución.

Es decir, cuando el precio de los productos suavizantes de ropa se eleva, la reducción esperada en las cantidades consumidas de suavizantes, es el resultado de la acción de dos efectos. En primer lugar, el “efecto sustitución”, que lleva a los consumidores a sustituir las marcas de suavizantes de precios relativos altos por aquellas marcas sustitutas de precios más bajos. Por otra parte, cuando el precio de los suavizantes o de cualquier otro producto de compra usual por parte de los consumidores se eleva (tal y como sucedido en la economía venezolana en los últimos años), la renta real del consumidor desciende y, como resultado de tal “empobrecimiento”, el consumidor tiende a comprar menos de todos los bienes (incluso suavizantes). Tal reducción en la cantidad demanda es atribuida al “efecto renta”.

Para poder ponderar el efecto sustitución y el efecto renta presentes en el mercado de suavizantes, es necesario realizar la siguiente precisión. Si el efecto sustitución hubiese operado en forma significativa, al ocurrir el incremento de precios de los suavizantes, los consumidores hubiesen trasladado su consumo hacia la adquisición de suavizantes de menores precios relativos, con lo cual, el consumo global de suavizantes no hubiese presentado mayores disminuciones.

Sin embargo, se sabe que el consumo global de suavizantes (incluyendo a todas las marcas del mercado) presentó un descenso significativo. Esta

situación lleva a concluir que en el mercado de suavizantes, el efecto renta es más significativo que el efecto sustitución.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

La Superintendencia determinó que en el mercado de suavizantes, a pesar de la consolidación de una estructura duopólica, en la que sólo dos empresas dominan el mercado, no es viable la aparición de prácticas colusorias dado el "efecto renta" comentado más arriba, pues un incremento concentrado produciría un descenso significativo en los ingresos de dichas empresas.

Sin embargo, a pesar que la creación de una estructura de mercado de tipo duopólica favorece la aparición de prácticas colusorias, es preciso traer a consideración características del mercado de suavizantes que ya fueron expuestas con anterioridad. En efecto, es posible que en el mercado específico de suavizantes de ropa, las prácticas colusorias lejos de significar una maximización conjunta de los beneficios de las empresas que forman parte del acuerdo, los disminuya, toda vez del tipo de elasticidad precio de la demanda con la que se enfrenta la industria de suavizantes. Es decir, si las empresas Productoras de Favor-Mimosín y Soflan, se pusieran de acuerdo en la elevación conjunta de los precios de venta de los suavizantes con la finalidad de obtener una posición de dominio colectiva, es posible que los consumidores reduzcan la utilización de suavizantes en mayor proporción que el aumento inicial de los precios. En este sentido, el acuerdo hipotético de precios entre las principales empresas del mercado producirá un descenso en el nivel de ingreso de las empresas, haciendo poco sustentable el acuerdo de precios.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

El hecho de que el grado de concentración de una fusión sea alto, no siempre es determinante para concluir que la misma sea o no restrictiva.

La operación de concentración genera una alta concentración en el mercado relevante. Sin embargo, debido a las peculiaridades del producto, la operación de concentración no genera o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante. Esto se debe a que la alta elasticidad precio de la demanda de productos suavizantes disciplinará cualquier intento por parte de la empresa dominante de incrementar significativamente los precios de venta. De igual forma, dicha característica limita la posibilidad de aparición de prácticas colusorias entre los participantes en el mercado.

Se concluye que la operación de concentración económica, en la cual la empresa Unilever adquiere la licencia para la utilización de la marca Favor por un período de dos años, en caso de completarse, no generará mayores efectos restrictivos sobre la libre competencia, ya que, por las peculiaridades del producto, no se produciría una posición de dominio en el mercado relevante.

Obligaciones de no competir

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

A la luz de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, las cláusulas de no competir constituyen un acuerdo accesorio a otros acuerdos y serán analizadas en el contexto en el que se encuentren. Por tanto, no se puede establecer a priori si las mismas restringen o no la competencia.

De las cláusulas de no competir

Tal y como han sido definidas en la Resolución de esta Superintendencia N° SPPLC/5-96 de fecha 12 de febrero de 1.996, las cláusulas de no competir consisten en un acuerdo accesorio a otro tipo de contrato, donde el vendedor se compromete por un período limitado a no competir ni participar en el mercado de la empresa objeto de la negociación. Estas cláusulas son restrictivas de la libre competencia, en tanto se erigen como una limitación a la libertad de acción de un sujeto económico, pero su consideración depende del ámbito donde se encuentren.

Las cláusulas de no competir están presente como accesorias a una relación central, como puede ser una compra-venta de empresas, fusión, adquisición, contratación de empleados, acuerdos de tecnología, franquicias, licencias, etcétera. Este tipo de disposición contractual tiende a garantizar que el comprador de la empresa, el licenciatario de la marca, o en general, quien adquiere el derecho cedido, reciba el valor total de la empresa. Se trata entonces de una forma de asegurar la inversión, pues uno de los valores que se adquieren es la inexistencia de ese posible competidor que puede llegar a ser el vendedor.

A los efectos de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, las cláusulas de no competir deben ser analizadas dentro del contexto principal donde se encuentren. Específicamente en los casos de concentraciones económicas, deben estudiarse como una cláusula accesoria a la fusión, y cuyos efectos serán determinados dentro de la operación misma, sin necesidad de ser aislada. De esta forma, será un factor más a considerar para hacer la determinación de los efectos que sobre la competencia tenga la concentración. En todo caso, el límite a la cláusula de no competir, será el que garantice que el vendedor o cesionario del derecho ha cumplido con su obligación de transferir todo el valor de la empresa o del derecho cedido, y así el adquirente asegure su inversión. En caso de que la cláusula exceda ese límite, se estará en presencia de un acuerdo entre competidores restrictivo de la competencia.

Para el caso de las licencias de marcas, existe la restricción que se impone al licenciante de competir con la marca cedida, la que puede considerarse inherente a la licencia. Sin embargo, las restricciones accesorias de no competir que exceden de la normal protección de la marca, tales como prohibiciones de competir referidas al producto mismo, deben ser analizadas dentro del contexto donde se encuentran para verificar si existen beneficios económicos que las justifiquen.

En conclusión, las cláusulas de no competir deben ser analizadas dentro del contexto donde se encuentran, para de allí determinar sus posibles efectos restrictivos. Para el caso de las concentraciones económicas, será el estudio de las mismas el que indicará la necesidad y los límites de la prohibición en cada caso concreto.

Res. SPPLC/15-96
Caso Cativen II

27/5/96

Tal como han sido definidas en anteriores Resoluciones de esta Superintendencia Nos. SPPLC/5-96 de fecha 12 de febrero de 1996 y SPPLC/8-96 de fecha 27 de marzo de 1996, las cláusulas de no competir consisten en un acuerdo accesorio a otro tipo de contrato, donde el vendedor se compromete por un período limitado a no competir ni participar en el mercado de la empresa objeto de la negociación. Estas cláusulas son restrictivas de la libre competencia, en tanto se erigen como una limitación a la libertad de acción de un sujeto económico, pero su consideración depende del ámbito donde se encuentren.

Las cláusulas de no competencia pueden ser utilizadas en las operaciones de concentración económica; en las licencias de derechos de propiedad industrial y comercial y del saber hacer (know-how); y en los acuerdos de compra y suministro. En el presente caso se está analizando una cláusula de no competencia en una operación de concentración económica.

Este tipo de disposición contractual tiende a garantizar que el comprador de la empresa o en general quien adquiera el derecho cedido, reciba el valor total de la empresa. Se trata entonces de una forma de garantizar la inversión de manera que el comprador reciba la totalidad del valor de los activos cedidos, por ejemplo, la clientela acumulada por el vendedor o el saber-hacer (know-how) que haya creado. Estos activos no sólo están directamente vinculados a la operación de concentración, sino que son necesarios para su realización ya que, si no existieran, es muy probable que la venta de la empresa o de una parte de ella no pudiera llevarse a cabo de forma satisfactoria. Para recibir todo el beneficio de los activos que se han transferido, es posible que el adquirente deba contar con una protección respecto a la competencia del vendedor, de modo que pueda ganarse la fidelidad de la clientela y asimilar y explotar el saber hacer (know-how).

Dicha prohibición de competencia sólo estará justificada por la legitimidad del objetivo perseguido por la concentración cuando su duración, campo geográfico de aplicación, contenido o ámbito de aplicación personal no vayan más allá de lo que una forma razonable exige dicho fin. Esto es el resultado de análisis casuísticos, en los que la estructura de cada mercado servirá de base para que la Superintendencia pueda determinar qué plazo y exten-

sión es razonable para la duración de una obligación de no competir. En caso contrario, las eficiencias generadas por la mencionada prohibición serían inferiores (o simplemente no existirían) al daño ocasionado a la competencia, por lo cual no son justificables.

En todo caso, el límite a la cláusula de no competir, será el que garantice que el vendedor o cesionario del derecho ha cumplido con su obligación de transferir todo el valor de la empresa o del derecho cedido, y así el adquirente asegure su inversión. En caso de que la cláusula exceda ese límite, se estará en presencia de un acuerdo entre competidores restrictivo de la libre competencia.

El ámbito geográfico de la prohibición de competencia debe limitarse a la zona en donde el vendedor realizaba su actividad comercial y donde vendía sus productos o servicios antes del traspaso, o aquellas áreas que le representaban fuente de competencia efectiva, es decir, el ámbito geográfico de la cláusula de no competencia debe abarcar a lo que se denomina el mercado geográfico relevante.

Del mismo modo, el contenido de la cláusula de prohibición de competencia debe limitarse a los productos y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa transferida o aquellos productos sustitutos del mismo, es decir, la mencionada cláusula debe abarcar sólo aquellos productos que pertenezcan al mercado producto relevante.

El vendedor podrá comprometerse en nombre propio y en el de sus filiales y agentes comerciales. Por el contrario, la imposición de dicho compromiso a terceras partes ya no sería justificable porque no estaría generando ningún tipo de eficiencias que compensaran la restricción a la competencia. Este principio deberá aplicarse sobre todo a las cláusulas que restringen la posibilidad de que revendedores y usuarios realicen importaciones o exportaciones.

Res. SPPLC/8-96
Caso Suavizantes

27/3/96

Qué analiza la Superintendencia para valorar la procedencia de las cláusulas de no competir en una concentración económica.

En el artículo 7.11 del Convenio de Compra de Activos suscrito entre Unilever NV y S.C. Johnson & Son, Inc. en fecha 19 de agosto de 1.995, se contemplan una serie de cláusulas de no competir, cuyo análisis debe ser hecho, de acuerdo a lo establecido en el capítulo del Derecho, dentro del contexto de la operación de concentración.

Las cláusulas de no competencia cuando se utilizan en las operaciones de concentración económica, tienen como finalidad proteger la inversión de la empresa que realiza la compra. En este sentido, en cualquier cláusula de no competencia se deben evaluar tres ámbitos: el del producto, el espacial y el temporal, de manera que la referida cláusula de no competencia no se extralimite en la prohibición de competencia en dichos ámbitos, es decir, abarcar más productos de los considerados en la delimitación del mercado producto y más áreas geográficas de las consideradas en la definición de mercado geográfico relevante. Tampoco puede superar el período de tiempo necesario para el cual la Compradora asegure su inversión. En caso que existan los mencionados excesos, se considerará anticompetitiva la fusión que se realizó con la mencionada cláusula.

Res. SPPLC/5-96
Caso Cativen I

12/2/96

Las cláusulas de no competir, si se presentan en un acuerdo horizontal o entre competidores, constituyen una prohibición de la Ley. Si están presentes en una relación vertical, o entre proveedor y cliente, deben ser analizadas conforme al Reglamento N° 1 de la Ley. Finalmente, si están presentes en una concentración económica, deben ser analizadas en ese contexto.

B.- Régimen de Autorizaciones

Res. SPPLC/5-96
Caso Cativen I

12/2/96

Cuál es el contenido del Régimen de Autorizaciones previsto en el artículo 18 de la Ley y en su Reglamento N° 1.

El artículo 18 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia establece la posibilidad de que el Presidente de la República fije normas a fin de permitir la realización de ciertas actividades. Dicho artículo fue desarrollado en el Reglamento N° 1 de la Ley (Decreto 2775 de fecha 21 de enero de 1993)², donde se establece un régimen de autorizaciones por vía de excepción de conductas prohibidas en la ley. Ello deriva de la necesidad de permitir la realización de ciertas prácticas que, aun siendo restrictivas de la libre competencia, pueden ser autorizadas debido a los beneficios económicos que reportan.

El Régimen de Excepciones que regula el Reglamento N° 1 ha establecido de manera previa cuáles de las conductas prohibidas por la Ley pueden ser autorizadas. Así, el artículo 8 dispone que podrán autorizarse los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas y prácticas concertadas a que se refieren los artículos 10 y 12 de la Ley, siempre que no estén contenidos en el artículo 7 del mismo Reglamento, y las conductas unilaterales a que se refieren los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley. En el artículo 7 del Reglamento se prohíbe a la Superintendencia la autorización de prácticas entre competidores cuyo objeto se encuentre contenido en los ordinales 1°, 2° y 3° del artículo 10 de la Ley.

De la distinción anterior es necesario concluir que, en los términos del Reglamento N° 1, la Superintendencia sólo puede autorizar las siguientes conductas: 1.-acuerdos entre competidores con distinto objeto a los nombrados en el artículo 7; 2.-cualquier clase de acuerdos entre no competidores, es decir, acuerdos verticales, y 3.- as conductas unilaterales a que se refieren los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley.

2 Este Reglamento fue publicado el 21 de enero de 1993, en la Gaceta Oficial N° 35.160, y fue posteriormente publicado de nuevo el 3 de mayo de 1993, por cuanto en la primera oportunidad se incurrió en un error material en la transcripción del artículo 6°. Véase por tanto la Gaceta N° 35.202 del 3 de mayo de 1993.

**Doctrina Administrativa y Jurisprudencia
en materia de Propiedad Industrial:
21 de septiembre de 1995 al 22 de marzo de 1996¹**

Selección, recopilación y notas
por Gabriela NÚÑEZ M.²

I. MARCO LEGAL INSTITUCIONAL

A. Organos Involucrados

a. Organismo Nacional

De carácter Administrativo

Sarpi; Resolución N° 3905

10/10/95

Caso: AMERICAN BEARING DIVISION³

Motivación de actos administrativos en casos de nulidad relativa.

Conviene agregar que en todo caso, la falta de motivación o de razonamiento, constituye un vicio de nulidad relativa, el cual puede ser convalidado por la administración en cualquier momento por disposición expresa del artículo 81 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y dicho acto ha producido todos sus efectos, por cuanto el acto no ha sido revocado o anulado.

1. La presente investigación ha sido llevada a cabo tomando en consideración los actos administrativos publicados por el Servicio Autónomo Registro de la Propiedad Industrial de acuerdo a lo previsto en la Ley de Propiedad Industrial de 1955. Las decisiones emitidas por el SARPI tienen vigencia a partir de su publicación en el Boletín de la Propiedad Industrial, instrumento que da publicidad a todos los actos emanados del organismo en cuestión. Las decisiones contenidas en el presente trabajo han sido publicadas en el mencionado Boletín entre el 21 de septiembre de 1995 y el 22 de marzo de 1996.
2. La autora es abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y Especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (ULA)
3. Criterio reiterado en Resoluciones N° 3921, N° 3925, N° 3929, Boletín N° 395 Tomo II. El criterio antes expuesto se encuentra en contradicción con los principios básicos y relativos a la nulidad de los actos administrativos. A este respecto, los autores han expresado que la falta de motivación es un vicio de nulidad absoluta por cuanto es un elemento esencial de cualquier acto administrativo. A estos efectos, remitirse a Jean Rivero en "*Derecho Administrativo*"; José Araujo Juárez en "*Principios del Derecho Administrativo*"; y Henrique Meier en "*Teoría de las Nulidades*".

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

A. Principios Generales

a. Territorialidad

Sarpi, Resolución N° 7268

24/11/96

Caso: JET c. JET⁴

Se reconoce el valor de los títulos de registro adquiridos fuera de Venezuela y dentro del Pacto Andino, con anterioridad a la vigencia de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En este caso, el Despacho observa que, en efecto, el registro colombiano tiene una antigüedad superior a los diez (10) años exigidos en la Decisión y la solicitud invoca el derecho preferente en base al registro colombiano que presenta dentro del año de la fecha de entrada en vigencia de la Decisión 313, por lo cual el observante tiene derecho preferente sobre la marca "JET" y al gozar de este derecho le permite oponerse a las solicitudes de registro de marcas que pudieran presentarse a confusión con la suya. En efecto, se evidencia la totalidad identidad entre el signo solicitado en la presente y el signo registrado y solicitado por el observante ...

Sarpi; Resolución N° 7267

24/11/96

Caso: JET c. JET⁵

Se desconoce el valor de los títulos de registro dentro de Venezuela frente a los obtenidos dentro del Pacto Andino con anterioridad a la vigencia de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El observante opone a la presente solicitud, la posterior N° 24063/93 y registros Colombianos a nombre de CIA. NAC. de CHOCOLATES, S.A.

-
4. El oponente invocó como base de la negativa, una solicitud de registro posterior a la marca en trámite, pero que reivindicaba un registro vigente desde hace 10 años en Colombia. Conforme a la disposición transitoria Quinta de la Decisión 313, se establecía un derecho preferente en la obtención de registro en otro País Miembro, a aquellos los signos registrados por un lapso mayor de 10 años dentro de otro país del Pacto Andino.
 5. Contrario a lo que la Oficina de Registro decidiera en la Resolución N° 7268 comentada en este mismo número, la oficina de marcas decide desconocer el beneficio establecido en la disposición transitoria Quinta, en favor de titulares de registros otorgados desde hace mas de 10 años en cualquiera de los países del Pacto Andino, y aplica por el contrario un concepto de territorialidad precisamente en una oportunidad en que la norma andina reconoce el valor subregional a registros ya otorgados en un país andino.

para la marca JET, por considerar que el grado de parecido tanto gráfico como fonético con la marca solicitada es tal que es imposible su convivencia pacífica en el mercado sin inducir al consumidor medio a incurrir en el error de confundirlas. Este Despacho ... considera que los elementos de identidad entre ambos son substancialmente determinantes sin embargo, en atención al principio de territorialidad de la Ley y en el entendido de que los registros invocados son extranjeros, y el nombre no ha sido solicitado en Venezuela, este Despacho declara sin lugar la observación interpuesta por COMPAÑIA NACIONAL DE CHOCOLATES, S.A.”

B. Signos Distintivos

a. Las Marcas (marcas, lema comercial y marcas colectivas)

a.1 Conceptualización y criterios de valoración

Sarpi; Resolución N° 1260

22/03/96

Caso: Envase de la margarina Mavesa⁶

Posibilidad de registro de una marca tridimensional.

... la administración para el estudio y la resolución del interpuesto recurso, confirma y ratifica el criterio expresado en la resolución denegatoria; por cuanto es obvio que para el caso de un envase o recipiente contenedor de un producto; la misma es parte del producto final y constituyente costo de producción del mismo que se comercializa en el mercado; en este sentido es doctrina actual de este Despacho de que “No se registrarán envases en su forma cuando verse sobre el producto mismo”. Igualmente es doctrina administrativa y reiterada que cuando una solicitud consiste en una forma que ofrece una ventaja o novedad estética; la misma constituye un diseño industrial que debe ser tramitada conforme al procedimiento especial establecido para los mismos.

6. La Decisión 344, establece que es posible el registro de una marca, inclusive cuando se trata de marcas tridimensionales, y han expresado diversos autores al respecto (entre ellos el Dr. Galo Pico Mantilla) en relación al artículo 81 de la norma citada que es suficiente con que sea visible y susceptible de representación gráfica.

b. Requisitos de registrabilidad⁷

i. Prohibiciones relativas de registro. Marcas irregistrables con respecto a derechos de terceros

Sarpi; Resolución N° 5420

26/04/96

Caso: PROTEC⁸

Posibilidad de confusión efectiva entre dos marcas similares que concurren dentro del mismo mercado.

... el nombre solicitado, (PROTEC) constituye un término que ha venido siendo utilizado, con variaciones poco significativas por varios titulares, en clases diversas y con aceptación en el mercado suficiente como para inferir que el consumidor medio aprecia, pese a la similitud de términos los elementos distintivos de cada una. Este Despacho, vistos los alegatos de los observantes y en atención a la práctica comercial que en materia de propiedad industrial no pocas veces trasciende al "deber ser" mismo de una marca, no encuentra riesgo de confusión ni peligro para los signos anteriores similares a PROTEC, como lo han tenido entre ellas.

Sarpi, Resolución N° 5535

24/11/95

Caso: EPIDENT⁹ c. EXPIDENT

Criterios para determinar el parecido respecto a marcas para distinguir productos farmacéuticos.

Una vez analizadas las marcas en conflicto se evidencia que entre ambas existe semejanza fonética y gráfica, suficiente para inducir a

7. Se entiende por requisitos de registrabilidad, las prohibiciones absolutas y relativas consagradas en la normativa andina, (art. 82 y 83), que atienden a vicios intrínsecos o extrínsecos que impedirían a una marca ser registrada.
8. En este caso se concedió la marca porque no se consideró que induciría a confusión
9. El caso es curioso puesto que se trata de productos de la clase 6 nacional, es decir, productos químicos y/o farmacéuticos. En efecto, el criterio mantenido hasta ahora, -bastante criticado en oportunidades- ha sido considerar que marcas muy parecidas para distinguir productos farmacéuticos pueden coexistir tomando en consideración que los productos farmacéuticos son escogidos para el paciente por médicos o farmacéutas y suponiendo que éstos no pueden confundirse en vista que son especialistas. No obstante, la posición contraria ha mantenido que igualmente las personas especializadas también son consumidores, tienen la carga de escoger los medicamentos, tanto al momento de la consulta como al momento de suministrarla en la farmacia, por lo que también

los consumidores a error, ya que aunque la marca solicitada EPIDENT realizó algunos cambios como sustituir letra X por N, ello no fue suficiente para diferenciarla de la marca registrada EXPIDENT, puesto que ambas no son letras de fonetización fuerte, haciendo que los adquirentes se confundan en su pronunciación y grafismo. Es doctrina constante y reiterada de este Despacho señalar que dos marcas idénticas o semejantes para productos iguales o análogos, no pueden coexistir pacíficamente en el mercado, ya que inducirían al público consumidor a la confusión. Por lo anteriormente expuesto la marca comercial solicitada se halla incurso en el literal A del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Sarpi; Resolución N° 3937

10/10/95

Caso: La Liebre c. Ahí Viene la Liebre¹⁰

Posibilidad coexistencia dentro del mismo mercado cuando cada una de las marcas distinguen productos diferentes y no relacionados.

Si dos marcas comerciales inclusive idénticas, describen productos diferentes no relacionados, ambas puede coexistir pacíficamente en el mercado.

Sarpi; Resolución N° 4604

10/10/95

Caso: CONTI c. CONTINUS¹¹

El parecido gráfico y fonético entre signos resulta determinante al momento de conceder el registro de una marca.

... se observa que una vez realizada una visión de conjunto o sintética, operando con la totalidad de los elementos que componen los vocablos

pueden ser inducidos a confusión, y que del hecho de ser farmacéutas no puede concluirse que no existe posibilidad de confusión. Ahora bien, el caso que referimos en esta oportunidad pareciera apoyar esto último, ya que al existir posibilidad de confusión, el criterio de parecido entre las marcas debe aplicarse con tanta o mayor rigurosidad cuando se trata de farmacéuticos y/o medicamentos, considerando que el bien protegido en este caso, no solo es de carácter marcario, sino también la protección de la salud del consumidor final.

10. Las marcas en conflicto distinguen las clases 40 y 38 respectivamente, ambas del clasificador nacional.
11. Cabe destacar esta decisión que si bien los criterios aplicados han sido reiterados en diferentes oportunidades (análisis global), en el caso particular se concedió el registro de la marca a pesar de la aparente similitud que tenían las marcas en conflicto en la sílaba inicial de cada una de ellas.

confrontando siendo en el presente caso "CONTI" (la marca comercial solicitada) y CONTINUS (la marca comercial concedida), se advierte entre ellas una evidente disparidad, en virtud de que cada signo tiene claros elementos provistos de una significativa carga diferencial que resultan decisivos para su convivencia pacífica en el mercado, diferencias que aparecen acentuadas en que al fonetizarse tienen una pronunciación totalmente diferente, donde las diferencias son mas numerosas que las pequeñas semejanzas que se pudieran presentar..

Sarpi; Resolución Nº 4607

10/10/95

Caso: UNILUX (etiqueta) c. LUX

El parecido gráfico y fonético entre signos debe analizarse por su visión general de conjunto y no con respecto a elementos aislados.

Realizado un análisis de las marcas en conflicto se observa que las marcas solicitadas UNILUX a pesar de presentar dentro de su conjunto la marca registrada LUX, ésta presenta diferencias suficientes como para evitar la confusión en el público consumidor puesto que se trata de una marca compleja conformada por un conjunto indivisible que debe ser analizado en su totalidad y no descomponiendo sus elementos. En este sentido, es doctrina reiterada de este Despacho que la confundibilidad de dos o mas signos distintivos de sobre la base del efecto general de apreciación de una palabra o de un conjunto y no de los elementos aislados de éstos o de la forma o mecanismo del cual se vale el productor para lograrlo. Por otro lado, es mas evidente las clases del nomenclator oficial en las que se encuentran las marcas en conflicto no son análogas y no se expenden en los mismos establecimientos comerciales por lo que la posibilidad de error o confusión del público consumidor ...

Sarpi; Resolución Nº 4615

10/10/95

Caso: HUTING c. HUTING WORLD¹²

La analogía de productos impide la posibilidad de registro de una marca mas, aún cuando de trata de una marca que no agre-

12. La marca solicitada en este caso, pretendía distinguir productos de la clase nacional 22 (artículos de deporte), mientras que la marca registrada, distinguía productos de la clase nacional 3 (cuero pieles y otros artículos de piel que no sean indumentaria)

ga elementos que la distinguan suficiente de una previamente ya registrada.

Igualmente es relevante el hecho de que las clases en las que se encuentran ubicadas las marcas en conflicto son análogas hecho que también impide la coexistencia pacífica entre las marcas. En este sentido, la doctrina administrativa constantemente reiterada por este Despacho considera "que no puede acordarse el registro de un signo que reproduzca a otro ya registrado por simples cambios manteniendo en su naturaleza los mismos elementos que caracterizan a la registrada"

Sarpi; Resolución N° 4618 10/10/95
Caso: DIGITAL (diseño) c. Roland Digital Corporation (diseño)¹³

Las diferencias gráficas y fonéticas entre las marcas son suficientes de forma tal que una marca notoria no se vería afectada por la presencia de la nueva marca dentro del mismo mercado.

Ahora bien, el parecido existente entre ellas -las marcas en conflicto- no es determinante puesto que ambas marcas son complejas y deben ser analizadas por la impresión de conjunto que dan y no por el análisis aislado de sus elementos. De allí que la presencia de la palabra DIGITAL dentro del conjunto de la marca comercial solicitada no es elemento suficiente para negarla, puesto que dentro del conjunto de la misma existen suficientes elementos gráficos y fonéticos que permiten diferenciarlos. En cuanto a la notoriedad de la marca DIGITAL (diseño) este Despacho considera que la misma no se vería amenazada por la presencia de la marca ROLAND DIGITAL CORPORATION (diseño) en el mercado debido a que la misma es perfectamente diferenciable e individualizable por el consumidor medio.

Sarpi; Resolución N° 4622 10/10/95
Caso: SURGITEX c SURGEX¹⁴

-
13. Curiosamente la Administración en este caso, consideró que no había riesgo de confusión a pesar de que las marcas en conflicto distinguan el mismo tipo de productos (ambos clase nacional 21), sin considerar la posibilidad de que se diluya la fuerza distintiva de la marca notoria.
 14. Con respecto al análisis de esta resolución debe mencionarse que si bien los criterios teóricos relativos a la confundibilidad de dos marcas han sido expresados correctamente, su aplicación al caso en particular es incorrecto y contrario al propio principio teórico. En este sentido, de la propia apreciación global de ambas marcas se puede evidenciar su considerable parecido. Por

Los criterios de análisis de parecido entre marcas de productos farmacéuticos son menos rigurosos que en otros casos.^{15 3}

En efecto, al confrontar la marca comercial solicitada SURGITEX, frente a la marca comercial registrada SURGEX, se advierte que la marca solicitada tiene cierto parecido con la marca registrada. Ahora bien, el hecho de que se trate de palabras similares necesariamente no impide que las mismas sean marcas comerciales diferentes. En el caso que nos ocupa, este Despacho considera que si bien es cierto que existe cierta similitud entre los signos en conflicto no es menos cierto que análisis debe hacerse en base a la impresión de conjunto que dan los mismos. De allí que el parecido entre ambos signos no sea determinante puesto que es posible identificarlos de manera individual. Por otro lado es menester tomar en consideración que los productos farmacéuticos son vendidos en establecimientos especializados y por personas calificadas en la materia. En este sentido, es doctrina reiterada por este Despacho que debido a "la forma especial de circulación de dichos productos, sujetos a prescripciones médicas y expedidas por profesionales de la farmacia, hacen mas cuidadosa la determinación de las diferentes marcas que presentan algún parecido.

Sarpi; Resolución N° 4649

10/10/95

Caso: DOBLÓN FLORENCIA (diseño de cacique) c. CACIQUE.¹⁶

Una marca gráfica es irregistrable cuando su elemento emergente es la representación de un elemento previamente registrado en forma nominativa.

otra parte, es indispensable llamar la atención, con respecto al criterio sostenido por el Despacho, respecto a los productos farmacéuticos. Lamentablemente, hasta el momento ha sostenido que en vista de que los medicamentos son expedidos por "profesionales de la farmacia", el riesgo de confusión disminuye considerablemente, por lo que ha hecho mas flexible el criterio de confundibilidad con respecto a éste tipo de productos. Como es evidente, tal posición no es sustentable, puesto que quienes dispensan en medicamento en una farmacia, pueden verse confundidos por el parecido entre dos productos, siendo en este caso, que la inducción a la confusión se torna mas grave, puesto que se trata de la salud del consumidor final. Igualmente, el Despacho de registro ha sostenido permanentemente que todo producto farmacéutico es expedido con prescripción médica, lo cual, se encuentra alejado de la realidad, incurriendo la Administración en un error que puede producir verdaderos daños a la salud de un enfermo. En conclusión los criterios para evitar la confusión entre marcas deben ser más estrictos.

15. Criterio administrativo reiterado en Resolución N° 4801 del Boletín N° 395 (Caso Oxiridil).

16. En este caso, adicionalmente, se reconoció la notoriedad de la marca CACIQUE, lo que reforzó mas aún la negativa del registro solicitado.

-Este Despacho- ... observa que en efecto existe una relación innegable entre la palabra CACIQUE, que constituye el único elemento diferenciador de la marca registrada, y su representación gráfica, es decir, la marca nominativa CACIQUE equivale a su representación gráfica y viceversa. Ahora bien, en el presente caso, la marca solicitada a pesar de ser un signo complejo su elemento emergente es la representación gráfica de un cacique, lo cual constituye un impedimento para su registro, puesto que la presencia de tal elemento evoca irremediabilmente a la marca registrada CACIQUE.

Sarpi; Resolución Nº 3927

10/10/95

Caso: SAHARA CLUB c. SA-RA¹⁷

El parecido en cuanto a la pronunciación permite que dos marcas puedan coincidir.

Una vez analizadas las marcas en conflicto se evidencia que la marca solicitada está formada por dos palabras, es decir, es compuesta y la marca registrada está formada por dos sílabas divididas por un guión, por lo tanto ambas se escriben y pronuncian diferente, por lo tanto no existiendo semejanza alguna entre las ellas, las mismas pueden existir pacíficamente en el mercado sin producir inducir a confusión o error al consumidores”.

Sarpi; Resolución Nº 3933

10/10/95

Caso: CAPTOR c CAPTOL¹⁸

La diferencia en cuanto al aspecto ideológico de cada marca permite la coexistencia en el mercado.

... alega que su marca CAPTOR que significa Apresador, para distinguir productos químicos para la recuperación mejorada de aceite, clase 6, no presta a confusión con la marca base de la negativa CAPTOL, para distinguir preparaciones de jabón y preparaciones aromáticas para fines medicinales, ... (productos químicos para fines higiénicos, drogas y preparacio-

17. Ambas marcas en conflicto en clase 2. Cabe resaltar que de conformidad con la legislación nacional y criterios sostenidos en otras oportunidades por la Oficina de Registro, no debería permitirse la coexistencia de dos marcas similares como en el presente caso.

18. Se concedió el registro para la marca solicitada.

nes farmacéuticas, desinfectantes, agua colonia) , perfumería, cosméticos, ... (aceites esenciales, jabones para el tocador, jabones para afeitarse, preparaciones para la belleza, agua para el lavado de la boca y lociones para el cabello, polvos y ungüentos cosméticos) , en clase 6, por cuanto ambas tienen parecido gráfico pero al ser pronunciadas son diferentes; igualmente, distinguen productos de distinta naturaleza. Una vez analizada las marcas en conflicto, se evidencia que entre ambas existe parecido gráfico, puesto que sus raíces son iguales pero sus terminaciones son diferentes, por lo que hace que al pronunciarlas emitan distintos sonidos, igualmente ambos términos tienen significados distintos, la marca registrada significa Apresador, y la registrada es un signo de fantasía sin significado y en lo que se refiere a los productos que distinguen, ambas marcas protegen productos específicos que no guardan relación entre sí, por tales razones los citados signos pueden coexistir pacíficamente en el mercado sin causar confusión o error en los consumidores.

Sarpi: Resolución N° 2766

24/11/95

Caso: CITRICAS MONTALBAN C.R.L. c. MONTALBAN

Debe atenderse esencialmente a las semejanzas que ofrezcan dos marcas entre sí y no a las diferencias.

La doctrina administrativa aplicada reiteradamente por la administración considera que "...el parecido gráfico y fonético y la probabilidad de confusión de una marca con otra ya registrada es una cuestión de hecho, para cuya decisión es necesario atender fundamentalmente a las semejanzas que ofrezcan dos marcas entre sí y no a las diferencias que, aunque determinables después de un cuidadoso análisis, no pueden apreciarse de acuerdo con la primera impresión que es la que recibe a quien debe protegerse de la posible confusión...

Sarpi; Resolución N° 2047

22/03/96

Caso: Bentata Abogados c. Marina Bentata¹⁹

19. En sentencia de fecha 10/11/94 de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso Estudio Bentata c. Bentata Höet & Asoc. se sostuvo que es posible la utilización de apellidos iguales para el mismo tipo de servicios profesionales siempre que cada una de las sociedades agregue algún elemento distintivo al apellido que se tiene en común. Adicionalmente se mantuvo que no se puede prohibir a un profesional distinguir con su apellido una sociedad para la prestación de servicios profesionales.

El nombre personal puede ser registrado como marca comercial. Es posible que dos sociedades profesionales tengan el mismo nombre si agregan suficientes elementos que las diferencien entre sí.

... esta oficina verificó que la sociedad civil BENTATA ABOGADOS es poseedora del nombre que pretende registrar como una denominación comercial, cumpliendo así con el requisito necesario para la obtención del título de uso exclusivo que le confiere el registro de la propiedad industrial, ya que la disposición prohíbe el registro de apellidos, nombre completo, seudónimo, firma caricatura o retrato, por parte de terceros que no detenten el apellido, nombre seudónimo, etc. solicitado... Por otra parte, el derecho que otorga el artículo 235 del Código Civil es un derecho personalísimo que no puede ser resquebrajado mediante un título conferido por el Registro de la Propiedad Industrial. Es decir, que la concesión de uso exclusivo del signo Estudio Bentata, no impide a las personas que igualmente lleven el apellido la utilización del mismo como el nombre civil que los identifica. El Registro de la Propiedad Industrial le otorgará protección para su uso exclusivo sobre Estudio Bentata, asimilado a la actividad que distingue. Esto significa que solo podrá impedir el uso del signo Estudio Bentata en sus términos, y por su parte, las personas que llevan el apellido Bentata no podrá usarlo para una actividad similar, a menos que lo presente agregándole algún elemento distintivo.

Sarpi, Resolución N° 5537

24/11/95

Caso: JACLYN SMITH' CALIFORNIA

Es permitido el registro de un nombre personal como marca por parte de un tercero siempre que tenga autorización para ello por parte de la persona natural.

... vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que el signo solicitado JACLYN SMITH'S CALIFORNIA, no se encuentra incurso en el supuesto alegado por la administración, ya que su representada posee el consentimiento de la famosa actriz norteamericana JACLYN SMITH, para que utilicen su nombre como marca, según consta de documento anexo, traducido y notariado. Una vez analizado y revisado el documento anexado, se evidencia que la empresa MAX FACTOR & Co. goza del consentimiento para utilizar el nombre de JACLYN SMITH'S como signo distintivo.

Sarpi: Resolución N° 5539
Caso: DI PAULUCCI²⁰

24/11/95

Para demostrar que un signo constituye un nombre de fantasía, y no un nombre personal es suficiente con obtener la prueba pertinente ante la Dirección General de Identificación y Extranjería.

-Vistos los argumentos del recurrente- ... en los cuales alega que el signo solicitado DI PAULUCCI no se encuentra incurso en supuesto prohibitivo alguno, por cuanto es un término de fantasía. Es doctrina reiterada de este Despacho, que cuando un signo consiste en el nombre y apellido, seudónimo, firma o caricatura de un tercero distinto del peticionario, si no se ha presentado autorización para hacer la solicitud, por el o por sus herederos, no se pueden otorgar los derechos que confiere el registro de marcas, porque ello constituiría un usufructo ilegítimo de la fama o prestigio ganado por dicha persona natural y de los derechos subjetivos derivados del nombre civil. Este Despacho en el análisis del caso de autos observa: es imposible probar el hecho negativo de que dicha marca no corresponde a ningún apellido de persona natural, empero, conforme a la teoría general de la prueba y al derecho de las obligaciones, el hecho negativo debe probarse con el hecho positivo contrario que lo desvirtúe, por lo que el recurrente de estar intere-

20. En el caso que nos ocupa, se hace una densa interpretación a cerca de la forma de aplicación y prueba del literal F del artículo 83. No obstante, es necesario aclarar: en primer lugar es necesario hacer una diferenciación entre lo que es el nombre civil, y lo que es el nombre utilizado como instrumento comercial, e indudablemente que son dos figuras absolutamente diferentes. La prohibición anterior atiende en primer término a aquellos términos que incluyan nombre, apellidos, caricaturas de personas que hayan adquirido cierto conocimiento dentro de un público en particular. Por tal motivo dicho artículo menciona textualmente "persona natural distinta del peticionario o del que sea identifica por la generalidad del público como una persona distinta de éste", tal como pudo verse en la Resolución 5537 mencionada en este misma edición sobre el caso JACLYN SMITH' CALIFORNIA, pues en el caso particular una importante porción de público de películas tiene conocimiento de quien es dicha actriz. Ahora bien, pueden existir nombres absolutamente de fantasía ¿cómo podría probar alguien que un signo distintivo constituido por una marca y que constituye un nombre de fantasía, fue creado o inventado y no es la reproducción del nombre de una persona en ninguna parte del mundo? Si la pretensión de registro de un nombre, versara sobre un nombre mundial o nacionalmente famoso existe la posibilidad de desvirtuar tal aseveración, pero en caso de no existir, la posibilidad de probar en algún sentido se hace sencillamente imposible. En consecuencia, el criterio que debería imperar es aquel que tiende a conceder la marca, siempre y cuando no se trate del nombre personal de un personaje, nombre, caricatura o firma de un sujeto conocido a nivel internacional o nacional. En caso de no ser así, la Oficina de Marcas estará obligada a conceder dicho registro, pues debe tomarse en consideración que la marca es publicada para la oposición de terceros y ningún tercero presentó oposición, debe presumirse que no existe impedimento para su registro con respecto a derechos de terceros.

sado en la prueba documental del hecho positivo contrario que evidencie que el signo solicitado es de fantasía, no tiene mas que dirigirse en el caso que Venezuela, a la Dirección General de Identificación y Extranjería, a fin de obtener la prueba pertinente, pero teniendo en cuenta que la Ley establece el supuesto limitado solo a nuestro país sino a nivel mundial, hecho que no corresponde a la administración probar, por cuanto no puede pesar en su contra una presunción iuris tantum, que deba desvirtuar probando documentalmente las bases de las negativas cada vez la misma niegue una solicitud de marca por cualquiera de las prohibiciones de la ley de la materia, pues de lo contrario la aplicación del literal F del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sería inaplicable por la Administración sin que la misma tuviera que utilizar pruebas documentales cada vez que utilice la aplicación de la negativa, en acatamiento a la disposición legal, pues ello jamás pudo haber sido la intención del legislador, ni mucho menos la ratio legis.

a.2. Prohibiciones absolutas de registro. Marcas no registrables por vicios intrínsecos al signo.

Sarpi; Resolución N° 3850
Caso: TERMOMANTO²¹

10/10/95

Es registrable un signo que no describe características del producto distinguido por la marca en forma clara y directa.

Este Despacho considera que en efecto, es un signo de carácter evocativo o sugestivo, y no descriptivo de las cualidades del servicio. Es doctrina constante y reiterada por este Despacho que cuando un signo comercial no presenta en modo claro y evidente la indicación del género o la descripción de alguna característica o cualidad del producto o servicio o de su finalidad o sus efectos, puede ser concedido, por cuanto es individualizador y distintivo de dicho bien o servicio en el mercado; siendo su carácter o naturaleza evocativa o sugestiva de la idea del producto o de sus cualidades.

21. Solicitada en clase 50 del Clasificador Nacional para distinguir una empresa dedicada a la fabricación de impermeabilizantes.

Sarpi; Resolución N° 3853
Caso: TECNO CLOSET (etiq.)²²

10/10/95

Los términos que describen características del producto distinguido por la marca pueden figurar dentro del conjunto que comprende una marca.

Es un signo indicativo del producto y descriptivo de sus características, aún cuando comprenda una etiqueta. Pueden figurar palabras de uso común en diseños registrables, por cuanto lo que interesa es el conjunto como un todo y no cada uno de sus elementos, siempre y cuando los términos de uso común no sean la parte esencial y resaltante y la única manera de designar el producto.

Sarpi; Resolución N° 3862
Caso: PUROPAN²³

10/10/95

Aún cuando la marca sea muy conocida el hecho de estar conformada únicamente por términos que describen características del producto distinguido por la marca, impiden el registro de la misma.

... se observa que la notoriedad de la marca es un medio de defensa que tiene el titular de la misma para que ningún tercero pretenda hacerla suya, es decir, es un medio de defensa ante sus derechos sobre la marca a la cual le dio tal carácter por la buena fama y calidad de sus productos o servicios, por la alta difusión y por los ingresos obtenidos por ella, también con ello se evita la confusión de los consumidores sobre la calidad y procedencia de los productos. Ahora bien no deja de ser cierto que para obtener la protección legal es necesario cumplir con ciertos requisitos los cuales son novedad y originalidad, los cuales no cumple la presente marca, puesto que es una marca simple, pero compuesta por dos vocablos meramente descriptivos que guardan relación con la actividad a proteger y por tal razón no puede ser objeto de registro.

-
22. La marca fue solicitada en clase 50 del Clasificador Nacional para distinguir una empresa dedicada a la fabricación, distribución, venta compra de closet en general.
 23. Criterio administrativo reiterado en Resolución N° 3935, Boletín N° 395, Tomo II (Caso: Filenet).

Sarpi; Resolución N° 3863
Caso: MERENGUE²⁴

10/10/95

Los términos que nombran directamente el producto distinguido por la marca no son aptos para ser registrados como marcas.

-El signo- ...resulta genérico para los productos que distingue pues el mismo indica el género del producto o productos que el solicitante podría producir, los cuales integran el distingue de la clase 46, ya que la palabra merengue, según el diccionario Larousse, significa “dulce delicado de clara de huevo”, pudiendo ser éste uno de los productos proteger por el signo solicitado. Es doctrina que cuando un signo consiste en una mención de uso común o general, indicando el género de un producto o servicio o describiendo las cualidades, características, fines o naturaleza del mismo, y cuando indica o describe los efectos del uso de dicho bien, el mismo no es objeto de registro por cuanto nadie puede apropiarse de menciones que pertenecen al Dominio Público. En atención a lo anterior, el Despacho sostiene el reiterado criterio jurisprudencial y doctrinario de que “una marca que representa un sustantivo o idea siempre ser idéntica a ese sustantivo o idea”.

Sarpi; Resolución N° 1106
Caso: SCIENTOLOGY

22/03/95

Los términos que describen el tipo de servicios que distingue la marca no son aptos para su registro.

... este Despacho en el análisis y resolución del recurso interpuesto, observa que consiste en un signo que sirve en el público en general para describir el tipo de actividad a desarrollar por la denominación solicitada, así pues “SCIENTOLOGY” (CIENCIA TECNOLÓGICA) es una indicación que sirve en el lenguaje corriente para designar describir los servicios a prestar por la firma solicitante cuales son los de educación, actividad destinada a impartir materias científicas, a la vez que comparten conocimientos tecnológicos, crecimiento espiritual y concientización del individuo, evidenciándose la relación directa del término a reivindicar con la actividad a desarrollar, ... pues es doctrina que cuando un signo consiste en una mención o designación de uso común o general, indicando el género de

24. La solicitud de registro fue negada.

un producto o servicio o describiendo las cualidades características, fines o naturaleza del mismo y cuando indica o describe los efectos del uso de dicho bien, no es objeto de registro ...

Sarpi; Resolución N° 3859
Caso: SATELIVISON

10/10/95

La unión de dos términos genéricos no es suficiente como para poder registrar el signo.

Una vez analizada la marca solicitada se evidencia que la misma está formada por dos vocablos que son simples variaciones de términos genéricos relacionados con la actividad a proteger, es decir, satélites y televisión, y el hecho de estar unidas no hace a la marca lo suficientemente distintivas ni novedosas.

Sarpi; Resolución N° 6580
Caso: GEMFIBROZL

24/11/96

La marca evocativa es perfectamente registrable, por cuanto sugiere en la mente del consumidor las cualidades del producto sin llegar a identificarse con éste.

En tal sentido la doctrina administrativa mas reciente ha insistido en dejar claro que una marca puede ser evocativa, esto es, hacer referencia al producto o a la actividad a la cual se destina sin ser por ello genérica. Lo anterior se revela en las siguientes máximas: A) Una marca puede ser evocativa de la cualidad del producto, lo cual no es en modo alguno prohibido por la Ley de Propiedad Industrial justamente, la marca evocativa es el signo ideal el comerciante o industrial, por cuanto sugiere en la mente del consumidor el producto o las cualidades del mismo sin llegar a identificarse con éste. B) Para que sea registrable una marca no es necesario que eluda toda posible insinuación o sugerencia sobre la naturaleza o cualidad del producto. C) Lo que la Ley prohíbe es el registro de las expresiones comúnmente empleadas para indicar atributos de los artículos. D) No debe confundirse la marca genérica, la cual no puede ser objeto de protección exclusiva con la marca evocativa que es aquella que sugiere las cualidades del producto.

Sarpi; Resolución N° 6580
Caso: GEMFIBROZL

24/11/96

Elementos que constituyen prueba para determinar si una marca es o no genérica.

No constituye prueba de genericidad la presentación de copias fotostáticas de diccionarios no oficiales. Constituye una prueba de la genericidad de un término su inclusión en la lista de las denominaciones genéricas de la Organización Mundial de la Salud.

Sarpi; Resolución N° 3873 10/10/95
Caso: HELIOTECNICA (etiqa)

Si el término solicitado no indica en forma clara las características o cualidades del producto, debe considerarse evocativo.

...cuando un signo comercial no presenta de un modo claro y evidente la indicación del género o la descripción de alguna de las características o cualidad del producto o servicio, o de su finalidad o efectos, puede ser concedido, por cuanto es individualizador y distintivo de dicho bien o servicio en el mercado; siendo su carácter o naturaleza evocativa o sugestiva de la idea del producto o de sus cualidades.

Sarpi; Resolución N° 3936 10/10/95
Caso: Bodegón del Pollo²⁵

Los términos que evocan las características del producto son registrables como marca.

... cuando un signo comercial no presenta en modo claro y evidente la indicación del género o la descripción de alguna característica o cualidad del producto o servicio, o de su finalidad o efectos, puede ser concedido, por cuanto es individualizador y distintivo de dicho bien o servicio en el mercado; siendo su carácter o naturaleza evocativa o sugestiva de la idea del producto o de sus cualidades.

Sarpi, Resolución N° 5563 24/11/95
Caso: CAFETERIA

El término que no guarda un nexo con los productos que pretende distinguir, debe considerarse distintivo y, por lo tanto, registrable.

25. En este caso se concedió la marca.

Analizado el recurso de reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado, y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que el signo solicitado CAFETERIA, no constituye la designación usual de los productos que se pretende distinguir. Una vez analizada la marca solicitada se evidencia que la misma no guarda ningún nexo con los productos que pretende distinguir, como lo son: servilletas de papel y toallas de cocina de papel, por lo cual no existe impedimento alguno para que sea un signo distintivo de los mismos.

Sarpi, Resolución N° 5551
Caso: MAGNETA

24/11/95

Aun cuando una marca genérica haya sido registrada dentro del Pacto Andino, no es suficiente para permitir el registro. El carácter genérico de una marca debe ser analizado a la luz del lenguaje comúnmente utilizado en la localidad o país en que se pretenda el registro.

Una vez analizada la marca solicitada se observa que la misma al ser traducida al castellano significa MAGNETICA. De allí que dicho signo no pueda ser protegido por cuanto es indicativo de características de los productos que se pretenden proteger; es decir, guardan total relación con los productos de la clase 21 nacional. En cuanto a los registros alegados los mismos no son relevantes, por cuanto la marca no goza de protección por ser genérica y porque los mismos ni siquiera pertenecen a países del Pacto Andino. Cuando un signo consiste en una mención o designación de uso común o general, indicando el género de un producto o servicio, o describiendo las cualidades, características, fines o naturaleza del mismo; y cuando indica o describe los efectos del uso de dicho bien, no es objeto de registro por cuanto nadie puede apropiarse de menciones que pertenecen al Dominio Público.

d. Observaciones y mejor derecho
Sarpi; Resolución N° 6223
Caso: DINO c. LOS PICAPIEDRAS²⁶

24/11/96

26. En igual sentido ver Resolución N° 6580 del 24 de noviembre de 1995 agregando además, que "el alertante no debe confundir la finalidad de su escrito que es la de orientar o servir de guía a la administración sobre una concesión que pudiera no cumplir con el ordenamiento jurídico vigente, en consecuencia, mal podría utilizar tal figura del ALERTA para intentar la NULIDAD ABSOLUTA de una concesión marcaría, ..."

El escrito de alerta permite al particular hacer ante la Administración observaciones cuando una marca no se ajusta a los requerimientos legales.

Ahora bien, consideramos necesario aclarar que la figura del "Alerta" como tal, no está contemplada dentro de la normativa legal vigente que rige la materia. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en una de sus sentencias ha señalado un criterio sobre lo que entendemos por "La objeción", y en este sentido la ha definido "como un señalamiento que puede hacer cualquier persona, en cualquier tiempo, dentro del proceso de tramitación administrativa, alertando al funcionario de que el signo solicitado como marca, no se ajusta a los requerimientos legales que debe reunir el signo distintivo para ser considerado como tal. El objetante no se hace en ningún momento parte en el proceso administrativo" (sentencia del 7 de diciembre de 1982, con ponencia de la magistrado Dra. Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS. En el caso que nos ocupa se puede asimilar por analogía la figura del "Alerta", al criterio de la "Objeción" emanado de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político Administrativo, considerándose por esta razón que se trata de meras incidencias dentro del proceso administrativo, por lo tanto los recursos que le corresponden al interesado interponer, son los contemplados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Sarpi; Resolución N° 4800

10/10/95

Caso: IMPORTADORA MILO, C.A. c. MILO's²⁷

El registro mercantil no es relevante para oponerse a la concesión de un registro.

Este Despacho una vez realizada una visión de conjunto o sintética de los signos en conflicto, sin descomponer la unidad de sus elementos gráficos y fonéticos, no comparte lo alegado por el observante, ya que en primer lugar si bien es cierto que el opositor posee un Registro Mercantil denomi-

27. Tomando en consideración que para el momento de ésta resolución, Venezuela ya era miembro de la Convención de París, la resolución en comento, desaplica el artículo 8 de la Convención antes citada. En este sentido, es obligación de los países miembros otorgar protección a los nombres comerciales sin necesidad de registro previo. En el caso particular, se demostró la existencia de un nombre comercial obtenido a través del registro mercantil, al menos le da una fecha cierta previa en que la empresa se encontraba usando dicho nombre.

nado "Milo" no es menos cierto que esto no es relevante a los fines de presentar la oposición ..., puesto que no existe ni solicitud previa, ni mucho menos registro de la denominación comercial "Milos" (opositora) por ante el Despacho

e. Derechos conferidos por la marca

Sarpi; Resolución N° 3718

10/10/95

Caso: WENDY's²⁸

La obtención del registro establece una presunción de propiedad y uso sobre la marca.

En materia de falta de caducidad por falta de uso el sistema acogido por esta Autoridad Administrativa en nuestro país que quien solicita la extinción del registro basado en el no uso parte de su titular, debe aportar los elementos probatorios que demuestren eficazmente tal información. La situación precedente deriva de que el registro establece en beneficio de su titular una presunción de propiedad y uso del bien cuya protección exclusiva le confiere la Ley, por ende, corresponde a quien pretenda destruirlo, la prueba del fundamento de su aseveración.

Sarpi; Resolución N° 2911

26/04/96

Caso: EMPRESA PESQUERA ROBINSON CRUSOE

Los derechos protegidos por la Ley Derechos de Autor otorgan preferencia para la obtención del registro marcario.

...el derecho de autor es entre otras cosas imprescriptible es decir, no caduca, no se extingue con el tiempo y que la tutela está bajo el estado cincuenta años después de la muerte del autor de la obra ... este Despacho considera que el nombre ROBINSON CRUSOE es notorio pero como obra literaria pero no en la actividad hotelera, y en los demás servicios que distingue el solicitante ...

28. El Registro de la Propiedad Industrial, declara el la concesión del registro de una marca "*establece una presunción de propiedad y uso*". En realidad considero una conclusión errada, puesto que el registro tiene efectos declarativos sobre el derecho y en lo que respecta al uso, éste es un derecho que proviene del otorgamiento del derecho marcario, pero otorga presunción alguna respecto a su uso.

h. Cancelación del registro

Sarpi; Resolución 5795

24/11/95

Caso: VICK²⁹

Se reconoce la cancelación de una marca una vez que ha sido comprobada la falta de uso.

... se considera que la marca comercial VICK, registrada ante el Despacho bajo el N° 94.186 de fecha 25 de abril de 1980, no ha sido usada por su titular durante los tres (3) años consecutivos precedentes a la fecha en que se inició la acción de la cancelación, razón por la cual este Despacho declara la cancelación de la referida marca comercial, de conformidad con lo establecido en el artículo 108 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

Sarpi; Resolución N° 3740

10/10/95

Caso: Mandarina Duck³⁰

Corresponde al propietario suministrar las pruebas pertinentes para demostrar el uso de la marca.

...se deduce que una vez que se solicita la cancelación de una marca por falta de uso a quien corresponde la carga de la prueba es a su propietario quien deberá demostrar el uso de la misma en la subregión durante los cinco (5) años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. Para demostrar el uso de la marca comercial "MANDARINA DUCK" (ETIQUETA) el titular de la misma tuvo a su disposición todas las pruebas contempladas en el ordenamiento jurídico venezolano ... y que aún

-
29. El caso es particular puesto que la marca VICK es notoria para caramelos y el propio hecho de la notoriedad implica un intenso uso de la marca. Por otra parte, tanto la Decisión 344 como el propio Convenio de París establecen la protección a la marca notoria, lo cual debería haber impedido dicha cancelación, inclusive ex-officio. Sin embargo, la Oficina de Registro declaró la cancelación de la marca a falta de pruebas por parte del titular.
30. Lamentablemente el caso referido -decidido conforme a la Decisión 313, precedente a la Decisión 344- es otro ejemplo en el que una marca mundialmente famosa le es cancelado el título registral precisamente para el mismo tipo de productos a través de los que ha logrado la notoriedad. A nivel internacional hemos podido ver casos en los que se cancela el registro de una marca notoria, pero solo para aquellos productos en que no ha sido conocida. Totalmente contrario es el caso que nos ocupa, pues tal posición podría representar una nueva modalidad de desprotección a las marcas notorias.

así no presentó ningún tipo de prueba que de una manera fehaciente demostrase o hiciese presumir la utilización de la marca comercial "MANDARINA DUCK" (ETIQUETA). Por todo lo antes expuesto se considera que la marca comercial "MANDARINA DUCK" (ETIQUETA) registrada bajo el N° 115.927 de fecha 31 de octubre de 1985, no ha sido utilizada por el titular durante los cinco (5) años consecutivos precedentes a la fecha en que se inició la acción de cancelación, razón por la cual este Despacho declara la cancelación, ...

i. Caducidad del registro

Sarpi; Resolución N° 3751

10/10/95

Caso: Fila³¹

Una marca, propiedad de una empresa extranjera, para mantenerse vigente no está obligada a ser usada a través de terceras personas.

Ha sido solicitada por ante este Despacho la caducidad de las marcas comerciales "FILA" (ETIQUETA) por considerar el solicitante que dicha marca no ha sido usada por mas de dos (2) años consecutivos precedentes y a efectos probatorios introduce oficio emanado de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX) según el cual en los archivos llevados por ese Despacho no aparece registrada ninguna compañía con las denominaciones antes mencionadas, igualmente acompaña oficio expedido por el Ministerio de Hacienda, Dirección General Sectorial de Aduanas, indicando que no existe ninguna empresa registrada con dichos nombres. Han sido verificados los registros de las marcas comerciales FILA (ETIQUETA). Así mismo, se ha observado y confirmado que en los Libros de Registro llevado por el Despacho no aparece ninguna nota marginal que indique haberse otorgado Licencia de Uso por esa Empresa a favor de terceros ni contrato aprobado por la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX) adscrita al Ministerio de Hacienda. Asimismo, analizando las normas establecidas en los artículos 63 y 64 del Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes licencias y regalías, se infiere la obligatoriedad de la autorización de registro por ante la SIEX, de los contratos sobre la materia que nos ocupa y de la Licencia de uso de marcas y distribución de productos identificados bajo marcas propiedad de

31. El caso que nos ocupa, se trata de una solicitud de caducidad de conformidad con el literal d) del artículo 36 de la Ley de Propiedad Industrial de 1955.

extranjeros. No obstante, se ha corroborado, de acuerdo al artículo 356 del Código de Comercio, que le está permitido a las empresas extranjeras hacer negocio en el país aún cuando no estén radicadas en éste, ni tengan sucursal ni explotación, por lo que en base a esta norma y no existiendo ningún otro precepto legal que obligue a una empresa extranjera a otorgar licencia de uso para la explotación de una marca, la supuesta obligación de que la marca, por ser propiedad de una empresa extranjera, de ser usada a través de terceras personas, no tiene fundamento legal. Igualmente, se pudo comprobar que el oficio emanado del Ministerio de Hacienda, Dirección de Aduanas solo hace constar que la empresa FILA SPORT, S.p.a. no se encuentra registrada en la antes mencionada Dirección de Aduanas lo cual no constituye prueba irrefutable del no uso de las marcas comerciales impugnadas.

a. La Marca Notoria

a.1. Conceptualización

Sarpi; Resolución N° 4603

10/10/95

Caso: DANIEL MURCIANO c. GEORGE MARCIANO³²

Bajo la norma andina se reconoce la notoriedad a nivel internacional.

El criterio constantemente reiterado por este Despacho con respecto a las marcas notorias es el referido a que la calificación de notoria dada a una marca debe ser en función del conocimiento parcial que de ella tenga el público consumidor del país donde se pretenda hacer valer su notoriedad. La notoriedad se atribuye al signo distintivo que ha adquirido renombre por la calidad y buena fama que ofrecen los productos actividades o servicios que distingue y su protección viene dada aún cuando no se encuentren registradas para evitar que no sea registrada por terceros no titulares de la misma, con la finalidad de impedir que los consumidores puedan ser inducidos a error al adquirir los productos en la creencia de que se trata de la marca notoria que la procedencia y cualidades de ésta son las mismas ...al concederse la marca comercial solicitada DANIEL MURCIANO (diseño) al so-

32. Debe hacerse notar que este interesante caso, consideró conveniente la negativa de la marca DANIEL MURCIANO, fundamentado en los criterios de notoriedad, a pesar de que la marca solicitada constituye el nombre personal del solicitante. Esta decisión eleva el criterio de notoriedad, por encima de criterios de interpretación literal, abordando el asunto de fondo y protegiendo verdaderamente los principios mas relevantes del derecho marcario.

licitante, se crearía confusión en el público consumidor a pensar que los productos distinguidos con la misma tiene alguna relación con la afamada marca GEORGES MARCIANO.

Sarpi; Resolución Nº 4605

10/10/95

Caso: BABY MINI c. MINNIE MOUSE³³

La protección de una marca notoria viene dada aún cuando no esté registrada en el país en que se exige protección.

El criterio constantemente reiterado por este Despacho con respecto a las marcas notorias es el referido a que la calificación de notoria dada a una marca debe ser en función del conocimiento general que de ella tenga el público consumidor. Dicha notoriedad se atribuye al signo distintivo que ha adquirido renombre por la calidad y buena fama que ofrecen los productos, actividades o servicios que distinguen y su protección viene dada aún cuando no esté registrada, así como evitar que sea registrada por terceros no titulares de la misma, a fin de impedir que los consumidores puedan ser inducidos a error al adquirir los productos o servicios en la creencia de que se trata de la marca notoria o que la procedencia o cualidades son las mismas. En el caso que nos ocupa, se trata de la solicitud de registro de una marca conocida ampliamente en el mercado internacional. Es evidente que de concederse la marca comercial "BABY MINI" al solicitante, se induciría a error por la falsa procedencia y cualidad de los productos y servicios distinguidos con la marca notoria MINNIE MOUSE. Dicha marca no solo constituye una marca notoria sino que además se encuentra protegida por Registros de Derecho de Autor a nombre de la empresa THE WALT DISNEY COMPANY que la hacen gozar de la protección de la Convención de Ber-

33. La anterior resolución es importante dado que aborda el tema de la notoriedad así como la protección de los derechos de autor. Sin embargo, se hace necesario hacer una aclaratoria, cuando la resolución refiere que puede inducirse "a error por falsa procedencia", tal declaración representa una imprecisión ya aclarada por el Tribunal Andino de Justicia, en el sentido de que la falsa procedencia o indicación de falsa procedencia, atiende exclusivamente al aspecto geográfico y no al origen empresarial que es de lo que trata la presente resolución (ver Proceso 1-IP-87 del Tribunal Andino de Justicia). Con respecto a la referencia de que la empresa WDC tiene registros de derechos de autor, disiento claramente de estos conceptos, visto que la protección autoral no viene dada de la obtención de ningún título registral, el cual en este campo constituye una mera prueba pre-constitutiva. La protección en materia de derechos de autor viene dada por el solo hecho de la creación y sin necesidad de título que lo constituya, conforme a la Convención de Berna.

na, la cual establece que quien posea el Derecho de Autor de un nombre igualmente tiene derecho a obtener la protección marcaria del mismo”

Sarpi; Resolución N° 4619
Caso: ALIA c. A VIA³⁴

10/10/95

La marca notoria está protegida contra las indicaciones de falsa procedencia.

En el caso que nos ocupa, se trata de la solicitud de registro de una marca tan similar a una marca conocida ampliamente en el mercado internacional. Es evidente que de concederse la marca comercial ALIA al solicitante, se induciría a error al público consumidor por falsa procedencia y cualidad, porque éste creería que al adquirir los productos ALIA está recibiendo los verdaderos y legítimos productos con las debidas garantías de servicio y experiencia.

Sarpi; Resolución N° 2050
Caso: NINTENDO

09/02/96

En Venezuela es el SARPI es el órgano a que corresponde pronunciarse sobre la titularidad de la marca notoriamente conocida.

... La Corte Suprema de Justicia, además de reconocer la notoriedad de la marca NINTENDO dispuso: “será la propia autoridad administrativa competente en el país, que en Venezuela es el Servicio Autónomo Registro de la Propiedad Industrial, a la que corresponda pronunciarse sobre la titularidad de la marca notoriamente conocida.” En esa misma decisión el máximo Tribunal determinó que es necesario la existencia de dos elementos para que pueda ser acordada una marca notoriamente conocida, los cuales son los siguientes:

34. Lamentablemente en este caso, si bien entendemos fue otorgada la debida protección a una marca notoria, sin embargo desde el punto de vista conceptual, los argumentos fueron totalmente errados. Debe recordarse que la protección de la notoriedad funciona, principalmente y entre otros, para proteger a la propia marca del riesgo de dilución de su fuerza distintiva, en segundo término para protección del titular, en cuanto a que los terceros no se beneficien de él, y en tercer lugar, en protección del consumidor. La indicación de falsa procedencia atiende a criterios esencialmente de orden geográfico aplicados en exclusiva a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen que nada tiene que ver con la notoriedad de una marca.

1°. Que el que se considere titular de la misma, la solicite señalando su carácter de marca notoriamente conocida, y; 2° Que el solicitante demuestre que es el creador intelectual del signo o su legítimo titular. En tal caso el acto administrativo decisorio, corresponde al organismo registral, que deberá determinar la titularidad originaria y, hacer una declaración expresa al respecto. Esta declaratoria de ser favorable al solicitante, permitía el otorgamiento del registro a su nombre y, de ser desfavorable al mismo, estará constituida por una denegación de dicho registro, aún cuando, hubiesen aportado pruebas tendientes a demostrar su eventual derecho. El legítimo titular deberá mediante solicitud separada pedir el otorgamiento a su favor del registro de la marca.

Sarpi; Resolución N° 7442
Caso: MOZART³⁵

05/01/96

Una marca notoria posee protección en todas las clases del Nomenclator.

-Este Despacho- ... considera que la marca solicitada si presenta identidad con la marca opositora MOZART registro N° 124955-F y con las marcas notorias MOZART. Una marca notoria posee protección en todas las clases del Nomenclator y aún con independencia de que haya sido registrada o no en Venezuela, aunado al hecho de que MOZART es el apellido de un tercero distinta del peticionario y el cual es un personaje famoso a nivel mundial.

Sarpi; Resolución N° 4635
Caso: PLUTOTEX c. PLUTO³⁶

10/10/95

Una marca notoria puede encontrarse protegida por la Ley de Derechos de Autor.

-
35. En este peculiar caso, se negó el registro de la marca MOZART para distinguir alimentos por considerarla famosa. Ahora bien, una vez reconocida la notoriedad, y habiendo sido alegada por tres particulares, nuevamente se incurre en el error de no indicar quien es el legítimo titular. Es de hacer notar que en el presente caso indica "con las marcas famosas MOZART". Quiere decir ésto entonces que todos son legítimos titulares de la marca MOZART. Obviamente tal declaración conduce a confusiones innecesarias.
36. En este caso, en primer término, doy por reproducidas las opiniones expresadas en el pie de pagina anterior. Adicionalmente, cabe destacar, que conforme a la mencionada Convención de Berna, la protección de los derechos de autor no deviene de registros, sino que provienen de la primera publicación que de la obra se haya hecho, por lo cual considero que en la resolución en comento, se incurre en una imprecisión, digna de ser aclarada.

En el caso que nos ocupa, se trata de la solicitud de registro de una marca conocida ampliamente, en el mercado internacional. Es evidente que de concederse la marca comercial PLUTOTEX al solicitante, se induciría a error al público consumidor por falsa procedencia y cualidad de los productos y servicios distinguidos debido a que éste los relacionaría con los productos distinguidos por la marca PLUTO. Dicha marca no solo constituye una marca notoria sino que además se encuentra protegida por Registros de Derecho de Autor a nombre de la empresa THE WALT D'SNEY COMPANY que la hacen gozar de la protección de la Convención de Berna la cual establece que quien posea el Derecho de Autor de un nombre igualmente tiene derecho a obtener la protección marcaría del mismo.

Sarpi; Resolución N° 4792
Caso: CHANEL c. SCHNELL

10/10/95

Las marcas notorias deben protegerse contra el registro de marcas similares o que por tergiversación fonética se pronuncien en forma similar a éstas.

... contraponiendo ambos signos en su conjunto, desde el punto de vista gráfico, no tiene gran similitud. Sin embargo, desde el punto de vista fonético, se observa que la pronunciación es muy similar debido a la tergiversación fonética que deriva de su pronunciación; esto aunado al hecho de que la marca comercial solicitada no tienen en su conjunto ningún elemento diferenciador que lo haga susceptible de distinguirse de las marcas registradas en el mercado, ya que en esencia la etiqueta consiste en la palabra SHNELL, escrito en forma que no es "per se" distintiva ni característica; de modo que la concesión del signo comercial solicitado implicaría inevitablemente el que se induzca al público consumidor a error o confusión en relación con el origen de los productos.....

Sarpi; Resolución N° 4797
Caso: GUCCIO G. c. GUCCIO G. y U.GUCCIO³⁷

10/10/95

No puede impedirse que un término previamente registrado sea objeto de nuevo registro por parte de su titular.

37. Debe destacarse que este caso, constituye el ejemplo clásico de solicitud de registro de una marca notoria por su titular y la oposición a su obtención por quien ha adquirido el mismo de

Han sido presentadas por ante este Despacho las solicitudes de registro de marca comercial GUCCIO G. a cuya concesión se opone CESARE ANTONIO FARINA CAUDILLO, por considerar que existen mas semejanzas que diferencias entre la marca solicitada “Guccio G” y “U.Gucci” registradas por lo que traería como consecuencia la confusión del público consumidor al momento de escoger los productos, no pudiendo coexistir de esta manera los signos en conflicto pacíficamente en el mercado, igualmente considera que su marca opositora es notoria. Este Despacho una vez realizada una visión de conjunto o sintética de los signos en conflicto, sin descomponer la unidad de sus elementos gráficos y fonéticos, se pronuncia en los siguientes términos, si bien es cierto que la marca solicitada “Guccio G” se parece gráfica y fonéticamente a la marca opositora “U Gucci”, no es menos cierto que el peticionario del signo solicitado es titular del registro N° 102907 correspondiente a la marca compleja “GG” en clase 39, en tal sentido, es necesario destacar que existe doctrina administrativa constantemente reiterada por este Despacho que señala: “El propietario de un signo solicitado tiene derecho a registrarlo para distinguir artículos semejantes a los amparados por su registro original” y de igual forma: “No puede impedirse que un término registrado como marca pueda ser objeto de nuevo registro por parte de su titular, ya se presente de la misma manera precedente o bien formando parte de un conjunto”, de manera que si los signos confrontados en autos han podido convivir pacíficamente en el mercado hasta el presente fecha sin causar error o confusión en el ánimo de los consumidores, no encuentra este Despacho motivo para negar al signo solicitado, máxime siendo la marca solicitada una marca mundialmente conocida por la buena calidad de sus productos, por lo que el consumidor podrá diferenciar unos de otros, por lo contrario la marca opositora no prueba en autos la notoriedad alegada ...

Sarpi; Resolución N° 4800

10/10/95

Caso: IMPORTADORA MILO, C.A. c. MILO's

mala fe. No obstante, debe llamarse la atención con respecto a lo siguiente: si bien buscó una vía para permitir el registro de una marca notoria por su legítimo titular, lo hizo afirmando que la coexistencia de ambas no induce a confusión a los consumidores. Debemos disentir en el particular pues por el contrario, la protección de una marca notoria en favor de su titular involucra esencialmente, impedir que terceros usen marca iguales o similares a una notoria, lo cual involucra la anulación de registros de terceros diferentes al legítimo titular. La solución propuesta consistiría en anular los registros del tercero concedidos por error de la Administración, y aclarar que siendo éstos de un tercero, se induce a error al consumidor en relación con la marca notoria del legítimo titular.

La marca notoria debe ser reconocida como tal al menos por una parte importante de los consumidores.

Para ser considerada como MARCA FAMOSA, la marca debe ser reconocida como notoria por el público en general o por una parte importante de los consumidores. En tal caso la marca famosa es susceptible de protección contra el registro o el uso de terceros de una marca idéntica o similar para productos incluso diferentes a los del titular de la marca famosa. No obstante será necesario que las circunstancias sean tales que a falta de protección de la marca famosa, los consumidores serán inducidos a error respecto al origen de los productos, o a la conclusión errónea de que los productos están relacionados de alguna forma con el titular de la marca famosa ...

Sarpi; Resolución N° 4803
Caso: JACUZZI³⁸

10/10/95

*La marca notoria impide el registro de nuevas marcas que contengan el elemento notorio.*³⁹

Este Despacho luego de analizar lo alegado por el observante, considera que en efecto, el registro alegado base de la oposición constituye motivo suficiente para negar al signo solicitado, toda vez que es obvia la identidad tanto gráfica como fonética entre los mismos, máxime amparando productos iguales por lo que los signos confrontados no pueden convivir pacíficamente en el mercado sin causar error o confusión en cuanto al ánimo del público consumidor, por las consideraciones anteriores esta Oficina Registral decide no pronunciarse sobre la notoriedad igualmente alegada.

Sarpi; Resolución N° 4811
Caso: JOAN & DAVID

10/10/95

La marca notoria se protege con el fin de evitar que sea registrada por terceros no titulares de la misma, y a fin de impedir que los consumidores puedan ser inducidos a error.

-
38. Nótese que esta resolución cambia el criterio sostenido en Resolución N° 942 publicada en el Boletín N° 390, en la cual la Administración declaró que el signo había pasado al uso general. Ver Doctrina Administrativa y Jurisprudencia en materia de Propiedad Industrial, en *Revista de Derecho Internacional Económico*, Volumen 1, Número 1.
39. En este particular, vale la pena recordar que cuando la notoriedad es alegada y promovidas pruebas al efecto, es una obligación ineludible de la Administración pronunciarse sobre el particular. En caso de no hacerlo, estaría viciando el acto administrativo de nulidad, por incurrir en silencio de prueba.

El criterio constantemente reiterado por este Despacho con respecto a las marcas notorias es el referido a que la calificación de notoria dada a una marca debe ser en función del conocimiento general que de ella tenga el público consumidor. Dicha notoriedad se atribuye al signo distintivo que ha adquirido renombre por la calidad y buena fama que ofrecen los productos, actividades o servicios que distinguen y su protección viene dada aún cuando no se encuentra registrada, en evitar que sean registrada por terceros no titulares de la misma, a fin de impedir que los consumidores puedan ser inducidos a error

Sarpi; Resolución N° 7181
Caso: LITTLE CAESAR PIZZA

05/01/96

El ser titular de registros en el exterior no es argumento suficiente para sostener la notoriedad de una marca.

Este Despacho después de realizado el análisis comparativo global entre las marcas considera que la marca opositora "LITTLE CAESAR PIZZA", la cual tiene registro en varios países del mundo mas no en Venezuela es una marca conocida, mas no consideramos que pueda ser calificado como notoria, ya que no cumple con los requisitos contemplados en el artículo 84 de la Decisión 344 de la Comisión el Acuerdo de Cartagena, ...

Sarpi; Resolución N° 6223
Caso: DINO c. LOS PICAPIEDRAS

24/11/96

La falta de protección de la marca famosa, debe ser de tal forma que de no otorgarse los consumidores llegarían a la conclusión errónea que los productos están relacionados con el titular de la marca famosa.

El Registrador de la Propiedad Industrial, mediante Resolución N° 2023 de fecha 19 de septiembre de 1989, confirió derechos de uso exclusivo a J E I Juguetes y Entretenimientos Infantiles C.A. sobre su solicitud marcaria N° 8728 de fecha 19 de junio de 1987 denominada DINO, en clase 22⁴⁰. En efecto la resolución antes referida está viciada de ilegalidad por que

40. Para distinguir juguetes, artículos de deporte y juegos.

contraviene las disposiciones de los ordinales 11 y 12 del artículo 33 de la Ley de Propiedad Industrial, .. en concordancia con los literales a), b), d) y e) del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. A tal efecto existe el principio doctrinario de especial importancia el cual establece: "Para ser considerada como marca famosa una marca debe ser reconocida como notoria por el público en general, o por una parte importante de los consumidores. En tal caso, la marca famosa es susceptible de protección contra el registro o el uso, por terceros de una marca idéntica o similar para productos incluso diferentes de los del titular de la marca famosa. No obstante será necesario que las circunstancias sean tales que a falta de protección de la marca famosa, los productos serían inducidos a error respecto del origen de los productos o a la conclusión errónea de que los productos están relacionados de alguna forma con el titular de la marca famosa: (SEMINARIO SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS MARCAS EN EL DESARROLLO ECONOMICO, patrocinado por la ORGANIZACION MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI) realizado en la ciudad de La Paz, Bolivia, en fecha 10 al 14 de noviembre de 1986).

b. Denominaciones de origen

b.1. Conceptualización

Sarpi; Resolución N° 4794

10/10/95

Caso: HIGHLAND GOLD c. SCOTCH WHISKY ASSOCIATION

La protección de la denominación de origen se orienta a evitar que el signo comercial solicitado, induzca a error respecto al origen o procedencia de dichos productos.

Este Despacho al analizar el presente caso, observa que han de hacerse valaderos los alegatos esgrimidos por el oponente en el sentido de que la palabra HIGHLAND (TIERRAS ALTAS) se asocia con la región donde se elaboran los whiskys escoceses, ya que como pudo verificarse de las pruebas aportadas por el oponente, es característico que las bebidas elaboradas en Escocia coloquen esta palabra dentro de la etiqueta o de la marca que identifica los productos, como indicativo de su procedencia y calidad. De modo que de protegerse el signo comercial solicitado, se induciría inevitablemente a error o confusión al público consumidor en relación al origen o procedencia de dichos productos (licores alcohólicos), en el sen-

tido de que podría pensarse que provienen de las tierras altas (HIGHLAND) de Escocia, ...

c. Indicación de Procedencia

c.1. Conceptualización

Sarpi; Resolución N° 3867

10/10/95

Caso: MILWAKEES BEST⁴¹ (etiq)

Aquellas que anuncian el origen o región en que los productos han sido elaborados.

Las indicaciones de procedencia son aquellas destinadas a anunciar al público que los productos a los cuales se aplica han sido elaborados en la parte de la región señalada... La intención del legislador para estos momentos, ha sido que se pueden utilizar nombres geográficos como signos distintivos siempre y cuando ésto no induzca a confusión respecto a los productos a los cuales se aplica o error con respecto al origen, procedencia, cualidades o características de los bienes para los cuales se usa las marcas.

Sarpi; Resolución N° 3880

10/10/95

Caso: DIVARESE⁴² (etiq)

No pueden registrarse marcas que indiquen falsa procedencia o cualidad de sus productos.

..se evidencia que la marca solicitada es indicativa del lugar de origen , ya que la sílaba que le antecede DI se traduce en la preposición de origen DE, siendo la marca DI VARESE, por lo tanto indicativa de falsa procedencia y cualidad ya que la empresa se encuentra domiciliada en Varese.

Sarpi; Resolución N° 4599

10/10/95

Caso: NIPONTEC

Los términos de fantasía no inducen a confusión respecto a falsas indicaciones de origen.

41. Para distinguir productos de la clase 45 Internacional para bebidas

42. En clase 39 nacional para distinguir artículos de vestir, zapatos y sombreros.

Realizado un análisis del término NIPPONTEC se observa que el mismo es un término de fantasía, producto de la creatividad del solicitante el cual no constituye una indicación geográfica. De allí que su concesión no crearía confusión en el público consumidor.

**Impreso en
los talleres gráficos de
Editorial Torino
Telfs.: (02) 239.76.54, 235.24.31
Fax: (02) 235.43.46
Caracas - Venezuela**

LA REVISTA

La REVISTA es una publicación semestral para contribuir a la divulgación, estudio y discusión de temas vinculados con las regulaciones económicas internacionales, y, en particular, de la relación entre el Derecho, la Política Pública y la Economía, en el nivel internacional, y de los aspectos jurídicos de las relaciones económicas internacionales. La REVISTA dará especial prioridad al tratamiento de temas como: regulaciones al comercio internacional de bienes y servicios, tratados de integración económica y de libre comercio, regulaciones a las inversiones extranjeras, propiedad intelectual, organizaciones internacionales en materia económica y mecanismos para la solución de diferencias, comercio y ambiente, comercio y regulaciones laborales, y otros temas relevantes en el área de las relaciones económicas internacionales.

A pesar de que la REVISTA es ante todo, una publicación jurídica, no está dirigida sólo a los abogados, sino también a profesionales y estudiantes de otras disciplinas, interesados en conocer aspectos de las relaciones económicas internacionales.

PUBLICACION DE TEXTOS

La REVISTA gratuitamente considerará todas las contribuciones espontáneas recibidas, pero no asumirá responsabilidad alguna respecto de su publicación, no estando obligada a informar las razones por las cuales se decida no publicar una determinada contribución.

Las contribuciones deberán ser inéditas y escritas en lengua castellana. Estas deberán ser presentadas en original y tres copias, en cuartillas a doble espacio impresas en una cara, con márgenes de al menos un centímetro y medio de cada lado.

Las contribuciones serán recibidas por el equipo editorial de la REVISTA. Este hará una revisión estilística preliminar de la contribución presentada y luego sometidas a consideración de árbitros, miembros del Consejo Asesor. A los árbitros corresponderá la decisión final, respecto de la publicación.

Se recomienda a aquellas personas interesadas en escribir para la Revista, entrar en contacto con el equipo editorial, con el fin de obtener información en torno a las normas de estilo.

Para cualquier información, favor contactar a la REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO: ASPECTOS JURIDICOS DE LAS RELACIONES ECONOMICAS INTERNACIONALES, Apartado de Correos 510, Carmelitas, Caracas 1010, Venezuela, o enviar su mensaje al jcastrb@amauta.rcp.net.pe.

CARACAS - VENEZUELA