

*¿Cuáles son los servicios suministrados en  
ejercicio de facultades gubernamentales  
excluidos del ámbito de aplicación del AGCS?*



Claudia Castillo Comabella  
*Derecho Internacional Público*  
Tutor: Dr. Xavier Fernández Pons  
2014/2015

## Índice

<b>I. Abreviaturas</b> .....	4
<b>II. Introducción</b> .....	5
<b>III. Ámbito de aplicación del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios</b> .....	7
a. ¿Cuál es el ámbito de aplicación del AGCS? .....	7
b. ¿Qué importancia tiene que ciertos servicios estén cubiertos bajo el ámbito de aplicación del AGCS? .....	8
<b>IV. La exclusión de los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’</b> .....	10
<b>V. Los servicios públicos</b> .....	13
a. ¿Qué es un ‘servicio público’? .....	13
b. ¿Es el Artículo I:3(b) y (c) del AGCS una cláusula de exclusión de servicios públicos?.....	16
c. La autonomía reguladora de los Estados en materia de servicios públicos.....	18
<b>VI. Interpretación del Artículo I:3(b) y (c) del AGCS de acuerdo con las reglas generales de interpretación de los tratados</b> .....	20
a. Interpretación de acuerdo con las reglas generales de interpretación de los tratados .....	20
b. La primera fuente de incertidumbre respecto a la interpretación del Artículo I:3(b) y (c) del AGCS .....	22
c. Texto y contexto de las condiciones cumulativas .....	23
i. ‘condiciones comerciales’ .....	23
ii. ‘competencia’ .....	28
d. La necesidad de una ‘conexión gubernamental’ .....	32

e. Establecer la ‘conexión gubernamental’ .....	34
f. Conclusión preliminar.....	41
g. Las Listas de compromisos específicos de los Miembros de la OMC.....	42
i. ¿Qué reflejan las Listas de compromisos? .....	48
ii. ¿Qué relación se puede establecer entre la exclusión del Artículo I:3(b) y (c) y las Listas de compromisos?.....	52
<b>VII. Cláusulas de exclusión similares en otros tratados internacionales.....</b>	<b>53</b>
a. El Artículo 51 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .....	54
b. Los Artículos 1201(3)(b) y 1101(4) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.....	60
<b>VIII. Servicios que en la práctica se podrían encontrar excluidos en virtud del Artículo I:3(b) y (c) del AGCS.....</b>	<b>61</b>
<b>IX. Conclusión final.....</b>	<b>70</b>
<b>X. Bibliografía.....</b>	<b>73</b>
<b>XI. Anexos .....</b>	<b>79</b>
1. <i>Comunidades Europeas y sus Estados Miembro</i> , Lista de compromisos específicos .....	79
2. <i>Federación de Rusia</i> , Lista de compromisos específicos .....	80
3. <i>Montenegro</i> , Lista de compromisos específicos .....	81
4. <i>República de Bulgaria</i> , Lista de compromisos específicos.....	82
5. <i>República Democrática Popular Lao</i> , Lista de compromisos específicos .....	83
6. <i>República Dominicana</i> , Listas de compromisos específicos .....	84
7. <i>Vietnam</i> , Lista de compromisos específicos .....	85

## I. Abreviaturas

AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ALC	Acuerdo de Libre Comercio
CCP	Clasificación Central de Productos
CCS	Consejo del Comercio de Servicios
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidades Europeas
CPI	Corte Penal Internacional
ECOSOC	Consejo Económico y Social
EEUU	Estados Unidos de América
ESD	Entendimiento sobre Solución de Diferencias
FG	Facultades gubernamentales
GE	Grupo Especial
NMF	Nación más favorecida
OA	Órgano de Apelación
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
OSU	Obligación de Servicio Universal
p.	Página
párr.	Párrafo
párrs.	Párrafos
pp.	Páginas
SEPG	Servizi Ecologici Porto de Genova S.p.A
SP	Servicio público
SSD	Sistema de Solución de Diferencias
TCE	Tratado de las Comunidades Europeas
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	El Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TN	Tratado nacional
UE	Unión Europea
UN	United Nations (Naciones Unidas)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
vol.	Volumen

## II. Introducción

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) es un tratado adoptado en el año 1994 que contiene normas comerciales las cuales regulan el suministro internacional de servicios en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Desde su vigencia, el 1 de enero de 1995, se ha ido convirtiendo en un sistema de normas notablemente previsible, con un claro objetivo de impulsar la actividad económica y de fomentar el comercio internacional mediante la progresiva liberalización de los servicios.

El AGCS es de aplicación para todos los sectores de servicios, a excepción de aquellos ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ y los ‘servicios directamente relacionados con el tráfico aéreo’. La primera exclusión, en la que se centrará este trabajo, se encuentra en el Artículo I:3(b) y (c) del AGCS, y parece reflejar la línea que separa aquello perteneciente al comercio de aquello que forma parte del ‘sector público’. En ese sentido, para aquellos servicios pertenecientes al ámbito del comercio serán de aplicación las normas orientadas a la liberalización del comercio, mientras que para aquellos servicios pertenecientes al ‘sector público’ no, por encontrarse en el área de la actividad gubernamental en la que prevalece el interés general sobre aquellos intereses económicos, de modo que los Estados mantendrían una amplia soberanía, sin quedar sujetos a las obligaciones del AGCS.

Se trata de una excepción general, por tanto, que afecta de manera horizontal a todos los sectores. El Acuerdo define este tipo de servicios como servicios no suministrados “en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios”. Sin embargo, la redacción utilizada para describir tales servicios pertenecientes al ‘sector gubernamental’ o ‘sector público’ resulta no sólo compleja sino que también ambigua, dando lugar a múltiples interpretaciones. Algunos académicos de prestigio han calificado a la exclusión del Artículo I:3(b) y (c) como otro ejemplo más de la llamada ‘ambigüedad constructiva’<sup>1</sup>, la cual consiste en redactar una cláusula haciendo uso de una terminología imprecisa con tal de facilitar el consenso político entre los negociadores. En el momento en que surge una disputa relacionada con una cláusula de semejante redacción, el Grupo Especial (GE) de turno y el Órgano de

---

<sup>1</sup> LEROUX, E.H.: “*What is a ‘Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority’ Under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?*” (2006) 40: 3 WTJ 345. Para una

Apelación (OA) se ven obligados a interpretarla dando un significado preciso, una tarea que no resulta sencilla. Dado que la mayoría de Miembros de la OMC se encuentran directa o indirectamente involucrados en el suministro, organización o financiación de servicios públicos varios, algunos autores han asociado tal cláusula con la exclusión de ‘servicios públicos’, otros incluso le han llamado ‘exclusión de servicios públicos por excelencia’<sup>2</sup>. De hecho, la redacción de las innumerables cláusulas de exclusión en materia de servicios públicos que encontramos en otros Tratados de Libre Comercio (TLC) se asemejan notablemente a la utilizada para el Artículo I:3(b) y (c)<sup>3</sup>.

El AGCS ha sido fuertemente criticado por suscitar dudas sobre si tal acuerdo puede llegar a afectar indebidamente la capacidad de los Miembros para conseguir los objetivos y prioridades de sus propias políticas nacionales<sup>4</sup>, cometidos que suelen incluir garantizar el acceso a determinados servicios con el fin de satisfacer ciertas necesidades sociales más básicas. Mientras que algunos autores han venido apuntando que en efecto el AGCS está fomentando una liberalización, o incluso un desmantelamiento, de ciertos servicios públicos en cuanto estos son privatizados<sup>5</sup>, otros han venido defendiendo la teoría contraria alegando que el Acuerdo dispone de mecanismos suficientes para prevenir aquellos efectos negativos en la liberalización de determinados servicios públicos<sup>6</sup>.

Dado el actual debate que gira en torno a los servicios públicos y su ‘progresivo desmantelamiento’, el objetivo de este trabajo es llegar a una interpretación coherente de cuál es el alcance de los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ a los que se refiere Artículo I:3(b) y (c) del AGCS.

---

<sup>2</sup> ARENA, A.: “*The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from EU Supranational Dialectic*”, *Journal of World Trade* 45, no. 3 (2011) p. 489-528.

<sup>3</sup> Artículo 51 del TFUE; Artículo 1201(3)(b) y 1011(4) del TCLAN; Artículo 11.1(6) del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América; Artículo 10.1(4)(e) US-Australia TLC; Artículo 11.1(6) US-Chile TLC.

<sup>4</sup> LAL DAS, B.: “*Las negociaciones del GATS deberían reducir el desequilibrio actual*”, *Tercer Mundo Económico* no 136, agosto 2000.

<sup>5</sup> World Development Movement (WDM), *The GATS debate* (London: WDM, 2001) and Scott Sinclair/Jim Grieshaber-Otto pp. 34-35, *Facing the Facts: A guide to the GATS debate* (Ottawa: Canadian Center for Policy Alternatives, 2002) pp. 17-25.

<sup>6</sup> HARTRIDGE, D.: “*WTO Secretariat hits false attacks against GATS*”, Speech delivered at the European Services Forum, Brussels 27 November 2000, at <http://www.esf.be/docs/hartridg.doc> (visited 21 May 2002).

### III. **Ámbito de aplicación del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios**

#### a. **¿Cuál es el ámbito de aplicación del AGCS?**

El Artículo I:1 del AGCS define cuál es el ámbito de aplicación del AGCS, literalmente establece que el AGCS “se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios”. El alcance del término ‘medida’ se encuentra en el Artículo XXVIII(a) del propio tratado y establece que ésta puede revestir “forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma”. Además, de acuerdo con el Artículo I:3(a), el término ‘medidas adoptadas por los Miembros’ abarca todas aquellas adoptadas por gobiernos, autoridades centrales, regionales o locales e instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades delegadas por gobiernos o autoridades de cualquier rango.

En cuanto al término ‘comercio de servicios’, éste se encuentra definido como el suministro de servicios en cualquiera de los cuatro modos a los que se refiere el Artículo 1:2. La expresión ‘que afecten’ ha sido objeto de interpretación por parte del OA e implica que la medida ‘tenga un efecto en’ el comercio de los servicios, lo cual implica un amplio ámbito de aplicación del Acuerdo<sup>7</sup>.

En cuanto al término ‘servicios’, el AGCS no ofrece una definición concreta ni tampoco ha sido objeto de esclarecimiento por parte del GE o el OA. El Acuerdo se limita a establecer que el término ‘servicios’ comprende todo servicio, sea del sector que sea, a excepción de ‘los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’<sup>8</sup>. La redacción en estos términos ratifica su amplio ámbito de aplicación, a pesar de que todavía queda por ver a qué se refiere el AGCS cuando se refiere a los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’.

El ámbito de aplicación de AGCS dispone únicamente de dos limitaciones de distinta naturaleza, las cuales son de aplicación para todos los Miembros de la OMC. Una de

---

<sup>7</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (CE — Banano III)*, WT/DS27, p. 220; mencionado por el Grupo Especial en *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (Estados Unidos — Juegos al azar)*, WT/DS285, párr. 6.251.

<sup>8</sup> AGCS, Artículo I:3(b).

ellas viene dada por el Artículo I:3(b) y (c) y tiene un carácter transversal, son los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’. La otra viene establecida por el Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo y tiene carácter específico, pues se refiere un determinado sector<sup>9</sup>. De esta manera, al encontrarse estos servicios (unos con carácter transversal, otros específico) fuera del ámbito del Acuerdo, no será necesario que las medidas que afecten a los mismos respeten las obligaciones contenidas en el AGCS<sup>10</sup>.

## **b. ¿Qué importancia tiene que ciertos servicios estén cubiertos bajo el ámbito de aplicación del AGCS?**

Saber cuáles son los servicios que se encuentran bajo el ámbito del AGCS no es baladí. Cuando un servicio se encuentra bajo el AGCS, las obligaciones generales (como el principio del trato de la nación más favorecida o el de transparencia) serán de aplicación a cualquier medida relativa a cualquiera de los cuatro modos de suministro descritos en el Artículo I:2 del AGCS. Así, toda medida que afecte al servicio cubierto por el AGCS deberá ser de conformidad con las normas del mismo. Es importante remarcar que esto es así al margen de que un miembro decida contraer compromisos específicos relativos al acceso de mercado<sup>11</sup> y trato nacional<sup>12</sup> en determinados sectores y subsectores, por tratarse precisamente de obligaciones generales.

La no discriminación es un concepto clave en el contexto de la OMC<sup>13</sup>, tal principio queda reflejado esencialmente en dos obligaciones: el trato de la nación más favorecida y el trato nacional. La obligación de la nación más favorecida bajo el AGCS es de aplicación para cualquier servicios que se encuentre bajo el ámbito del mismo, por lo tanto, se configura como una obligación general. El Artículo II:1 contiene dicha obligación, la cual prohíbe la discriminación entre proveedores similares de servicios y

---

<sup>9</sup> El Artículo 2 del Anexo excluye todas aquellas medidas que afecten derechos de tráfico aéreo, así como aquellos servicios relacionados directamente con el ejercicio de derechos de tráfico.

<sup>10</sup> Es preciso diferenciar las excepciones de sectores que se encuentran cubiertas por el tratado pero se exceptúan del mismo en virtud de una cláusula del propio Acuerdo (por ejemplo, el Artículo XVI del AGCS), de aquellas que exceptúan per se un sector entero, de modo que queda ‘descubierto’ por el Acuerdo (por ejemplo, el Artículo I:3(b)).

<sup>11</sup> AGCS, Artículo XVI.

<sup>12</sup> AGCS, Artículo XVII.

<sup>13</sup> Preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, en el cual se aboga por “la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales”.

proveedores de distintos países. Tal discriminación no solamente abarca discriminaciones *de iure*, sino que también aquellas discriminaciones *de facto*<sup>14</sup>. La obligación de la nación más favorecida no es la única obligación de carácter general, también lo son la transparencia<sup>15</sup>, la divulgación de la información confidencial<sup>16</sup>, y la participación creciente de los países en desarrollo<sup>17</sup>.

A diferencia de la obligación de la nación más favorecida, la del trato nacional no es de aplicación por defecto a cualquier servicio cubierto por el AGCS<sup>18</sup>. En consecuencia, no será de aplicación para todas “las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios”<sup>19</sup>, sino que solamente será aplicable a aquellos sectores de servicios en los que un Miembro haya realizado de manera expresa compromisos específicos. Tales compromisos se encuentran en las ‘Listas de compromisos específicos’ correspondientes de cada Miembro de la OMC.

Al lado del principio de no discriminación, la sustancial reducción de obstáculos arancelarios y no arancelarios también se conforma como un concepto clave para los cometidos de la OMC. Según el Artículo XVI del AGCS, 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”. Por lo tanto, al igual que sucede con la obligación de trato nacional, nos encontramos ante una obligación que depende de las Listas de compromisos de los Miembros en cuestión. En consecuencia, será de aplicación en la medida en que cada Miembro decida, dado que en última instancia siempre son los propios Miembros quienes deciden hasta qué punto llega la liberalización de sus servicios. Resulta más práctico plasmar la diferencia entre un servicio se encuentre o no cubierto por el AGCS mediante un ejemplo:

➤ *Ejemplo: los acuerdos de ‘cooperación’ entre Venezuela y Cuba.*

En Venezuela (miembro de la OMC) los servicios de sanidad son suministrados tanto por el gobierno, como por el sector privado. En el año 2000, Venezuela decide

---

<sup>14</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de Bananos (CE — Banano III)*, WT/DS27, p. 233.

<sup>15</sup> AGCS, Artículo III.

<sup>16</sup> AGCS, Artículo III bis.

<sup>17</sup> AGCS, Artículo IV.

<sup>18</sup> En cambio, en el GATT la obligación de Trato Nacional si resulta una obligación general.

<sup>19</sup> AGCS, Artículo I:1.

establecer el Convenio Integral de Cooperación Bilateral<sup>20</sup> con Cuba (también miembro de la OMC), mediante el cual le permite mandar cooperantes cubanos médicos en unas determinadas condiciones, mientras que Venezuela se compromete a mandar diariamente una cierta cantidad de barriles de petróleo. En este caso, Venezuela podría estar violando el principio de la nación más favorecida en el caso de que los servicios sanitarios se encontraran bajo el ámbito del AGCS (al margen de los compromisos específicos que Venezuela haya contraído), por estar dándole a Cuba un trato más favorable en comparación a otros Miembros de la OMC. Sin embargo, en caso de estar fuera del ámbito del AGCS, no se daría tal vulneración.

#### **IV. La exclusión de los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’**

Partiendo de la base de que el ámbito del AGCS es una cuestión significativa la cual depende del significado del Artículo I:3(b) y (c), es importante determinar qué se entiende por aquellos ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’. El Artículo I:3(b) y (c) del AGCS dice así:

##### **Artículo I. Alcance y definición**

[...]

3. A los efectos del presente Acuerdo:

[...]

b) el término “servicios” comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales;

c) un “servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.

Hasta hoy, la expresión ‘servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’ no ha sido objeto de discusión en el OSD de la OMC. Como consecuencia, un análisis de la misma no puede basarse en una interpretación precedente en la OMC que, al margen de no ser estrictamente vinculante<sup>21</sup>, serviría de

---

<sup>20</sup> La última actualización de tales proyectos fue realizada en el año 2014.

<sup>21</sup> El Grupo Especial en *Japón — Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón — Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8, p.18 párr.1, declaró que los informes “crean expectativas legítimas en los

guía para darle a la cláusula un significado congruente. Tal y como dijo el gobierno de Canadá en unas declaraciones, lo único que tenemos por ahora es un amplio elenco de interpretaciones dispares<sup>22</sup>. Si observamos cuáles han sido los pronunciamientos relativos al alcance de la cláusula, es patente la incertidumbre que existe al respecto. Ni los pronunciamientos por parte del Secretariado, ni tampoco aquellos por parte de los Miembros de la OMC en sus discusiones informales, aportan un entendimiento claro que vaya en una misma dirección<sup>23</sup>.

- *El Secretariado*

En el ámbito de los servicios legales el Secretariado sostuvo que en efecto la administración de la justicia (es decir, jueces, tribunales, abogados del Estado, etc.) se encuentra fuera del ámbito del AGCS, por ser considerada en la mayor parte de países un ‘servicio en ejercicio de facultades gubernamentales’ de acuerdo con el Artículo I:3(b) y (c)<sup>24</sup>. De todas formas, el propio Secretariado hizo particular referencia a las actividades notariales, las cuales suelen estar suministradas en ‘condiciones comerciales’. En consecuencia, según el Secretariado, esos servicios se encontrarían bajo el ámbito del AGCS<sup>25</sup>. De manera similar, en la nota precedente en el sector de servicios sanitarios y sociales el Secretariado observó que pueden haber servicios médicos, sanitarios y sociales que van desde la titularidad y el absoluto control estatal, a otros que operan orientados al mercado. Sin embargo, pone en duda la coexistencia de ambos, por su eventual relación competitiva. Según el Secretariado, es difícil argumentar que tal relación de competitividad no existe<sup>26</sup>. Por último, en el sector de servicios medioambientales, el propio Secretariado admitió que el alcance del Artículo I:3(b) y (c) no está del todo claro<sup>27</sup>.

---

Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio”.

<sup>22</sup> VANDUZER, J.A.: “*Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS*”, in John M. Curtis and Dan Ciuriak (eds), Trade Policy Research 2004 (Ottawa: Minister of Public Works and Government Services 2004), pp. 287-518.

<sup>23</sup> KRAJEWSKI, M.: “*Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*” (2003) 6: 2 J Int’l Econ. L. 341, p. 7.

<sup>24</sup> Legal Services, Background Note by the Secretariat, 6 July 1998, S/C/W/43, p.4, No. 15.

<sup>25</sup> Legal Services, Background Note by the Secretariat, supra nota 24, p.3 Footnote 2.

<sup>26</sup> Health and Social Services, Background Note by the Secretariat, 18 September 1998, S/C/W/50, p. 10-11, No. 37-39.

<sup>27</sup> Environmental Services, Background Note by the Secretariat, 6 July 1998, S/C/W/46, p. 14-15, No. 52-53.

- *Discusiones entre los Miembros de la OMC*

También queda patente la incertidumbre que suscita la cláusula en las discusiones que han tenido los Miembros de la OMC. En una discusión informal en el Consejo del Comercio de Servicios (CCS) estos dieron a entender que el hecho de que el gobierno se involucre en un servicio, ya sea de manera directa o indirecta, no implica que todo el sector (por ejemplo, que todo el sector que recoge los servicios de asistencia sanitaria) quede en su integridad fuera del AGCS<sup>28</sup>. En otra discusión relativa a la contratación pública en las Negociaciones de la OMC sobre las normas del AGCS, los representantes de Argentina<sup>29</sup> y Tailandia<sup>30</sup> comentaron que el suministro de un servicio en base a una concesión administrativa significaba que el servicio estaba siendo suministrado ‘en ejercicio de facultades gubernamentales’. En una comunicación conjunta por parte de las Comunidades Europeas (CE), Hungría, Polonia, y la República Checa, manifestaron la semejanza que existe entre el Artículo 51 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). De hecho, esta última manera de entender el Artículo I:3(b) y (c) puede llegar a plantear ciertas dudas, dado que el Artículo 51 del TFUE ha sido interpretado restrictivamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>31</sup>. Esto es así porque en la jurisprudencia de la OMC no existe el principio de interpretación restrictiva, como si sucede en la Unión Europea (UE), sino que el OA ha venido considerando que es más conveniente una lectura equilibrada entre principios básicos que promueven el libre comercio y excepciones<sup>32</sup>.

Como se puede observar, el Artículo I:3(b) y (c) ha sido entendido de diversas formas. Ante la inexistencia de jurisprudencia y las referencias dispares por parte del Secretariado y algunos Miembros, es conveniente proceder a la interpretación del Artículo I:3(b) y (c) de acuerdo con las reglas generales para la interpretación de los Tratados, así como con arreglo a otros principios del Derecho Internacional aplicables en la interpretación de los Acuerdos de la OMC<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Council for Trade in Services, Report of the Meeting Held on 14 October 1998, S/C/M/30, p. 8, No. 22 (b).

<sup>29</sup> WPGR, 6 October 1998, S/WPGR/M/18, No. 18.

<sup>30</sup> WPGR, 19 May 1999, S/WPGR/M/22, No.27.

<sup>31</sup> Al haber sido interpretado tan restrictivamente, el TJUE nunca ha considerado que una actividad se encuentre bajo el amparo del Artículo 51 del TFUE.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ PONS, X.: *“La OMC y el Derecho internacional”*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 224.

<sup>33</sup> El Artículo 3.2 del ESD hace una remisión a las “normas usuales de interpretación del Derecho internacional público” para la interpretación de los Acuerdos abarcados. El OA ha venido afirmando que

## V. Los servicios públicos

### a. ¿Qué es un ‘servicio público’?

La noción de ‘servicio público’ no dispone de un significado legal concreto<sup>34</sup>, no únicamente en el contexto de la OMC, sino que tampoco mundialmente. Parece complejo encontrar una definición unánime para el concepto, dado que diverge en función del contexto, la sociedad y los países. Por ejemplo, ¿podríamos afirmar que la concepción de la sanidad es igual en EEUU que en España? Lo cierto es que no, ya que ambos países no comparten ni la misma historia, ni los mismos valores sociales y políticos, ni tampoco el rol que el estado tiene en la sociedad. Así, se trata de un concepto relativo y dinámico, el cual vendrá determinado por una particular sociedad, con unos determinados valores, en un determinado momento histórico, social y económico<sup>35</sup>. Al margen de las divergencias entre países y de las diversas maneras que puedan haber de abordar el concepto<sup>36</sup>, es importante tratar de buscar cuál el común denominador, si es que lo hay.

En abstracto, los servicios públicos se podrían definir como aquellas actividades sin las cuales las necesidades vitales de los ciudadanos estarían en riesgo<sup>37</sup>. Así, la ‘razón de ser’ de esta clase de servicios tiene sus raíces en el interés general de la sociedad. Además, dada su naturaleza, suelen ser un instrumento esencial para garantizar los derechos humanos<sup>38</sup>. Esta estrecha vinculación a los derechos humanos es el motivo por el cual los estados tienden a intervenir en el suministro de tales servicios. Bajo la creencia de que dichos servicios no pueden ser suministrados de manera eficiente en el mercado, los Estados actúan con diferentes grados de intervención, que pueden ir desde

---

los Artículos 31 a 33 de la CVDT son hoy en día reglas de interpretación del Derecho internacional general consolidadas (ver Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos — Gasolina)*, WT/DS2, p. 19; Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón — Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8, p. 13).

<sup>34</sup> KRAJEWSKI, M., nota 23, p. 2.

<sup>35</sup> La noción de ‘servicio público’ no solamente varía de un país a otro. Por ejemplo, en el Estado Español esta noción ha sufrido importantes cambios durante el tiempo (ver J. R. Parada, “*Los servicios públicos en España*”, vol. 2 (2003), pp. 1845-1869).

<sup>36</sup> Varios académicos han propuesto distintas maneras de abordar el concepto, por ejemplo ver KRAJEWSKI, M., nota 23, p. 2; también ADLUNG, R.: “*Public services and the GATS*” (2006) 9: 2 JEIL 455, p. 455.

<sup>37</sup> ARENA, A., nota 2, p. 491.

<sup>38</sup> ECOSOC, Report of the High Commissioner: Liberalization of Trade in Services and Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9 (25 Jun. 2002); UNCTAD Secretariat, Universal Access to Services, UN Doc. TD/B/ COM.1/EM.30/2 (18 Aug. 2006).

el establecimiento de un monopolio a la mera imposición de obligaciones especiales<sup>39</sup>. De este modo, el estado no deja simplemente en manos de las empresas privadas la explotación y el lucro de dichos servicios, ocupándose de garantizar, en todo o en parte, los mismos a su población. Es conveniente precisar que el hecho de que no se dejen en manos simplemente del sector privado determinados servicios no significa que única y exclusivamente el estado en primera persona pueda ser el proveedor y titular de los mismos. Es posible que un determinado servicio público sea suministrado por una entidad de titularidad privada, o parcialmente privada, en tales casos el Estado puede garantizar tal suministro a través de regulaciones. El ejemplo más típico es mediante la imposición de la Obligación de Servicio Universal (OSU).

La OSU es un estándar legal muy utilizado en los Estados industrializados que, en materia de servicios, consiste en un mandato legal dirigido a una organización que suministra un servicio considerado de interés general<sup>40</sup>. Mediante la OSU, se obliga al proveedor de tal servicio a que lo haga en unas condiciones asequibles y con arreglo al principio de igualdad en un determinado territorio<sup>41</sup>. Existen varios casos reales en los que el Estado interviene en el suministro de un determinado servicio por ser considerado de interés general utilizando este estándar legal:

➤ *Ejemplo A: Royal Mail Group (Reino Unido)*

En 2001, *Royal Mail* fue designado como único proveedor del servicio postal universal en el Reino Unido. Posteriormente, en el año 2006, los servicios postales fueron liberalizados, sin afectar a la condición y obligaciones que tenía *Royal Mail*<sup>42</sup>. Desde 2013 la entidad pasó de pública a estar parcialmente privatizada cotizando en bolsa. A pesar de ese cambio de titularidad, *Royal Mail* sigue hoy en día condicionado por ciertas regulaciones impuestas por el estado<sup>43</sup>. Actualmente, y al

---

<sup>39</sup> Como la ‘Obligación de Servicio Universal’ (*Universal Service Obligation*) a la que posteriormente se hará alusión.

<sup>40</sup> La OSU podría ser concebida como una ‘medida de aplicación general’ de acuerdo con el Artículo VI:1 (4) y (5) del AGCS, y tendrá que obedecer a los criterios de imparcialidad, objetividad y razonabilidad.

<sup>41</sup> CAMPBELL, J.I.: “*Universal Service Obligation: History and Development of Laws Relating to the Provision of Universal Postal Services*” (Appendix B - Study on Universal Postal Service and the Postal Monopoly), p. 29.

<sup>42</sup> Concretamente desde 2003, el correo de paquetes entró en competencia. No fue hasta el 2006 que todos los servicios postales entraron en competencia.

<sup>43</sup> El sector de las telecomunicaciones está regulado por una entidad independiente llamada Ofcom, esta entidad está obligada a operar en el marco de las facultades y deberes encomendadas por el Parlamento.

menos hasta 2021, *Royal Mail* continuará siendo el único proveedor del servicio postal en el Reino Unido<sup>44</sup>.

➤ *Ejemplo B: Telstra (Australia)*

*Telstra* es la principal compañía proveedora de los servicios de información y telecomunicaciones en Australia, tal compañía fue privatizada años atrás en tres diferentes etapas. En 1997 entró en competencia y un 33% de la compañía fue privatizado, en 1999 otro 16,6%, y finalmente en 2006 un 31% más. A pesar de esa paulatina privatización, *Telstra* sigue siendo en la actualidad el principal proveedor del servicio universal de telecomunicaciones en Australia<sup>45</sup>.

Por un lado, ambos casos demuestran que efectivamente el suministro de un servicio público o de interés general no tiene que ser imprescindiblemente prestado por una entidad de titularidad pública, sino que puede hacerlo también una compañía privada. Por otro lado, queda evidenciada la posibilidad de que el estado intervenga mediante la imposición de ciertas condiciones, como la OSU. De esta manera, la prestación del servicio queda garantizada. *Royal Mail* y *Telstra* no son casos aislados, por ejemplo algo parecido sucede con la compañía *Swisscom*<sup>46</sup> en Suiza, o con *Movistar* en España con el reciente Servicio Universal de Banda Ancha<sup>47</sup> (SUBA), entre otros.

Distintos tratados parecen referirse, o como mínimo aproximarse, a los ‘servicios públicos’ utilizando una terminología dispar. El AGCS hace referencia a los mismos como ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, mientras que el Anexo II del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) habla de ‘servicios sociales’ y el TFUE a ‘servicios de interés general’. Centrándonos en el AGCS, resultaría tentador equiparar la noción de ‘servicio público’ al concepto de ‘servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’<sup>48</sup>. Sin embargo, lo cierto es que el AGCS da una propia definición poco esclarecedora del concepto sin

---

<sup>44</sup> ‘*Postal Services Act 2011*’. Esta ley inglesa contiene los requisitos mínimos que el proveedor del Servicio Universal, en este caso *Royal Mail*, debe obligatoriamente cumplir.

<sup>45</sup> De acuerdo con ‘*Telecommunications (Consumer Protection and Service Standards) Act 1999*’.

<sup>46</sup> *Swisscom* es el principal proveedor de los servicios de telecomunicaciones en Suiza. La Confederación Suiza ostenta un 51.22% de las acciones, mientras que el porcentaje restante corresponde a capital privado.

<sup>47</sup> En la actualidad se trata de un servicio que se encuentra regulado por la Administración Central, de manera que lo convierte en derecho de todos los ciudadanos la conexión a internet. Tras un concurso público, *Movistar*, una compañía totalmente privada, ha sido elegida como el operador que garantiza tal derecho.

<sup>48</sup> AGCS, Artículo I:3(b).

referirse en ningún momento al término literal de ‘servicio público’<sup>49</sup>. A tenor del Artículo I:3(c), un servicio se encuentra suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales cuando no se suministra en ‘condiciones comerciales’, ni en ‘competencia con uno o varios proveedores de servicios’.

**b. ¿Es el Artículo I:3(b) y (c) del AGCS una cláusula de exclusión de servicios públicos?**

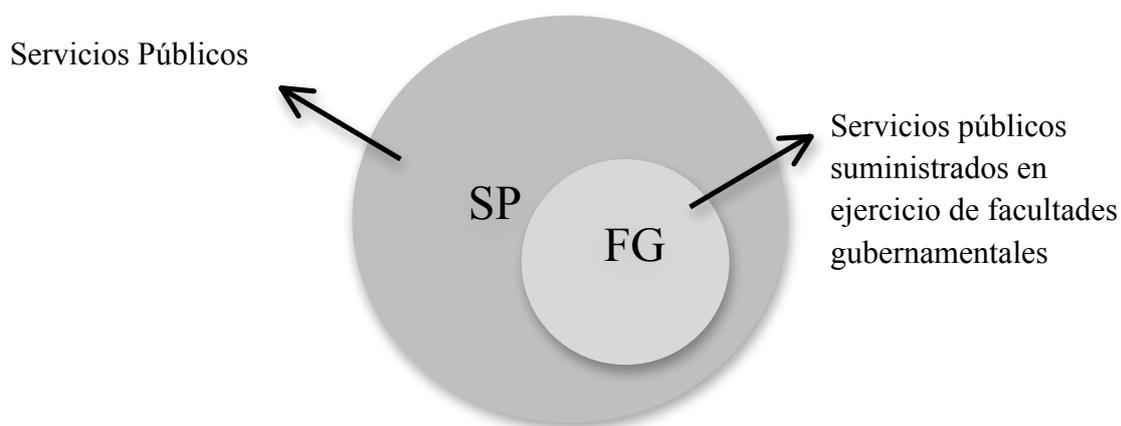
Como anteriormente se ha comentado, resultaría tentador asociar inmediatamente los ‘servicios públicos’ con la exclusión contenida en el Artículo I:3(b) y (c). Sin embargo, tratar de establecer *a priori* un vínculo inequívoco entre la noción de ‘servicio público’ y la noción a la que se refiere el propio AGCS en el Artículo I:3(b) y (c) no nos llevaría a caminar sobre seguro, principalmente por dos razones. En primer lugar, porque el AGCS no se refiere literalmente a esta expresión y, en segundo lugar, porque ignoraría el hecho de que los dichos servicios no son suministrados ni concebidos de la misma manera en los diferentes Miembros de la OMC. Por esos motivos los servicios públicos no pueden entenderse excluidos *per se* del ámbito del AGCS. En consecuencia, podrá haber servicios considerados públicos que se encuentren efectivamente cubiertos bajo el AGCS, mientras que solamente aquellos que cumplan las condiciones de la exclusión a la que se refiere el Artículo I:3(b) y (c) quedarán fuera del mismo.

Lo cierto es que tiene sentido que el AGCS no se refiera a los ‘servicios públicos’ en general. Se ha dicho que un servicio es considerado como público por su naturaleza, y que puede ser suministrado indistintamente por un proveedor de titularidad privada o pública. En el caso de que el AGCS hiciera alusión a los ‘servicios públicos’ literalmente conllevaría que un gran elenco de servicios no estarían cubiertos por el AGCS. Además, al ser una categoría de servicios con un alcance que depende de cada Miembro de manera individual, cabría la posibilidad de que los Miembros eludieran cumplir con sus obligaciones bajo el AGCS alegando que un determinado servicio es ‘público’, defendiendo la imposibilidad de que se dé una violación de sus obligaciones al no encontrarse sujeto a las mismas. En cambio, el AGCS solamente se refiere de

---

<sup>49</sup> AGCS, Artículo I:3(c).

manera parcial a los servicios públicos, acuñando un concepto propio, definido en el mismo Acuerdo: son los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’. En síntesis, es muy importante ver cómo el AGCS solamente excluye de su ámbito de aplicación a una parte de ‘servicios públicos’, y no todos ellos.



Como se puede apreciar en el gráfico superior, la noción de ‘servicios gubernamentales’ es más restringida que la que abarca los ‘servicios públicos’. En ese sentido, podemos afirmar que todo ‘servicio gubernamental’ será público, mientras que no todo ‘servicio público’ será gubernamental.

ARENA, A. define muy acertadamente las ‘cláusulas de exclusión de servicios públicos’ que suelen encontrarse en numerosos acuerdos de integración económica. ARENA, A. las define como aquellas disposiciones que excluyen ciertas actividades, al ser consideradas de ‘interés general’, del ámbito de aplicación de las obligaciones del acuerdo, permitiendo así que las partes del mismo acuerdo puedan someterlas a regímenes de intervención pública<sup>50</sup>.

Normalmente el ámbito subjetivo de este tipo de cláusulas comprende a todas las partes del tratado, aunque no siempre sea así. Desde el punto de vista del ámbito objetivo pueden clasificarse como horizontales (también denominadas transversales) o de un sector específico, hecho que dependerá de si se refieren a todos los servicios o únicamente a uno o unos en particular. Además, tales exclusiones pueden ser o bien

---

<sup>50</sup> ARENA, A., nota 2, p. 495.

parciales, o bien totales. Mientras que las parciales en el AGCS son aquellas exclusiones que pueden hacer los Miembros en sus respectivas listas de compromisos, las totales resultan de aplicación para todos los Miembros de la OMC. Las totales dejan sin aplicación todas las obligaciones contenidas en el AGCS, entretanto las parciales dejan sin aplicación solamente algunas de ellas.

Claramente, la exclusión del Artículo I:3(b) y (c) es de aplicación para todos los Miembros de la OMC y se trata de una exclusión total, dado que, como su propia redacción indica, el AGCS es de aplicación a “todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”<sup>51</sup>. Asimismo, esta excepción puede ser catalogada de horizontal, por cubrir todos los servicios que puedan verse afectados y no únicamente los de un sector específico<sup>52</sup>.

Además, las exclusiones totales pueden ser condicionales, cuando su aplicación viene supeditada a que se cumplan determinados requisitos, o pueden ser incondicionales, cuando su aplicación no depende de tales requisitos. A pesar de que el Artículo I:3(b) y (c) marque unos criterios negativos para que efectivamente los ‘servicios gubernamentales’ queden fuera del ámbito del AGCS, esos criterios son los empleados por los negociadores con tal de definir el ámbito objetivo de aplicación de la cláusula de exclusión.<sup>53</sup> Diferente sería que, por ejemplo, tal exclusión se encontrara sujeta a un test de proporcionalidad, de modo que un Miembro solo podría invocarla durante el tiempo necesario para alcanzar sus objetivos de interés general. Una vez aclarado esto, podemos afirmar que la exclusión del Artículo I:3(b) y (c) es de carácter incondicional.

### **c. La autonomía reguladora de los Estados en materia de servicios**

Los estados mediante regulación llevan a cabo sus propias políticas sociales, tal y como queda reflejado en materia de servicios públicos. Tanto su alcance, como la manera en que serán garantizados van a reflejar los valores que rigen una determinada

---

<sup>51</sup> AGCS, Artículo I:3(b).

<sup>52</sup> Como si sucede con el Anexo relativo a las negociaciones sobre servicios de transporte aéreo (ver Artículo 2 del Anexo).

<sup>53</sup> El Artículo I:3(b) y (c) opta por los criterios de ‘sin condiciones comerciales’ y ‘sin competencia’, pero también suelen utilizarse cláusulas generales o listas cerradas que enumeren los sectores objeto de exclusión.

sociedad, definiendo así cuál es su modelo social<sup>54</sup>. Un estado, ya sea por razones económicas, sociales o medioambientales, se encuentra legitimado para decidir regular el suministro de un determinado servicio. Dicha regulación se materializa de diversas maneras como, por ejemplo, fijando estándares cualitativos u otorgando subsidios. En definitiva, podemos decir que cada Miembro de la OMC es libre de decidir sector por sector, en base a sus políticas públicas y valorando cuáles son los beneficios e inconvenientes que supone contraer obligaciones bajo el Acuerdo.

El AGCS reconoce explícitamente en su Preámbulo “el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional”<sup>55</sup>. Si bien es cierto que, lo que bajo el AGCS se conforma como un derecho, bajo el derecho internacional en materia de derechos humanos se conforma como una obligación<sup>56</sup>. Este derecho a reglamentar está presente para todo tipo de servicios, lógicamente para aquellos excluidos del ámbito de aplicación del AGCS, como los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales, será total. Para aquellos servicios que, a pesar de ser servicios públicos, si se encuentren efectivamente cubiertos por el AGCS el derecho a reglamentar será más amplio que para otros servicios no considerados ‘públicos’.

Este derecho a la ‘autonomía reguladora’ de cada Miembro puede llegar a colisionar con el principal objetivo del AGCS: la liberalización progresiva de los servicios<sup>57</sup>. En semejante situación, será procedente llevar a cabo un análisis caso por caso y en base a los principios generales de interpretación de los tratados.

---

<sup>54</sup> European Communities Commission, “*Green Paper on Services of General Interest*” (2003) OJ C 76, p. 2.

<sup>55</sup> AGCS, Preámbulo párr. 4.

<sup>56</sup> ECOSOC, nota 38; *Declaration on the Right to Development*, Artículo 2 (3).

<sup>57</sup> AGCS, Preámbulo párr. 3.

## VI. Interpretación del Artículo I:3(b) y (c) del AGCS

### a. Interpretación de acuerdo con las reglas generales de interpretación de los tratados

A tenor de lo que formuló el OA en el caso *Estados Unidos — Gasolina*, el Acuerdo General no debe leerse de manera clínicamente aislada del derecho internacional público. En ese caso, el OA resaltó el deber de aplicar la regla contenida en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), por haber sido elevada a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general<sup>58</sup> que el OA está obligado a aplicar, en virtud de la remisión expresa contenida en el Artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)<sup>59</sup>, para aclarar las disposiciones del Acuerdo General y el resto de acuerdos abarcados<sup>60</sup>. La regla general se encuentra en el Artículo 31 de la CVDT y dice así:

#### Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

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

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

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

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

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

---

<sup>58</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos — Gasolina)*, WT/DS2, pp. 19-20.

<sup>59</sup>[...]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.[...]

<sup>60</sup> Se entiende por ‘acuerdos abarcados’ los enumerados en el Apéndice 1 del ESD, Artículo 1.

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

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

El resultado de aplicar la anterior regla implicará entonces interpretar el Artículo I:3(b) y (c) en conjunción con los demás artículos del AGCS, los anexos, las decisiones y las listas de compromisos<sup>61</sup>, entre otros. Junto a este precepto, el Artículo 32 de la CVDT establece otros medios de interpretación complementarios, a los que se debe recurrir con el propósito de averiguar un significado cuando el resultado de aplicar el Artículo 31 sea ambiguo, obscuro, manifiestamente absurdo o irrazonable. En el asunto *Japón — Bebidas alcohólicas*<sup>62</sup> el OA también confirmó que el Artículo 32 de la CVDT ha sido también elevada a la misma condición que el Artículo 31. El Artículo 32 de la CVDT dice así:

**Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.**

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

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

Tales principios de interpretación, contenidos en los Artículos 31 y 32, deben seguirse de manera holística, tal y como formuló el OA en el caso *Estados Unidos — Continuación de la reducción a cero*<sup>63</sup>. Por holística se entiende que la interpretación deberá ser coherente, relacionándose cada uno de los elementos y logrando el encaje de los mismos sin que se subdividan mecánicamente en componentes rígidos<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> AGCS, Artículo XX.3, el cual establece que “las listas de compromisos específicos se anexarán al presente Acuerdo y formarán parte integrante del mismo”.

<sup>62</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón — bebidas alcohólicas)*, WT/DS8, p. 13.

<sup>63</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero (Estados Unidos — Continuación a cero)*, WT/DS350, párr. 268. Algo parecido dijo el OA en *China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China — publicaciones y publicaciones audiovisuales)*, WT/DS363, párr. 399 *in fine*.

<sup>64</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (CE — Trozos de pollo)*, WT/DS269, párr. 176.

## **b. La primera fuente de incertidumbre respecto a la interpretación del Artículo I:3(b) y (c) del AGCS**

La primera fuente de incertidumbre sobre la exclusión del Artículo I:3(b) y (c) es si existe una noción de ‘facultades gubernamentales’ como tal o no. En otras palabras, por una parte se puede partir de la base de que dicha noción existe y que esta se configura como un requisito independiente para que puedan excluirse determinados servicios. *A contrario sensu*, se puede partir de la base de que dicha noción no existe como tal, sino que su propia definición se reduce a la marcada por el propio AGCS, es decir por las dos condiciones cumulativas de ‘sin condiciones comerciales’ y ‘sin competencia’ que se recogen en el punto (c) del Artículo I:3<sup>65</sup>.

Lo cierto es que el propio Artículo I:3(c) hace uso de la palabra ‘significa’, lo que nos induce a pensar que nos encontramos ante una definición concluyente. De lo contrario los negociadores hubieran utilizado, por ejemplo, la palabra ‘incluye’ dejando claro que la definición no sería concluyente sino meramente ilustrativa<sup>66</sup>.

Al margen de que la definición de tales servicios sea cerrada, el resultado de analizar el texto de los criterios negativos en su contexto pone de relieve que no se puede ignorar el nombre con el que son designados tales servicios. En el caso de ser omitida cualquier relación con el término ‘facultades gubernamentales’ conllevaría afirmar que un monopolio privado que suministrara un determinado servicio sin ánimo de lucro se encontrara fuera del ámbito del AGCS<sup>67</sup>. La verdad es que poca vinculación tendría tal servicio con una función pública o gubernamental como la propia terminología de la exclusión indica. Claramente, si los negociadores lo hubieran querido así, hubiera omitido emplear el término ‘facultades gubernamentales’.

Partiendo de esta base, será conveniente proceder al análisis del alcance de las condiciones cumulativas de ‘facultades gubernamentales’, ‘condiciones comerciales’, y ‘competencia’ de acuerdo con las reglas generales de interpretación de los tratados contenidas en los Artículos 31 y 32 de la CVDT.

---

<sup>65</sup> GERLICH, O.: “*Public services under GATS and NAFTA*” (2014), University of Ottawa, p. 9.

<sup>66</sup> ADLUNG, R., nota 36, p. 345 y 348, pié de p. 7.

<sup>67</sup> GERLICH, O., nota 65, p. 20.

### c. Texto y contexto de las condiciones cumulativas

#### i. ‘condiciones comerciales’

Las definiciones que ofrecen los diccionarios suelen ser un buen punto de partida para conocer el sentido ordinario de un término<sup>68</sup>. El sentido ordinario de la palabra ‘comercial’ se refiere a “*engaged with commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce*”; “*interested in financial return rather than artistry; likely to make a profit; regarded as a mere matter of business*” (dedicado al comercio; perteneciente o relativo al comercio; o interesado en el rendimiento económico más que en el mérito artístico; de probable rentabilidad; considerado una mera cuestión de negocios). Dado que la primera definición nos remite a la palabra ‘comercio’ su sentido corriente también resulta relevante, se trata de “*buying and selling; the exchange of merchandise or services, esp. on a largescale*”; “*a mercantile transaction*” (compraventa; el intercambio de mercancías o servicios, especialmente a gran escala”; “una transacción mercantil). Por último, el verbo ‘comerciar’ se refiere a “*carry[ing] on trade*”<sup>69</sup> y ‘trade’ a “*buying and selling or Exchange of commodities for profit*”<sup>70</sup>. Sobre la base de estas definiciones, KRAJEWSKI, M. distingue dos posibles sentidos ordinarios para el término ‘comercial’. El primero se refiere a ‘comercial’ como “actos de compra y venta”, con independencia de que haya o no ánimo de lucro, el segundo se refiere estrictamente a aquellas “actividades con ánimo de lucro”<sup>71</sup>.

Al fin y al cabo podemos observar que el significado corriente de esta palabra no es único, sino que puede estar sujeto a diversas interpretaciones. Sin embargo, no resulta descabellado asociar aquellas actividades ‘comerciales’ con cierta noción de ‘beneficio’ o ‘rendimiento financiero’. En ese sentido, y en concordancia con los autores

---

<sup>68</sup> Así ha sido señalado por el Órgano de Apelación en diferentes casos: Informe del Órgano de Apelación, *India — Derechos adicionales y derechos adicionales suplementarios sobre las importaciones procedentes de los Estados Unidos (India – derechos de Importación Adicionales)*, WT/DS360, p. 167, n. 324; Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (CE – Trozos de Pollo)*, WT/DS264, p. 175; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Estados Unidos — Madera blanda IV)*, DS/WT264, p. 59.

<sup>69</sup> The New Shorter Dictionary, Vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 451.

<sup>70</sup> The New Shorter Dictionary, Vol. 2 (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 3357.

<sup>71</sup> KRAJEWSKI, M., nota 23, p. 9.

KRAJEWSKI, M. y LEROUX, E. H.<sup>72</sup>, un servicio suministrado en ‘condiciones comerciales’ equivale a un servicio suministrado con ‘ánimo de lucro’<sup>73</sup>.

El uso de la palabra ‘comercial’ en otros preceptos del AGCS también resulta relevante. Por un lado, el Artículo XXVIII:(d) ofrece una definición el modo de suministro número tres: ‘presencia comercial’. Tal artículo contiene lo siguiente:

**Artículo XXVIII. Definiciones**

[...]

d) “presencia comercial” significa todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios, de:

- i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, o
- ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio;

Esta definición reafirma la hipótesis de que es necesario que para que una actividad sea considerada ‘comercial’ exista ánimo de lucro. Si bien el ACGS no define explícitamente el término de ‘establecimiento comercial o profesional’, es cierto que por regla general estos suelen estar orientados a obtener beneficios.

Por otro lado, la palabra ‘comercial’ también aparece en el Artículo XVII:1(b) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Tal artículo dice así:

**Artículo XVII**

1. [...]

b) Las disposiciones del apartado a) de este párrafo deberán interpretarse en el sentido de que imponen a estas empresas la obligación, teniendo debidamente en cuenta las demás disposiciones del presente Acuerdo, de efectuar las compras o ventas de esta naturaleza ateniéndose exclusivamente a consideraciones de carácter comercial\* -tales como precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta- y la obligación de ofrecer a las empresas de las demás partes contratantes las facilidades necesarias para que puedan participar en esas ventas o compras en condiciones de libre competencia y de conformidad con las prácticas comerciales corrientes.

---

<sup>72</sup> LEROUX, E.H., nota 1, p. 349; KRAJEWSKI, M., nota 23 p. 8.

<sup>73</sup> Lo cierto es que, partiendo del sentido ordinario, parece más lógico relacionar el término ‘comercial’ con aquellas “actividades con ánimo de lucro” que simplemente con aquellos “actos de compra y venta” sin la necesidad de que impliquen un ánimo de lucro. Sería una interpretación demasiado amplia pudiendo tener cabida en la exclusión únicamente aquellos servicios suministrados gratuitamente. Sin embargo, podría darse el caso de que un servicio fuera prestado a cambio de un precio simbólico o muy por debajo de su coste real que difícilmente podría calificarse como ‘comercial’.

En el caso *Canadá — Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, Estados Unidos alegaba que las medidas del Gobierno del Canadá y la Junta Canadiense del Trigo relativas a las exportaciones de trigo eran incompatibles con los párrafos 1 a) y 1 b) del Artículo XVII del GATT. Respecto a la interpretación del término ‘consideraciones comerciales’ que aparece en tal cláusula, tanto el GE como el OA sostuvieron en ese caso que efectivamente “los significados pertinentes con arreglo al diccionario de la palabra ‘commercial’ (comercial) son: ‘engaged in commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce’ o ‘[i]nterested in financial return rather than artistry; likely to make a profit; regarded as a mere matter of business’ (dedicado al comercio; perteneciente o relativo al comercio; o interesado en el rendimiento económico más que en el mérito artístico; de probable rentabilidad; considerado una mera cuestión de negocios)”<sup>74</sup>. Partiendo de tal sentido ordinario, el Grupo Especial sostuvo literalmente lo siguiente:

[...] el requisito de que las ECE hagan sus compras o sus ventas ateniéndose exclusivamente a consideraciones de carácter comercial debe implicar que deben tratar de comprar o vender en condiciones que son económicamente ventajosas para ellas y/o para sus propietarios, miembros, beneficiarios, etc.<sup>75</sup>

A pesar de que ‘condiciones comerciales’ y ‘consideraciones comerciales’ no sean dos conceptos idénticos a nivel literal, es razonable afirmar que suministrar un servicio en ‘condiciones comerciales’ conlleva que el suministrador del servicio lo haga con ánimo de lucrarse o en condiciones que le sean económicamente ventajosas. Al hilo de esta argumentación, el GE hizo distinción entre aquellas compras y ventas en atención exclusivamente a ‘consideraciones de carácter comercial’ y aquellas que, por el contrario, se hacen de acuerdo con las políticas que marca el estado.

Mientras que tanto KRAJEWSKI, M. como LEROUX, E. H. reducen a ‘comercial’ toda actividad encaminada a obtener un beneficio, ADLUNG, R. considera que este argumento no es consistente por tratarse de una interpretación demasiado restrictiva. Particularmente este autor considera que el argumento basado en el ánimo de lucro

---

<sup>74</sup> Informe del Grupo Especial, *Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado (Canadá — Exportaciones de trigo e importaciones de grano)*, WT/ DS276, párr. 6.84.

<sup>75</sup> Informe del Grupo Especial, *Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado (Canadá — Exportaciones de trigo e importaciones de grano)*, WT/ DS276, párr. 6.87. Tal conclusión también fue sostenida por el Órgano de Apelación.

resulta inconsistente por ignorar el Artículo XXVIII:(d) del GATT. Según ADLUNG, R., la definición del término ‘persona jurídica’, término al cual el Artículo XXVIII:(d) hace referencia, debe ser tomada en consideración. Tal definición se encuentra en el Artículo XVIII:(l) del AGCS y dice lo siguiente:

**Artículo XXVIII. Definiciones.**

[...]

l) “persona jurídica” significa toda entidad jurídica debidamente constituida u organizada de otro modo con arreglo a la legislación aplicable, *tenga o no fines de lucro* y ya sea de propiedad privada o pública, con inclusión de cualquier sociedad de capital, sociedad de gestión (“trust”), sociedad personal (“partnership”), empresa conjunta, empresa individual o asociación;

Claramente, en virtud del Artículo XXVIII:(d) del AGCS, un establecimiento comercial o profesional equivale a una persona jurídica, y una persona jurídica se considera como tal independientemente de que tenga o no fines de lucro, en virtud del Artículo XXVIII:(l) del AGCS. Sobre esta base, ADLUNG, R. considera que la definición de ‘persona jurídica’ resulta un elemento definidor en el propio AGCS que manifiestamente extiende el ámbito de ‘comercial’ más allá de las actividades que tengan fines lucrativos<sup>76</sup>. Sin embargo, sin la más mínima intención de restar importancia al argumento que ADLUNG, R. sostiene, contextualizar la cláusula utilizando otros preceptos de los Acuerdos Abarcados nos conduce hacia la idea de que efectivamente debe darse cierta noción de beneficio.

El requisito ineludible para que una actividad sea calificada como ‘comercial’ es que exista un ánimo de lucro, sin embargo, este requisito merece ciertas precisiones. Uno puede preguntarse cuándo hay ánimo de lucro o si el ánimo de lucro debe verse obligatoriamente reflejado en beneficios materiales, así cómo cuáles serían los indicadores que avalan que existe ánimo de lucro. Vale la pena observar ciertos casos que pueden darse en la práctica para esclarecer cuando podemos encontrarnos efectivamente ante una actividad que tenga fines lucrativos. Lo cierto es que el ánimo de lucro no es algo meramente ‘material’ u ‘objetivo’, sino que tiene un componente también ‘intencional’ y ‘subjetivo’ que se ve reflejando en la conducta del suministrador. Por ello, no debemos fijarnos únicamente en que una determinada actividad sea o no rentable, sino que debemos fijarnos en si quién realiza tal actividad lo

---

<sup>76</sup> ADLUNG, R., nota 36 p. 462.

hace con orientación a obtener beneficios o ventajas económicas, así como cuál es su estrategia económica. Plantear y examinar algunos casos que se dan en la práctica acredita este razonamiento, por ejemplo una empresa privada que se encuentre en una situación de pérdidas, o uno que haga dumping.

➤ *Ejemplo A: Empresa privada en situación de pérdidas*

Por definición y en general una empresa es una organización que realiza una actividad persiguiendo unos fines económicos o comerciales. A pesar de que ese sea su objetivo, por circunstancias ajenas a la empresa, es posible que en lugar de rentabilizar el capital invertido una empresa se encuentre en una situación de pérdidas (por encontrarse en un contexto de crisis económica u otros motivos). Es decir, que la empresa gasta más de lo que llega a ingresar. A pesar de que *de facto* la empresa privada no se encuentre obteniendo beneficios, uno no puede poner en duda que tiene el objetivo y la intención de obtenerlos. No hay beneficios, pero hay ánimo de obtenerlos, por lo que efectivamente existe ánimo de lucro.

➤ *Ejemplo B: Empresa privada que haga Dumping*

Según el Artículo 2 del ‘Acuerdo Antidumping’<sup>77</sup>, un producto es objeto de dumping cuando “se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador”. Claramente, tal conducta por parte del proveedor pierde sentido si no es para perjudicar a la competencia y obtener una ventaja económica que, en última instancia, se traduzca en beneficios. Siguiendo esta lógica, tampoco puede ser puesta en duda el ánimo de lucro de una empresa que haga dumping. A pesar de que introduzca un producto en un mercado a un precio inferior a su valor normal, su comportamiento forma parte de su estrategia comercial y apunta claramente a la obtención de beneficios.

---

<sup>77</sup> El Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 es también conocido como ‘Acuerdo Antidumping’. Tal acuerdo es considerado como uno de los ‘acuerdos abarcados’ según el Apéndice 1 del ESD (ESD, Artículo 1, párr. 1) y se centra en la manera en que los gobiernos pueden o no reaccionar ante el dumping estableciendo las disciplinas para las medidas antidumping.

En definitiva, podemos sintetizar que la presencia de un ‘ánimo de lucro’ no se reduce a la obtención de beneficios desde una perspectiva material (*de facto*), sino que se extiende al elemento intencional de obtener beneficios desde una perspectiva subjetiva de quien realiza tal actividad. En efecto, es crucial la estrategia económica por la que opte el prestador de servicios y cuáles son sus intenciones.

## **ii. ‘competencia’**

Como anteriormente se ha explicado, las definiciones que ofrecen los diccionarios pueden ser de gran utilidad para conocer el sentido ordinario de un término. De esta manera, al igual que se ha hecho con el término ‘condiciones comerciales’, el punto de partida será la definición que nos ofrece el *Oxford English Dictionary*. El sentido ordinario de la palabra ‘competencia’ ya fue examinado por el GE en el caso *México — Telecomunicaciones*<sup>78</sup>, partiendo del propio *Oxford English Dictionary*, el GE dijo que el significado del término ‘competitivo’ según el diccionario es “*characterized by competition; organized on the basis of competition*”<sup>79</sup> (“caracterizado por la competencia; organizado sobre una base de competencia”). La palabra ‘competencia’, en su sentido económico pertinente, se define a su vez, como “*rivalry in the market, striving for custom between those who have the same commodities to dispose of*”<sup>80</sup> (“rivalidad en el mercado, lucha por la clientela entre los que tienen los mismos productos que vender”). En forma compatible con estos significados, la palabra ‘anticompetitivo’ se ha definido como “*tending to reduce or discourage competition*”<sup>81</sup> (“que tiende a reducir o desalentar la competencia”). Por lo tanto, al hilo del examen por parte del GE en ese caso, la expresión ‘prácticas anticompetitivas’ tiene un alcance general y se refiere a aquellos actos que reducen la rivalidad o la competencia en el mercado.

En definitiva, a partir de estas definiciones podemos observar que hay ‘competencia’ cuando un proveedor rivaliza con otro u otros en un mismo mercado. Partiendo de eso, está claro que el análisis deberá centrarse en ‘lo que sucede en el mercado’. Ahora bien,

---

<sup>78</sup> Informe del Grupo Especial, *México — Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones (México — Telecomunicaciones)*, WT/DS204, párr. 7.230.

<sup>79</sup> The Shorter Oxford English Dictionary, tercera edición, (Clarendon Press, 1990), volumen II, p. 382.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Merriam Webster Dictionary, Merriam Webster Online, 2003; <http://www.webster.com/>.

a partir de esa idea surgen diversas dudas al respecto. ¿Cuál es el mercado relevante, y en base a qué criterios podemos determinarlo? ¿Cuándo podemos considerar que dos o más proveedores se encuentran efectivamente en una situación de rivalidad en el mismo mercado? ¿Debe tratarse de servicios idénticos los que se ofrezcan para entender que se suministran sobre una base competencial?

KRAJEWSKI, M. para determinar si dos servicios se encuentran o no en competencia, plantea establecer un paralelismo con la noción de ‘productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí’ a la que se refiere el GATT. El GE en el caso *Japón — Bebidas Alcohólicas* discernió cuál es la distinción entre ‘productos similares’ y ‘productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí’ a los que se refiere el Artículo III del GATT. Tanto el GE como el OA sostuvieron que el criterio para determinar si dos productos son directamente ‘competidores o sustituibles entre sí’ subyace en si tienen un uso final común, puesto de manifiesto, entre otras cosas, por la elasticidad de la sustitución<sup>82</sup>. Ambos también concluyeron que, para determinar si dos productos directamente competidores, deben tomarse en consideración factores como las estrategias de comercialización, dado que lo que importa es la “reacción de los consumidores respecto de los diversos productos”<sup>83</sup> que se ofrecen en el mercado. De manera análoga, KRAJEWSKI, M. sugiere aplicar este razonamiento a la noción de ‘competencia’ en el contexto del Artículo I:3(c) del AGCS. Según él, un servicio es suministrado ‘en competencia’ aunque no sea exactamente igual a otro siempre que exista entre ambos cierto grado de elasticidad para su sustitución. Tal elasticidad deberá determinarse caso por caso y podrá variar en función del país que se trate<sup>84</sup>.

KRAJEWSKI, M. sostiene este paralelismo entre la noción de ‘competencia’ del Artículo I:3(c) con la noción de ‘productos directamente competidores’ del GATT y no con la de ‘productos similares’ porque difícilmente puede haber competencia únicamente con servicios que sean ‘similares’ (a partir de la aplicación de la conocida regla de ‘*likeness*’). Es conveniente precisar el alcance de los ‘productos similares’ con tal de no ser confundidos con aquellos ‘directamente competidores o directamente

---

<sup>82</sup> Informe del Grupo Especial, *Japón — Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón — Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8, párr. 6.22.

<sup>83</sup> Informe del Grupo Especial, *Japón — Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón — Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8, párr. 6.28.

<sup>84</sup> KRAJEWSKI, M., nota 23, p. 10.

sustituibles entre sí'. Dos productos son considerados 'similares' caso por caso a partir de la observancia de (1) sus propiedades, naturaleza y calidad (como sus características físicas), (2) sus usos finales, (3) los gustos del consumidor respecto al producto, y (4) su clasificación arancelaria<sup>85</sup>. Estos criterios, aunque no sean una lista exhaustiva, suponen buenas herramientas para determinar si son similares<sup>86</sup>. El alcance de los 'productos directamente competidores' es más amplio que la de aquellos productos 'similares'. En la práctica, lo cierto es que puede haber competencia sin que dos servicios sean 'similares'.

➤ *Ejemplo A: Autobús y tren que hacen exactamente la misma ruta*

Se trata de dos medios de transporte entre los cuales difícilmente se puede establecer una similitud a partir de la regla asentada por el OA en el caso *EC — Amianto*, dadas las diferencias entre las características de ambos medios de transporte. Sin embargo, se trata de dos medios claramente alternativos desde la perspectiva del usuario que los consume, por poder ser utilizados con un mismo fin. Tendría sentido afirmar que ambos medios de transporte compiten entre sí.

Si bien un autobús y un tren que hagan una misma ruta podrían considerarse como dos medios alternativos para satisfacer la misma demanda de los consumidores en el mercado, debemos tener presente que el Artículo I:3(c) se refiere a la manera en que aquellos servicios son suministrados, y no a las características o la naturaleza de los servicios como tales. Cobran especial relevancia las palabras del OA en el caso *Estados Unidos — Hilados de algodón* en tanto que marcan la diferencia entre productos 'competidores' y la expresión 'que compiten efectivamente':

96. Con arreglo al sentido corriente del término "competidores", dos productos están en una relación de competencia cuando son comercialmente intercambiables o se ofrecen como medios alternativos de satisfacer la misma demanda de los consumidores en el mercado. "Competidor" designa una característica atribuida a un producto y alude a la *capacidad* de un producto para competir tanto en una situación presente como en una situación futura. Hay que distinguir el término "competidores" de las palabras "que compiten" o "que están en una relación efectiva de competencia". La palabra "competidores" tiene un sentido más amplio que la expresión "que compiten efectivamente" y abarca también la posibilidad de competir. No es necesario que los productos compitan, o estén en

---

<sup>85</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, (CE — Amianto), WT/DS135, párr. 93.

<sup>86</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas — Impuestos sobre los Aguardientes (Filipinas — Aguardientes)*, WT/DS403, párr. 170.

competencia efectiva, entre sí en el mercado en un momento dado para que esos productos puedan ser considerados competidores. De hecho, cabe la posibilidad de que productos que son competidores no compitan efectivamente entre sí en el mercado en un momento dado por diversas razones, como limitaciones reglamentarias o decisiones de los productores. En consecuencia, no es adecuado un análisis estático, por cuanto llevaría a que los mismos productos se consideraran competidores en un momento y no competidores en otro, en función de su presencia en el mercado<sup>87</sup>.

La distinción entre ‘competidores’ y ‘que compiten efectivamente’ impide afirmar que por el mero hecho de que dos servicios sean alternativos deba darse por sentado que se estén compitiendo entre sí. Dos o más servicios alternativos podrán ser susceptibles de ser ‘competidores’, pero no por ello deberán ser considerados ‘suministrados en competencia’. Para que un determinado servicio sea considerado ‘suministrado en competencia’ será necesario que el suministrador de tal servicio mantenga una relación de competitividad con los demás suministradores de servicios alternativos al que el presta. En caso de no darse ese ‘ánimo de competir’, un servicio no estará siendo ‘suministrado en competencia’.

Lo cierto es que en la práctica es muy común encontrarse con dos o más servicios de idéntica índole, o claramente sustituibles o alternativos desde la perspectiva del consumidor, pero que uno de los suministradores no mantenga una relación de rivalidad con los demás. En materia de sanidad, por ejemplo, resulta fácil plasmar esta idea:

➤ *Ejemplo B: Trasplante de corazón en un hospital público y trasplante en un hospital privado*

Un trasplante es un servicio ofrecido por parte de un médico experto en esa especialidad que tendrá lugar en un hospital. Este servicio, desde un punto de vista objetivo, es idéntico en un hospital público que en uno privado. Sin embargo, a pesar de que el servicio sea exactamente el mismo, desde el punto de vista subjetivo del hospital público suena poco convincente afirmar que este rivaliza con el privado queriendo quedarse con sus potenciales clientes. De hecho, teniendo en cuenta la actual saturación de la sanidad pública, por lo menos en España, será más favorable para el hospital público que el privado sea quien haga el trasplante de corazón. En

---

<sup>87</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán (Estados Unidos — Hilados de algodón)*, WT/DS192, párr. 96. A conclusiones parecidas llegó el OA en *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (CE — Banano III)*, WT/DS27, párrs. 227-228.

definitiva, nos encontramos frente a servicios idénticos ante los cuales el consumidor tiene la facultad de elegir en el que, sin embargo, no se da una situación de competencia, al menos no desde el punto de vista del hospital público<sup>88</sup>.

En el caso planteado, el prestador público de los servicios mencionados no mantiene una relación de ‘competitividad’ respecto a otros prestadores del mismo servicio, sin embargo, si cabe afirmar que ambos son suministradores ‘potencialmente competidores’<sup>89</sup>. Esto es así porque existe la probabilidad de que el prestador público sea ‘comercializado’, por ejemplo, que sea totalmente privatizado. En tal caso, no cabría cuestionarse que el servicio sería suministrado ‘en competencia’, porque entre suministradores ‘comerciales’ si suele darse esa relación de ‘competitividad’.

En esa dirección, ADLUNG, R. considera muy correctamente que el significado de ‘en competencia’ debe ser reducido a la noción de ‘*one-way competition*’ (competencia en una sola dirección) de VANDUZER, J. A.<sup>90</sup>. En síntesis, y al hilo de este razonamiento, un servicio es suministrado ‘en competencia’ únicamente si el proveedor de tal servicio actúa con un ánimo de competir contra otros proveedores, es decir, cuando existe una efectiva relación de competencia dejando de lado que sean ‘potencialmente competidores’.

#### **d. La necesidad de una ‘conexión gubernamental’**

Al final del día, es tangible que las nociones de ‘condiciones comerciales’ y ‘competencia’ son las dos caras de una misma moneda. Cuando existe rivalidad entre dos o más proveedores de un mismo servicio es por algún motivo, principalmente porque se quiere alcanzar un mayor número de clientes evitando así que consuman los servicios que ofrecen otros proveedores. De esa rivalidad se desprenderá una u otra estrategia económica, en función de aquello que el proveedor considere más conveniente (como por ejemplo que implique hacer dumping para liquidar a la competencia). Es bien lógico que no tendría ningún sentido tal esfuerzo si, al fin y al

---

<sup>88</sup> En cambio, el privado si estaría interesado en tener un mayor volumen de operaciones. Desde la perspectiva del hospital privado (o los hospitales privados) si se daría un contexto de competencia.

<sup>89</sup> LANG, A.: “*The GATS and Regulatory Autonomy: A Case Study of Social Regulation of the Water Industry*” (2004) 7: 4 JIEL 801, p. 824.

<sup>90</sup> VANDUZER, J.A., nota 22, p. 388.

cabo, ello no supusiera un beneficio o proporcionara ciertas ventajas económicas. En definitiva, queda patente que para la determinación de la existencia de ‘condiciones comerciales’ y ‘competencia’ resulta crucial la actitud o el ánimo con el que un proveedor suministra un determinado servicio.

Como antes se ha comentado, al margen de que la definición de tales servicios sea cerrada y requiera el cumplimiento de las condiciones cumulativas del Artículo I:3(c) (‘sin condiciones comerciales’ y ‘sin competencia’), el resultado de únicamente centrarse en los criterios negativos pone de relieve que no se puede ignorar el nombre con el que son designados tales servicios. Hacer al cosa supondría que el establecimiento de un monopolio privado que suministrara un determinado servicio sin ánimo de lucro estaría excluido del ámbito del AGCS. Sin duda, por alguna razón los negociadores optaron por utilizar el término ‘facultades gubernamentales’, el cual no debe ser subestimado para determinar el alcance del Artículo I:3(b) y (c).

Tanto el GE, como el OA han afirmado en varias ocasiones que el ‘principio interpretativo de la eficacia’, el cual es internacionalmente reconocido, debe orientar la interpretación de los Acuerdos de la OMC<sup>91</sup>. Citando literalmente lo que el OA concluyó en el caso *Estados Unidos — Ley de compensación (Enmienda Byrd)*<sup>92</sup>, “con arreglo a este principio, las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC no deben interpretarse de tal manera que queden reducidos a la inutilidad o la redundancia cláusulas o párrafos enteros de un tratado”<sup>93</sup>. En base a este principio podemos tomar por seguro que efectivamente existe una noción de ‘facultades gubernamentales’ como tal, es decir que tiene su propio significado semántico, configurándose así como requisito independiente. En caso contrario, el Artículo I:3(b) y (c) quedaría reducido a inutilidad dado que la gran mayoría de servicios públicos se encontrarán efectivamente dentro del ámbito de AGCS, perdiendo por completo su razón de ser<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Gasolina*, p. 21; Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Bebidas alcohólicas II*, p. 16; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Ropa interior*, p. 18; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Camarones*, párr. 131; Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Productos lácteos*, párr. 81; Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Productos lácteos*, párr. 133; e Informe del Órgano de Apelación, *Argentina — Calzado (CE)*, párr. 88.

<sup>92</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 (Estados Unidos — Ley de compensación (Enmienda Byrd))*, WT/DS217, párr. 271.

<sup>93</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998 (Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley de Asignaciones)*, p. 161 y 338.

<sup>94</sup> ARENA, A., nota 2, p. 502.

En definitiva, el término ‘facultades gubernamentales’ no debe infravalorarse y su contenido no puede ser reducido únicamente a lo que describe el Artículo I:3(c). En consecuencia, es procedente que el significado de ‘facultades gubernamentales’ proyecte las nociones de ‘condiciones comerciales’ y ‘competencia’, por lo que la noción de ‘facultades gubernamentales’ será tratada como un requisito imprescindible e independiente que se suma a los dos marcados por el Artículo I:3(c).

#### e. Establecer la ‘conexión gubernamental’

Según el diccionario *Black’s Law Dictionary*, el cual ha sido reiteradas veces utilizado por el Sistema de Solución de Diferencias (SSD), ‘gobierno’ significa “[t]he regulation, restraint, supervision, or control which is exercised upon the individual members of an organized jural society by those who are invested with authority”<sup>95</sup> (regulación, restricción, supervisión, o control ejercido sobre los miembros individuales de una sociedad jurídica organizada por aquellos revestidos de autoridad). Partiendo de tal sentido ordinario, en el caso *Canadá — Productos lácteos* el OA dio una definición para el término ‘gobierno’, aunque en el contexto concretamente del Artículo 9.1(a) del Acuerdo sobre Agricultura. Literalmente dijo así:

El aspecto básico de “gobierno” es, por consiguiente, que éste dispone de las facultades efectivas para “regular”, “controlar” o “supervisar” a los individuos o, en caso contrario, “restringir” su conducta mediante el ejercicio de la autoridad legítima. Este sentido, se deriva, en parte, de las *funciones* realizadas por un gobierno y, en parte, de que el gobierno tenga las *facultades* y la *autoridad* para llevar a cabo esas funciones.<sup>96</sup>

En base a tales conclusiones por parte del OA, se confirma la teoría de que el Artículo I:3(b) viene a exigir imprescindiblemente una especie de ‘conexión’ con el gobierno para que determinados servicios queden efectivamente fuera del ámbito del AGCS. Las facultades de ‘regular’, ‘controlar’, ‘supervisar’ o ‘restringir’ se configuran como facultades soberanas que coinciden con la categoría de los ‘*acta iure imperii*’ (actos de estado), y consisten en actos del Estado cuando actúa revestido de sus

---

<sup>95</sup> Black’s Law Dictionary (West Publishing Co., 1990), p. 695.

<sup>96</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos* (Canadá — Productos lácteos), WT/DS103, párr. 97.

facultades exorbitantes. Las actividades de un gobierno en las que se ejerce ‘autoridad’ (*‘acta iure imperii’*) se distinguen de aquellas actuaciones empresariales o comerciales que un gobierno lleva a cabo (conocidos como *‘acta iure gestionis’*)<sup>97</sup>. Por definición, se puede afirmar que las nociones de ‘comercio’ y ‘competencia’ no encajan con las funciones exclusivamente soberanas de un estado, el cual siempre debería actuar velando por el interés general de la sociedad y no estimulado por un ánimo de lucro.

El Anexo en Servicios Financieros se refiere literalmente al concepto de ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ en su Artículo 1.b). El Artículo 1.b) es de aplicación en lugar del Artículo I:3(c) en materia de servicios financieros, de modo que para que uno de los servicios a los que se refiere el propio Anexo esté suministrado ‘en ejercicio de facultades gubernamentales’ no deberá cumplir con las condiciones de ser suministrado sin condiciones comerciales y sin competir que marca el Artículo I:3(b) y (c), sino que deberá cumplir con lo descrito en el Artículo 1.b) del Anexo. Sin embargo, al margen de ser de aplicación exclusivamente para el sector de los servicios financieros, tal cláusula cobra especial relevancia para la tarea interpretativa del Artículo I:3(b) y (c), dado que el Anexo es parte de AGCS y como tal puede ser utilizada como contexto<sup>98</sup>. El Artículo 1.b) del Anexo sobre Servicios Financieros dice así:

**Artículo 1. Alcance y definición.**

[...]

b) A los efectos del apartado b) del párrafo 3 del artículo I del Acuerdo, se entenderá por “servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales” las siguientes actividades:

i) las actividades realizadas por un banco central o una autoridad monetaria o por cualquier otra entidad pública en prosecución de políticas monetarias o cambiarias;

ii) las actividades que formen parte de un sistema legal de seguridad social o de planes de jubilación públicos; y

iii) otras actividades realizadas por una entidad pública por cuenta o con garantía del Estado o con utilización de recursos financieros de éste.

c) A los efectos del apartado b) del párrafo 3 del artículo I del Acuerdo, si un Miembro autoriza a sus proveedores de servicios financieros a desarrollar cualesquiera actividades de las mencionadas en los incisos ii) o iii) del apartado b) del presente párrafo en competencia con una entidad pública o con un proveedor de servicios financieros, el término “servicios” comprenderá esas actividades.

---

<sup>97</sup> GERLICH, O., nota 65, p. 10; SHAW, M.: “*Public International Law*” (Cambridge, Cambridge University Press, 5th ed. 2003), p. 633.

<sup>98</sup> AGCS, Artículo XXIX.

Las actividades que el Anexo prevé como ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, contenidas en los puntos i)-iii) del Artículo 1, son un tipo de actividades que no tienen como propósito la obtención de beneficios. Por ejemplo, respecto a aquellas “actividades realizadas por un banco central o una autoridad monetaria o por cualquier otra entidad pública” es imprescindible que estas sean “en prosecución de políticas monetarias o cambiarias”, y no en prosecución de la ‘obtención de beneficios’. Además, tales actividades comprendidas en el artículo serán consideradas ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ únicamente en el caso de no ser suministradas en competencia con una entidad pública o con un proveedor de servicios financieros, así como indica el punto c) del Artículo 1. El propio artículo advierte que en caso de haber competencia serán meramente ‘servicios’ en el sentido del AGCS.

Sin entrar en más detalle, la distinción del Artículo 1 del Anexo de aquellas actividades que se dan en ‘condiciones comerciales’ y en ‘competencia’ entre aquellas que no, acompaña a consolidar que ambas condiciones no encajan con las funciones exclusivamente soberanas propias de un estado. En cuanto en la manera de suministrar un determinado servicio se den alguna de estas notas, el término ‘servicios’ comprenderá dichas actividades.

El Artículo 5 del Anexo sobre Servicios Financieros señala qué se entiende por ‘entidad pública’ a los efectos del Anexo:

**Artículo 5. Definiciones.**

[...]

c) Por “entidad pública” se entiende:

i) un gobierno, un banco central o una autoridad monetaria de un Miembro, o una entidad que sea propiedad o esté bajo el control de un Miembro, que se dedique principalmente a desempeñar *funciones gubernamentales o realizar actividades para fines gubernamentales, con exclusión de las entidades dedicadas principalmente al suministro de servicios financieros en condiciones comerciales*; o

ii) una entidad privada *que desempeñe las funciones normalmente desempeñadas por un banco central o una autoridad monetaria*, mientras ejerza esas funciones.

La definición de ‘entidad pública’ que encontramos en el Anexo sobre Servicios Financieros también sirve de fundamento para afirmar que cabe tener en cuenta que los criterios negativos marcados por el Artículo I:3 (c) hacen referencia a la modalidad de

suministro del servicio, no a la naturaleza del servicio ni a quién ni para quién es suministrado. Partiendo de esta base, tal ‘conexión’ no supone que el suministro de tales servicios se reduzca al suministro de servicios únicamente a través de una entidad pública (o mejor dicho gubernamental), sino que comprende también aquellas entidades de carácter no-gubernamental que operan con poderes delegados por parte del gobierno. Siguiendo esta lógica, también cabe la posibilidad de que un mismo suministrador suministre un determinado servicio con arreglo a tales consideraciones y suministre otro sin arreglo a las mismas<sup>99</sup>. Debemos recordar que lo relevante es la ‘manera’ en la que se suministra el servicio.

La atribución de una conducta a un estado se determina en base al Derecho Internacional. El Proyecto de la Comisión de Derechos Internacional (CDI) de 2001 sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos<sup>100</sup> plasma los principios básicos de esta atribución<sup>101</sup>. Aunque implícitamente, en diversos casos los GE y el OA han basado sus conclusiones en dichos principios generales. Por ejemplo, en el caso *Turquía — Textiles*, el GE entró a analizar si la restricciones cuantitativas impuestas a productos provenientes de India eran o no atribuibles a Turquía como estado<sup>102</sup>. Turquía defendía que, al existir una unión aduanera con las CE, no podía responder individualmente por decisiones o actos que fueron adoptados conjuntamente con estas. El GE en sus conclusiones hizo alusión a jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI) remitiéndose a un comentario de la CDI relativo a los comportamientos adoptados por un órgano común de una pluralidad de Estados, en el cual constaba que “[s]egún los principios en que se inspiran los artículos del capítulo II del proyecto, el comportamiento del órgano común sólo puede considerarse como un hecho de cada uno de los Estados de que es órgano común. Si ese comportamiento no es conforme a una obligación internacional, ocurrirá en tal caso que dos o más Estados han cometido paralelamente hechos internacionalmente ilícitos separados, aunque idénticos”<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> GERLICH, O., nota 65, p. 11.

<sup>100</sup> International Law Commission, *Articles on State Responsibility*, annexed to UN General Assembly Resolution no. 56/83, UN Doc. A/CN.4/4/L.602/Rev.1 (2001).

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ PONS, X., nota 32, p. 267.

<sup>102</sup> Informe del Grupo Especial, *Turquía — Restricciones aplicadas a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir (Turquía — Textiles)*, WT/DS34, párrs. 9.33-9.43.

<sup>103</sup> *Ibid*, párr. 9.42 y 9.43.

El Proyecto de la Comisión de Derechos Internacional (CDI) de 2001 sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos se basa en dos criterios para determinar cuándo la conducta de una entidad puede atribuirse a un Estado<sup>104</sup>. Al ser estos principios generales de atribución una expresión del Derecho internacional consuetudinario, podrán ser de utilidad para averiguar las ‘facultades gubernamentales’ a las que se refiere el Artículo I:3(b) y (c) del AGCS. El Artículo 4 se refiere al comportamiento de los propios órganos del Estado, mientras que el Artículo 5 se refiere al comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.

El criterio de atribución utilizado por el Artículo 4 es institucional<sup>105</sup>, sin hacer distinción entre los ‘*acta iure gestionis*’ (actos comerciales) de los ‘*acta iure imperii*’ (actos en los que ejerce su soberanía). Únicamente se refiere al ‘ente’ que actúa, el cual debe ser público:

#### Artículo 4

##### *Comportamiento de los órganos del Estado*

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de *todo órgano del Estado*, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

En diversos casos de la OMC los GE y el OA se han aproximado a esta forma de atribuir la responsabilidad<sup>106</sup>, con independencia de la presencia de ‘condiciones comerciales’ o ‘competencia’, como por ejemplo en el caso *Canadá — Publicaciones*. El GE en ese caso estimó que las medidas que prohibían o restringían la importación al Canadá de ciertas publicaciones eran atribuibles al Canadá a pesar de que *Canadá Post* tuviera un mandato expreso para actuar en condiciones comerciales<sup>107</sup>. En la misma dirección, en el caso *Corea — Embarcaciones comerciales* el GE concluyó que el

---

<sup>104</sup> International Law Commission, nota 97, Capítulo II, Atribución de un comportamiento al Estado.

<sup>105</sup> Comentario sobre Artículo 4 de los ‘artículos borrador’, párrs. 11 y 13 (“*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, A/56/10).

<sup>106</sup> ARENA, A., nota 2, p. 503.

<sup>107</sup> Informe del Grupo Especial, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a las publicaciones (Canadá — Publicaciones)*, WT/DS31, párr. 5.34.

*Export-Import Bank of Korea* era un ente público que operaba en términos comerciales y competitivos<sup>108</sup>, cuya actividad era atribuible a Corea.

Difícilmente el Artículo 4 del Proyecto de la CDI de 2001 sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos puede contribuir a la tarea interpretativa del Artículo I:3(b) y (c), dado que contempla la conducta de los Estados con independencia de las condiciones en que actúa. Así, la responsabilidad atribuible a un estado al margen de que se den ‘condiciones comerciales’ y ‘competencia’, como queda puesto de relieve en los casos *Canadá — Publicaciones y Corea — Embarcaciones comerciales*. A diferencia del Artículo 4, el Artículo 5 del Proyecto si puede resultar útil para la interpretación del Artículo I:3(b) y (c), al emplear otro criterio con independencia del carácter público del ente que opera:

#### **Artículo 5**

##### *Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público*

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

El Artículo 5 se refiere a cualquier entidad que se encuentre “facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público”, de modo que toma en consideración la ‘acción’ y no la ‘naturaleza’ o el ‘carácter’ del ente. Así como sucede con el Artículo 4, en algunos casos la OMC también se ha aproximado a esta forma de atribuir la responsabilidad a un estado. Por ejemplo, en el caso *Japón — Películas*, el GE consideró que “la aprobación por Japón de unos códigos redactados por actores privados constituían actos con una conexión suficiente con la orientación administrativa del Gobierno del Japón y con su aprobación para justificar la constatación de que se trata[ba] de medidas imputables al Gobierno a los efectos del párrafo 1 b) del Artículo XXIII”<sup>109</sup>. Únicamente se responsabilizará al Estado cuando el

---

<sup>108</sup> Informe del Grupo Especial, *Corea — Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales (Corea — Embarcaciones comerciales)*, WT/DS273, párr. 7.38.

<sup>109</sup> Informe del Grupo Especial, *Japón — Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo (Japón — Películas)*, WT/DS44, párr. 10.328.

ente privado actúe en ejercicio de esas facultades, y no cuando empeñe otro tipo de actividades que no impliquen el ejercicio de tales poderes que le han sido otorgados.

➤ *Ejemplo: empresa ferroviaria con poderes delegados*

En el comentario sobre el Artículo 5 de los ‘artículos borrador’ relativos al Proyecto de la CDI de 2001<sup>110</sup> se cita como ejemplo el caso de una empresa ferroviaria a la cual le han sido atribuidos ciertos poderes policiales. Se considerará un ‘acto de estado’ (*acta iure imperii*) todo aquel acto que conlleve el ejercicio de esas facultades, y no se considerará como tal cualquier otro que no conlleve tal ejercicio, como por ejemplo la venta de tickets. Para todos aquellos actos que impliquen el ejercicio de facultades estatales el estado podrá llegar a responder.

En definitiva, según el Artículo 5 del Proyecto, aunque existan poderes los cuales han sido delegados a un ente privado, al ser el estado quien los delega será quien por los actos realizados en virtud de tales poderes. El criterio ‘funcional’ u ‘objetivo’ utilizado por esta cláusula parece casar más con los ‘servicios gubernamentales’ a los que se refiere el Artículo I:3(b) y (c) que el criterio ‘personal’ o ‘subjetivo’ empleado por Artículo 4 del Proyecto. Tanto la propia redacción del Artículo I:3(b) y (c) y la definición de ‘entidad pública’ que ofrece el Anexo sobre Servicios Financieros, a la cual anteriormente se ha hecho referencia, parecen estar en consonancia con la manera de atribuir la responsabilidad a un estado como consecuencia del comportamiento de un privado en ejercicio de la delegación de poderes públicos prevista en el Artículo 5 del Proyecto. En todo caso se deja de lado el carácter público o privado del ente y se toma en consideración qué tipo de funciones se ejecutan.

Parece innegable que para el suministro de aquellos ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ sea necesaria la intervención por parte del gobierno de un estado en ejercicio de sus las facultades que reviste como tal, ya sea directa o indirectamente, o bien en primera persona, o bien delegando sus poderes a otra entidad a pesar de ser privada. Es crucial en este punto la distinción entre los ‘*acta iure imperii*’ y los ‘*acta iure gestionis*’. El hecho de que un Estado sea quien suministre un servicio en primera persona no implicará incondicionalmente que tal servicio sea un ‘servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’, solamente

---

<sup>110</sup> Comentario sobre Artículo 5 de los ‘artículos borrador’, párr. 5 (“*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, A/56/10).

ostentarán esa condición aquellos servicios que sean suministrados en efectivo ejercicio de sus facultades soberanas (*acta iure imperii*), además de cumplir con los otros dos requisitos cumulativos de que sea suministrado ‘sin competencia’ y ‘sin condiciones comerciales’.

## **f. Conclusión preliminar**

Hasta aquí podemos concluir que aquellos servicios ‘suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ se definen como tales a partir de la manera en que son suministrados, y no por el mero hecho de ser servicios considerados ‘servicios públicos’ o de ser suministrados por el estado en primera persona. En consecuencia, habrá servicios públicos cubiertos por el AGCS y otros que no lo estarán. Aquellos que no se encontrarán cubiertos por el AGCS serán los denominados ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ a tenor del Artículo I:3(b) y (c) de AGCS.

En resumen, la manera en que deben ser suministrados ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ debe ajustarse a los siguientes tres requisitos:

### *1. El servicio no debe ser suministrado bajo ‘condiciones comerciales’*

Esta exigencia implicará que haya ausencia de cualquier ‘ánimo de lucro’ por parte del suministrador, que le mueva a suministrar el servicio con el propósito de obtener un beneficio.

### *2. El servicio no debe ser suministrado en ‘competencia’*

El suministrador no deberá proporcionar el servicio con un ‘ánimo de competir’, es decir, no podrá comportarse como rival de otros suministradores que ofrezcan servicios que puedan ser ‘alternativos’ desde la perspectiva del consumidor.

### *3. Debe existir una ‘conexión gubernamental’*

La acción de suministrar deberá conllevar el ejercicio de cierta ‘autoridad’ (*acta iure imperii*) por parte del suministrador, ya sea de manera directa o delegada. Este requisito no se reduce a que únicamente una entidad pública pueda suministrar el servicio, sino que se extiende a aquellas otras entidades que actúen con poderes delegados por parte del estado. Es importante recalcar en todo momento que lo

sustancial es la manera en que es suministrado el servicio, y no quién suministra el servicio.

Únicamente aquellos que cumplan con los tres requisitos anteriormente descritos se encontrarán efectivamente excluidos del ámbito de aplicación del AGCS, por tratarse de requisitos cumulativos (y no alternativos). En contraposición, todos los demás servicios públicos se encontrarán dentro de su ámbito de aplicación, de manera que se les aplicarán ciertas obligaciones, como la de la nación más favorecida, con total independencia de si el Miembro en cuestión contrae obligaciones en su Lista de compromisos específicos que les afecten.

#### **g. Las Listas de compromisos específicos de los Miembros de la OMC**

Las Listas de compromisos específicos son documentos en los cuales cada Miembro de la OMC identifica los sectores y subsectores de servicios en los que se aplicarán las obligaciones del AGCS sobre el acceso a los mercados, trato nacional, así como cualquier limitación relativa a tales obligaciones que cada Miembro tenga la voluntad de mantener. Estos compromisos y limitaciones son relativas a todos los servicios suministrados en cada uno de los cuatro modos de suministro que definen el ‘comercio de servicios’ en el Artículo I del AGCS: (1) el suministro transfronterizo; (2) el consumo en el extranjero; (3) la presencia comercial; y (4) la presencia de personas físicas.

Todas las Listas se adaptan a un modelo más o menos uniforme. Cualquier Lista se compone de dos partes: los compromisos horizontales y los de sectores específicos. Respecto a los compromisos horizontales, cada Miembro establece aquellas limitaciones que son de aplicación a todos los sectores incluidos en su propia Lista. Tales limitaciones hacen referencia a un modo concreto de suministro (por ejemplo, el modo 4: la presencia comercial). En cuanto a los compromisos de sectores o subsectores específicos, cada Miembro enumera aquellos compromisos aplicables al comercio de unos determinados servicios (por ejemplo, servicios de enseñanza superior). En la mayoría de los casos, tales servicios sectoriales suelen hacer referencia a un número que corresponde a la Clasificación Central de Productos (CCP) de las Naciones Unidas, o bien al documento de la Secretaría del GATT Lista de Clasificación Sectorial de los

Servicios (W/120)<sup>111</sup>. Tales instrumentos ofrecen una descripción de aquellas actividades que se encuentran recogidas en un sector o subsector concreto. Por ejemplo, el número CCP de los servicios de enseñanza superior anteriormente mencionados es el 923, y así aparece en numerosas Listas de compromisos<sup>112</sup>. La CCP y la W/120, así como las Directrices de 1993 para la consignación en Listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, han sido consideradas tanto por los GE y el OA como algunos de los diversos instrumentos relevantes para la interpretación de las Listas de compromisos específicos. En esa dirección, el OA en el caso *Estados Unidos — Juegos de azar*<sup>113</sup>, así como en *China — Publicaciones y productos audiovisuales*, concluyó que, a pesar de no ser vinculantes para los Miembros de la OMC, constituyen “medios de interpretación complementarios en el sentido del Artículo 32 de la Convención de Viena”<sup>114</sup>.

El conjunto de Listas de compromisos específicos de los Miembros de la OMC pueden llegar a contribuir a la tarea interpretativa del Artículo I:3(b) y (c) del AGCS. Forma parte integral del propio AGCS<sup>115</sup>, de manera que serán contexto a tenor del Artículo 31 CVDT. En consecuencia, cualquier referencia directa o indirecta a la cláusula por parte alguno de los Miembros de la OMC, a pesar de representar meramente la intención o la práctica individual de un Miembro en especial y no la de todos conjuntamente, puede aportar información sobre la manera en la que es entendida y el alcance que se le confiere a la misma.

En efecto, algunos Miembros de la OMC hacen alusión directa a la expresión ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’. Tal expresión es introducida o bien respecto a los compromisos horizontales (es decir, que introducen la exclusión respecto a todos los sectores y subsectores, sin referirse a uno en concreto), o bien respecto a un sector específico concreto (generalmente relativo a servicios generalmente considerados ‘servicios de interés general’ o ‘servicios públicos’, como

---

<sup>111</sup> MTN.GNS/W/120, conocida también como ‘W/120’.

<sup>112</sup> *República Democrática Popular de Lao*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/150 (2013), p. 11 (versión en inglés, ver en Anexo 5, p. 83).

<sup>113</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (Estados Unidos — Juegos de azar)*, WT/DS285, párr. 196.

<sup>114</sup> Informe del Grupo Especial, *China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China — Publicaciones y productos audiovisuales)*, WT/DS363, párr. 7.923.

<sup>115</sup> AGCS, Artículo XX:3.

por ejemplo el suministro de agua). Otros Miembros, sin referirse literalmente a los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, introducen limitaciones horizontales o en sectores concretos respecto a los ‘servicios públicos’.

- Únicamente dos Miembros se refieren literalmente a la expresión ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’:

– *Lista de compromisos específicos de Bulgaria*

Bulgaria introdujo en su Lista de compromisos específicos relativos a los ‘servicios relacionados con el medio ambiente’ “no están comprendidos los servicios relativos al medio ambiente prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental”. Además, añade en una nota explicativa que estos servicios consisten en “servicios reglamentarios, administrativos y de control de órganos estatales y municipales relacionados con cuestiones del medio ambiente”<sup>116</sup>.

– *Lista de compromisos específicos de Vietnam*

Al igual que Bulgaria, Vietnam también utiliza la expresión de ‘servicios suministrados en ejercicios gubernamentales’ en su lista de compromisos específicos relativos a los ‘servicios relacionados con el medio ambiente’, concretamente en el subsector de los ‘servicios de alcantarillado’ (CPC 9401). Para el subsector de ‘servicios de alcantarillado’ Vietnam no establece ninguna limitación a excepción de confirmar que “los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales, según la definición del párrafo 3 c) del Artículo I, podrán ser objeto de monopolios públicos o de derechos exclusivos otorgados a operadores privados”<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> República de Bulgaria, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/122 (1997), p. 23 (versión en inglés, ver en Anexo 4, p. 82).

<sup>117</sup> Vietnam, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/142 (2007), p. 39 (versión en inglés, ver en Anexo 7, p. 85).

➤ Otros Miembros hacen referencia a la expresión ‘servicio público’:

– ***Lista de compromisos específicos de la República Dominicana***

La República Dominicana estableció en su Lista de compromisos horizontales una limitación mediante la cual el acceso al mercado queda “totalmente excluido en servicios públicos, tales como los de agua potable, alcantarillado, correos, y cualquier área que el Directorio declare cerrada”<sup>118</sup>. La República Dominicana hace referencia al concepto de ‘servicio público’ sin ninguna nota aclarativa al respecto que determine cuál es su alcance, limitándose a redactar una corta lista ejemplificativa no cerrada<sup>119</sup>. Además realiza una especie de ‘remisión’ a su regulación nacional para la determinación de aquellos servicios que la República Dominicana considera como ‘servicios públicos’.

– ***Lista de compromisos específicos de las Comunidades Europeas***

En la Lista de compromisos de las CE aparece una limitación de carácter horizontal por la que “[e]n todos los Estados miembros de la CE, los servicios considerados servicios públicos a nivel nacional o local pueden estar sujetos a monopolio público o a derechos exclusivos otorgados a empresarios privados”<sup>120</sup>. Además añade la siguiente nota explicativa:

Existen servicios públicos en sectores como los de servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología, servicios de investigación y desarrollo sobre ciencias sociales y humanidades, servicios de ensayos y análisis técnicos, servicios relacionados con el medio ambiente, servicios de salud, servicios de transporte y servicios auxiliares en relación con todos los medios de transporte. Se otorgan a menudo derechos exclusivos respecto de esos servicios a empresas privadas, por ejemplo mediante concesiones otorgadas por las autoridades públicas con sujeción a determinadas obligaciones. Como también existen a menudo servicios públicos a nivel descentralizado, no resulta práctica la formulación de listas detalladas y exhaustivas por sectores.

---

<sup>118</sup> *República Dominicana*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/28 (1994), p. 2 (versión en inglés, Anexo 6, p. 84).

<sup>119</sup> Debe advertirse que se utiliza la expresión ‘tales como’, lo que conduce a entender que se trata de una mera lista ejemplificativa, sin ser exhaustiva.

<sup>120</sup> *Comunidades Europeas y sus Estados Miembro*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/31 (1994), p. 2 (versión en inglés, Anexo 1, p. 79).

– ***Lista de compromisos específicos de la República Democrática de Lao***

En su Lista de compromisos específicos relativos aquellos ‘servicios relacionados con el medio ambiente’, Laos introdujo que “los servicios considerados públicos a nivel nacional o local pueden estar sujetos a monopolios públicos o derechos exclusivos otorgados a empresas privadas”<sup>121</sup>. Además, aclara en una nota explicativa que “los servicios relacionados con el medio ambiente excluyen el suministro de agua para uso humano, con inclusión de la captación, depuración y distribución de agua por tuberías públicas”.

– ***Lista de compromisos específicos de Montenegro***

En la Lista de compromisos de Montenegro encontramos una limitación horizontal por la cual “los servicios considerados servicios públicos a nivel nacional o local pueden estar sujetos a monopolio público o a derechos exclusivos otorgados a empresarios privados”<sup>122</sup>. Además, añade exactamente la misma nota explicativa que las CE, con la única diferencia que al final agrega que “esta limitación no se aplica a las telecomunicaciones ni a los servicios de informática y servicios conexos”.

– ***Lista de compromisos específicos de la Federación de Rusia***

En la Lista de compromisos de la Federación de Rusia hallamos una limitación horizontal según la cual “a partir de la fecha de adhesión, los servicios considerados servicios públicos a nivel nacional o local pueden estar sujetos a monopolio público o a derechos exclusivos otorgados a empresarios privados”. En una nota explicativa, la Federación de Rusia precisa que un servicio será considerado como ‘público’ “de conformidad con la legislación federal vigente.” Respecto a los posibles derechos exclusivos otorgados a empresarios privados, añade en otra nota explicativa que podrán “concederse derechos exclusivos respecto de esos servicios a empresas privadas, por ejemplo mediante concesiones otorgadas por organismos del Estado y organismos

---

<sup>121</sup> *República Democrática Popular Lao*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/150 (2013), p. 11 (versión en inglés, Anexo 5, p. 83).

<sup>122</sup> *Montenegro*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/146 (2012), p. 2 (versión en inglés, Anexo 3, p. 81).

autónomos locales, con sujeción a determinadas obligaciones. Habida cuenta de que también existen a menudo servicios públicos a nivel de los miembros de la Federación de Rusia y de las autonomías locales, no resulta práctica la formulación de listas detalladas y exhaustivas por sectores”<sup>123</sup>.

	Referencia a FG		Referencia a SP				
	Bulgaria	Vietnam	R. Dominicana	EC	Laos	Montenegro	F. Rusa
Remisión a su derecho interno para determinar los SP			X				X
Suministro de los SP mediante: - Monopolio público - Derechos exclusivos otorgados a privados		X		X	X	X	X

Entre las diversas referencias por parte de los Miembros de la OMC se dan ciertas características comunes. En la tabla superior es más visual apreciar el número de Miembros que hacen alusión a los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, así como aquellos que lo hacen respecto a los ‘servicios públicos’. También se señala cuántos son los que se remiten a su derecho nacional para la determinación de a qué servicios se refieren cuando se refieren a ‘servicios públicos, así como los que contemplan el suministro de tales servicios a través de un monopolio público o mediante la cesión de derechos exclusivos a suministradores privados.

<sup>123</sup> *Federación de Rusia*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/149 (2012), p. 4 (versión en inglés, Anexo 2, p. 80).

## **i. ¿Qué reflejan las Listas de compromisos?**

Una vez expuestas las referencias que algunos Miembros de la OMC hacen respecto a la noción de ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ y la de ‘servicios públicos’, varias observaciones pueden hacerse respecto a las mismas.

En primer lugar, es lógico preguntarse: ¿Todos aquellos Miembros que se refieren a ‘servicios públicos’ se refieren en realidad a ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’? Hasta aquí se ha dicho que la noción de ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ solo abarca una parte de los considerados ‘servicios públicos’: aquellos suministrados sobre la base de ‘sin condiciones comerciales’ y ‘sin competencia’<sup>124</sup>. En contraposición, la noción de ‘servicios públicos’ puede comprender servicios que se den en ‘condiciones comerciales’ y en ‘competencia’. Dejando de lado esta distinción, lo cierto es que la redacción utilizada para referirse a una y otra noción en las diferentes Listas es prácticamente la misma, y lo cierto es que parece lógico partiendo de la base de que los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ son a la vez ‘servicios públicos’. Además, ambas limitaciones se encuentran o bien a nivel horizontal, o bien en el sector ‘servicios relacionados con el medio ambiente’ o alguno de sus subsectores (un sector que precisamente abarca servicios de naturaleza sensible, por ejemplo el servicio de suministro de agua). Sin embargo, en base a la teoría que ha sido planteada hasta ahora, no podemos dar por sentado que aquellos Miembros que hacen alusión a los ‘servicios públicos’ en el fondo se refieran a los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’<sup>125</sup>, porque se trata de dos conceptos con alcances distintos. La noción de ‘servicios públicos’ obedece al criterio particular de cada estado, en función un momento y un contexto determinado, mientras que los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ son aquellos servicios definidos por el propio AGCS. Naturalmente, si los Miembros hubieran querido referirse a los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, hubieran utilizado la misma expresión literal y no otra. Sobre la base de este razonamiento, es conveniente centrarse principalmente en las Listas de Vietnam y Bulgaria, Miembros que se refieren literalmente al Artículo I:3(b) y (c).

---

<sup>124</sup> Ver gráfico p. 17.

<sup>125</sup> A pesar de que autores como KRAJEWSKI, M. dan por hecho que en efecto se refieren a este tipo de servicios (ver KRAJEWSKI, M., nota 23, p. 12).

Bulgaria en sus Listas de compromisos se limita a reiterar que quedan excluidos del AGCS aquellos “servicios relativos al medio ambiente prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental”. Además, agrega a esa frase una nota explicativa donde puntualiza que tales servicios consisten en “servicios reglamentarios, administrativos y de control de órganos estatales y municipales relacionados con cuestiones del medio ambiente”. El hecho de que introduzca la exclusión no aporta nada nuevo, simplemente se traduce en un refuerzo de lo que el AGCS ya prevé. Sin embargo, si lo hace el contenido de la nota explicativa, el cual parece estar en consonancia con el requisito de la ‘conexión gubernamental’ anteriormente explicado, sobre todo al utilizar en su descripción las palabras ‘administrativos’ y ‘control’. A pesar de que la referencia por parte de Bulgaria en sus Listas respecto a estos servicios sea meramente la manera en que como Miembro de la OMC concibe el Artículo I:3(b) y (c), parece encajar con lo que hemos venido entendiendo hasta ahora respecto a su significado.

En cambio, Vietnam se refiere al Artículo I:3(b) y (c) de otra manera. En primer lugar, utiliza la palabra ‘confirmando’, dejando todavía más claro que se está limitando a ‘reforzar’ la exclusión introduciéndola en sus Listas. En segundo lugar, contempla la posibilidad de que el suministro de tales servicios se haga efectivo a través de un monopolio público, o bien mediante la cesión de derechos exclusivos a suministradores privados<sup>126</sup>. Un ‘monopolio público’ implica el ejercicio exclusivo de una actividad por parte del Estado, de modo que lógicamente, si se parte de la base de que la Administración debería actuar motivada por fines vinculados al interés general y no por fines lucrativos<sup>127</sup>, no se darán las notas de ‘competencia’ ni ‘condiciones comerciales’. Sin embargo, en el caso de que una entidad privada suministre un determinado servicio público mediante concesión genera grandes dudas respecto a si puede llegar en algún caso a hacerlo sin un ánimo de lucrarse, y en consecuencia poder cumplir con los requisitos el Artículo I:3(b) y (c) para quedar excluido del ámbito del AGCS. ¿Qué otro incentivo tendría la empresa prestadora de determinados servicios que no fuera el de lucrarse a costa del propio suministro del servicio? Por definición, detrás de una empresa privada hay capital privado puesto en riesgo con la expectativa de que se

---

<sup>126</sup> Estas posibilidades también son contempladas por otros Miembros que se refieren a ‘servicios públicos’ (ver tabla p. 47).

<sup>127</sup> Hay que tener presente que, a pesar de que se trate de un monopolio público, podría ser que, a pesar de no estar en competencia por la ausencia de otros suministradores del mismo servicio, este estuviera orientado a obtener beneficios, por lo que la no tendría cabida en la exclusión del Artículo I:3(b) y (c).

generen beneficios. Lo cierto es que no tiene mucho sentido pensar que un proveedor privado, con poderes delegados por parte de la administración, estará dispuesto a suministrar un servicio sin ánimo de obtener un beneficio o recibir a cambio ciertas ventajas que le sean económicamente beneficiosas. Además, las concesiones administrativas suelen ser otorgadas mediante concurso público, con tal de cumplir con los criterios de imparcialidad, igualdad de oportunidades y transparencia, lo que implica una situación de plena competencia entre aquellos aspirantes a conseguir la concesión. A la vez, eso también puede ser un indicador de que mediante la prestación de sus servicios se persiguen ciertos beneficios o ventajas económicas. Dicho esto, se hace difícil que un servicio, a pesar de ser público, cuando sea suministrado por una entidad privada con poderes delgados tenga cabida en la exclusión a la que se refiere el Artículo I:3(b) y (c). En consecuencia, resulta un tanto contradictoria la referencia de Vietnam relativa a la exclusión de los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, al prever que tales servicios puedan llegar a “ser objeto de monopolios públicos o de derechos exclusivos otorgados a operadores privados”.

De aquellos Miembros que establecen limitaciones relativas a determinados ‘servicios públicos’ en sus Listas de compromisos, concretamente cuatro de los cinco en total también prevén la posibilidad de que la prestación de esos ‘servicios públicos’ se lleve a cabo a través de un monopolio público o mediante la cesión de derechos exclusivos a suministradores privados<sup>128</sup>. Así como prever esa posibilidad respecto a los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ resulta contradictorio en la práctica, es totalmente lógico y coherente que sea posible respecto a determinados ‘servicios públicos’. El hecho de que contemplen en especial la posibilidad del suministro mediante concesión administrativa se ajusta al argumento de que los ‘servicios públicos’ son una categoría mucho más amplia que los servicios a los que se refiere el Artículo I:3(b) y (c)<sup>129</sup>, se trata de servicios que no requieren las condiciones respecto a la manera de ser suministrados que por contra si son necesarias en el caso de los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’. Se confirma así que muchos servicios públicos se encuentran efectivamente bajo el

---

<sup>128</sup> Ver tabla p. 47.

<sup>129</sup> De aquí que también algunos de los Miembros que se refieren a los ‘servicios públicos’ en sus Listas hagan una remisión a su derecho interno para conocer cuáles servicios forman parte de esta categoría (ver pp. 45 y 46, así como la tabla de la p. 47). Inversamente, los dos Miembros que se refieren literalmente a ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ no realizan semejante remisión, lógicamente porque el propio AGCS ya define, aunque ambiguamente, estos servicios. Este hecho reafirma que se trata de dos categorías distintas.

ámbito del AGCS, de modo que los estados pueden incluirlos en sus listas de compromisos específicos asumiendo la aplicación a los mismos de las obligaciones específicas de acceso a los mercados y de trato nacional con aquellas salvedades o limitaciones que decidan introducir en sus Listas.

Queda patente que, al menos para algunos Miembros de la OMC, la concepción del Artículo I:3(b) y (c) resulta un tanto confusa, de manera que han preferido optar por introducir en sus Listas de compromisos exclusiones expresas de una manera más o menos acertada. Parece razonable que estos Miembros hagan estas precisiones con tal de asegurarse de que en ciertos servicios seguirán manteniendo una amplia soberanía, partiendo de la base de que la noción sobre ‘servicios suministrados en ejercicio de funciones gubernamentales’ es compleja y se presta a múltiples interpretaciones. A la vez, se podría deducir una interpretación restrictiva a la misma, al considerar que son necesarias limitaciones específicas en las Listas. Sin embargo, no se trata de una manifestación generalizada, sino que únicamente por parte de dos Miembros de la OMC de un total de ciento sesenta<sup>130</sup>. De todas formas, según la redacción del propio Artículo I:3(b) y (c), los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ quedan excluidos al cumplir con sus requisitos, sin requerir que sea necesaria que además la exclusión se haga constar expresamente en las Listas de compromisos.

En definitiva, podemos resumir que mientras las referencias de Bulgaria parecen estar más en consonancia con las conclusiones hechas hasta ahora, las referencias por parte de Vietnam vienen a contradecir un poco las exigencias del Artículo I:3(c) defendidas hasta ahora<sup>131</sup>. Es razonable que estos Miembros hagan estas precisiones con el objetivo de asegurarse de que en ciertos servicios seguirán manteniendo una amplia soberanía, tomando en consideración que la noción sobre ‘servicios suministrados en ejercicio de funciones gubernamentales’ es compleja y se presta a múltiples interpretaciones, y es lógico que los estados quieran preservar, en cualquier caso, su capacidad para establecer monopolios en ciertos sectores. Sin embargo, no debe ser olvidado que las Listas de compromisos solamente reflejan la intención y la práctica de los Miembros en su esfera individual, y no la de los Miembros en su conjunto. En todo caso, a pesar de aquello que los Miembros introduzcan en sus Listas respecto al Artículo

---

<sup>130</sup> Además, cabe tener en cuenta que en la OMC no es de aplicación el principio de interpretación restrictiva, como si lo es en el marco de la UE (ver p. 12).

<sup>131</sup> Básicamente la de ‘sin condiciones comerciales’ en el caso de que el servicio sea suministrado por un privado, en cual difícilmente lo hará sin un ‘ánimo de lucro’.

I:3(b) y (c), su efecto siempre quedará supeditado al cumplimiento de los tres requisitos cumulativos exigidos por la propia cláusula.

**ii. ¿Qué relación se puede establecer entre la exclusión del Artículo I:3(b) y (c) y las Listas de compromisos?**

Una vez observadas las alusiones de algunos Miembros respecto a los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, así como aquellos que se refieren a los ‘servicios públicos’, conviene concluir cuál es la relación que mantienen las Listas con el Artículo I:3(b) y (c).

En primer lugar, cabe tener presente que únicamente dos de los ciento sesenta Miembros que forman parte de la OMC introducen que los servicios a los que se refiere el Artículo I:3(b) y (c) se encuentran excluidos del ámbito del AGCS. Al margen de que estos Miembros hayan ‘reforzado’ la exclusión introduciéndola en sus Listas, lo cierto es que no es la propia cláusula no deja constancia de que sea necesario establecer limitaciones expresas en las Listas para que tales servicios queden en efecto fuera del ámbito del Acuerdo.

En segundo lugar, a pesar de que estas exclusiones consten en las listas, siempre será imprescindible que para que tengan efecto se cumplan las tres condiciones explicadas con anterioridad: que sea suministrado ‘sin condiciones comerciales’ y ‘sin competencia’, así como que exista una ‘conexión gubernamental’.

En tercer lugar, y para terminar de perfilar la relación entre las listas de compromisos y el Artículo I:3(b) y (c), cabe contemplar que sucedería en el caso de que un Miembro realizara compromisos sobre un servicio no cubierto por el AGCS (es decir, un servicio ‘suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’). En ese caso, por definición, no podría haber violación de las obligaciones del AGCS en virtud de una medida que fuera contraria a las mismas, pues el estado seguiría manteniendo su plena soberanía en el mismo, sin verse vinculado por las normas del AGCS. Sin embargo, introducir tales limitaciones cobraría sentido si tal Miembro contemplara futuras posibles transformaciones de ese servicio. En el caso de que la manera de suministrar el servicio cambiara, si sería útil haber incluido esas salvedades en su listas de compromisos. En

consecuencia, ese estado seguiría manteniendo ciertas limitaciones al acceso a los mercados y al trato nacional en unos servicios que inicialmente no se encontraban cubiertos pero que luego, al producirse una mutación de su naturaleza, pasan a regirse por las normas del AGCS. En definitiva, esas salvedades serían irrelevantes en el caso de que el servicio tuviera cabida en la exclusión contemplada en el Artículo I:3(b) y (c), pero si se cambiara su naturaleza o se diera una interpretación distinta, haber introducido en su momento esas salvedades sí sería útil.

Distinto sería el caso a la inversa. Sería cuestionable que un Miembro pudiera abrir su mercado respecto a unos servicios que posteriormente ‘transformara’ a ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, haciendo un ‘rollback’ en sus compromisos<sup>132</sup>. Esa situación supondría una vía para los Miembros eludieran sus obligaciones bajo el AGCS.

## VII. Cláusulas de exclusión similares en otros tratados internacionales

En efecto, el Artículo I:3(b) y (c) no es la única cláusula de exclusión de los servicios públicos que existe a escala internacional. Hay cláusulas que utilizan exactamente la misma redacción que el Artículo I:3(b) y (c), mientras que otras sencillamente se parecen. Por ejemplo, el TLC entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos<sup>133</sup> contiene en su Artículo 11.1(6) una cláusula literalmente igual que la contenida en el AGCS. Lo mismo sucede con el Artículo 10.1(4)(e) del TLC entre Estados Unidos y Australia y, entre otros, el Artículo 12(1) del Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica<sup>134</sup>.

A pesar de que estos TLC tengan establecido su propio sistema de solución de diferencias, la mayoría de los cuales suelen ser casi una réplica del Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC<sup>135</sup>, estos no suelen ser demasiado utilizados por las

---

<sup>132</sup> Muy probablemente esa ‘transformación’ o ‘mutación’ tendría lugar mediante regulaciones, las cuales serían contrarias a las normas del AGCS (sin olvidar que eso dependerá de los compromisos específicos de cada Miembro en cuestión).

<sup>133</sup> Más conocido como DR-CAFTA (*Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement*).

<sup>134</sup> Más conocido con las siglas TPP (*Trans-Pacific Strategic Economic Partnership o Trans-Pacific Partnership*). Además este acuerdo contiene cláusulas de excepción muy similares a las del AGCS.

<sup>135</sup> No solamente en los TLC mencionados, sino que en también en otros (ver CHASE, C., YANOVICH, A., CRAWFORD, J. A., UGAZ, P; “*Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in*

partes en cuánto se suscita una disputa. Generalmente, la mayoría de las partes de los TLC siguen recurriendo al SSD de la OMC para resolver sus conflictos, no porque los otros no sean efectivos, sino porque probablemente las partes ya conocen el buen funcionamiento del SSD de la OMC, mientras que los otros todavía están por probar<sup>136</sup>. Es por esta razón que no encontramos jurisprudencia relativa a las cláusulas de exclusión similares que aparecen en los TLC anteriormente citados.

A la vez encontramos cláusulas que meramente se asemejan al Artículo I:3(b) y (c), sin llegar a ser exactamente idénticas, tanto a nivel literal como a nivel de fondo. Principalmente el Artículo 51 del TFUE y, aunque con menor intensidad, los Artículos 1201 (3) (b) y 1101 (4) del TLCAN. A continuación ambos artículos serán examinados detenidamente de manera separada.

#### **a. El Artículo 51 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**

Algunos Estados que conforman la UE<sup>137</sup>, así como algunos autores<sup>138</sup>, opinan que el Artículo I:3(b) y (c) se asemeja al Artículo 51 del TFUE (antiguo Artículo 45 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCE)), el cual dice así:

##### **Artículo 51**

*(antiguo artículo 45 TCE)*

Las disposiciones del presente capítulo [el derecho al establecimiento, servicios y capital<sup>139</sup>] no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo.

---

*Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?*”, Staff Working Paper ERSD-2013-07, p. 6).

<sup>136</sup> WTO Secretariat, “*World Trade Report 2011 – The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence*” (WTO, 2011), pp. 175-178.

<sup>137</sup> La propia CE, junto a Hungría, Polonia, y la República Checa (ver p. 12).

<sup>138</sup> Especialmente KRAJEWSKI, M., p. 21 y LEROUX, E. H., p. 359.

<sup>139</sup> A pesar de que se refiere al capítulo del Derecho de establecimiento también es aplicable a la libertad de servicios (Artículo 62 TFUE) , así como a la libertad de movimiento de capitales (Artículo 65(2) TFUE).

La asociación entre ambos artículos parece razonable ante la semejanza entre las expresiones ‘ejercicio de facultades gubernamentales’ (*‘exercise of governmental authority’*) y ‘ejercicio del poder público’ (*‘exercise of official authority’*). De manera parecida al Artículo 51 del TFUE, el Artículo 45(4) del mismo TFUE excluye del ámbito de aplicación del tratado aquellos ‘empleos en la administración pública’<sup>140</sup>. Mientras que el TJUE si ha ofrecido una definición para aquellos “empleos en la administración pública” a los que se refiere el Artículo 45(4), nunca ha ofrecido del mismo modo una definición en abstracto para aquellas “actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público” a las cuales se refiere el Artículo 51 del TFUE. A pesar de no haber dado tal definición, si se han dado casos en los que el TJUE se ha pronunciado respecto al Artículo 51. Algunos de esos casos son los que aparecen a continuación.

➤ *Asunto Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de Bélgica*

El TJUE en el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de Bélgica* definió como ‘empleos en la administración pública’ aquellos “que guardan relación con las actividades específicas de la Administración Pública como depositaria del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de la salvaguardia de los intereses generales del Estado, a los que deben equipararse los intereses propios de los entes públicos, como, por ejemplo, las administraciones municipales”<sup>141</sup>.

➤ *Asunto Reyners*

El primer asunto relacionado con el Artículo 51 del TFUE (antiguo Artículo 45 del TCE) fue el de *Reyners*<sup>142</sup>. La cuestión versó sobre si ciertas actividades realizadas por un abogado podía ser consideradas como un ‘ejercicio del poder público’. El tribunal concluyó que “las actividades más típicas de la profesión de Abogado, como el asesoramiento y la asistencia jurídica, así como la representación

---

<sup>140</sup> El Artículo 45 del TFUE (Antiguo 39 TCE) asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, mientras que literalmente prevé que “las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública”.

<sup>141</sup> Asunto C-149/79 (1980), párr. 6.

<sup>142</sup> Asunto C-2/74 (1974).

y la defensa de las partes ante los Tribunales, aun cuando la intervención o asistencia del Abogado sea preceptiva o constituya una exclusividad impuesta por la ley; que, efectivamente, el ejercicio de dichas actividades deja intactas la apreciación de la autoridad judicial y el libre ejercicio del poder jurisdiccional”<sup>143</sup>. A pesar de que el tribunal no lo hiciera, el Abogado General Mayras si ofreció una definición de ‘poder público’, y apuntó que “la autoridad pública es aquella que deriva de la soberanía, del *imperium* del Estado; implica, para el que la ejerce, la facultad de usar prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público, poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos. Por tanto, el desempeño de actividades que estén relacionadas con el ejercicio de esta autoridad únicamente puede proceder del mismo Estado, directamente o por delegación a favor de determinadas personas, incluso extrañas a la función pública”<sup>144</sup>.

➤ *Asunto Comisión de las Comunidades Europeas v. Italia*

En el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas v. Italia* el TJUE consideró que aquellas actividades relativas a la programación y la gestión de sistemas informáticos eran de carácter técnico, y por lo tanto ajenas al ejercicio del poder público. El tribunal, refiriéndose al asunto *Reyners*<sup>145</sup>, recordó que “las excepciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios previstas en el párrafo 1 del Artículo 55 y en el Artículo 66 del Tratado CEE deben restringirse a las de las actividades contempladas en los artículos 52 y 59, las cuales, en sí mismas, implican una relación directa y específica con el ejercicio del poder público. No obstante, éste no es el caso en el presente asunto habida cuenta que las actividades discutidas relativas a la concepción, al programa informático y a la gestión de sistemas informáticos son de carácter técnico y, por consiguiente, ajenas al ejercicio del poder público”<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> *Ibid*, párr. 53.

<sup>144</sup> Opinión del Abogado General Mayras en el asunto *Reyners* C-2/74 (1974), p. 317.

<sup>145</sup> Concretamente asunto *Reyners* C-2/74 (1974), p. 631.

<sup>146</sup> Asunto C-3/88 (1989), párr. 13.

➤ *Asunto Comisión de las Comunidades Europeas v. Grecia*

En el asunto de la *Comisión de las Comunidades Europeas v. Grecia*, se puso en tela de juicio si el hecho de establecer escuelas privadas en Grecia estaba relacionado con el ‘ejercicio del poder público’<sup>147</sup>. Mientras que Grecia defendió que, en base a su constitución, al margen de ser escuelas privadas se trataba del ‘ejercicio del poder público’, el Tribunal sostuvo que aunque cada Estado Miembro puede en efecto determinar el papel de su propio Estado respecto a la educación, las escuelas privadas no podían considerarse como una manifestación del ‘ejercicio del poder público’<sup>148</sup>.

Así como en el contexto del AGCS, bajo el TFUE también parece que las ‘actividades económicas’ sean un concepto que no casa con el ejercicio de los poderes públicos<sup>149</sup>. De hecho, este entendimiento queda evidenciado en el asunto *Fluggesellschaft v. Eurocontrol*, en cuyo caso se sostuvo que *Eurocontrol* no era una empresa según el tratado, y que “la actividad de control de la navegación aérea [...] es una función de la autoridad pública, desprovista de carácter económico, puesto que esta actividad constituye un servicio de interés general destinado a proteger a la vez a los usuarios del transporte aéreo y a las poblaciones afectadas por los vuelos de aeronaves”<sup>150</sup>. Esta distancia entre las ‘actividades económicas’ y el ‘ejercicio de poderes públicos’ también fue puesto de manifiesto en el caso *Diego Cali & Figli S.R.L v. Servizi Ecologici Porto de Genova S.p.A (SEPG)*, en el cual se sostuvo que “la vigilancia anticontaminación que los SEPG deben llevar a cabo en el puerto petrolero de Génova constituye una misión de interés general” que “por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta, se vincula al ejercicio de prerrogativas relativas a la protección del medio ambiente, que son prerrogativas típicas del poder público”. Como tales, se sostuvo que no tenían “carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado”, haciendo remisión al asunto *Eurocontrol Fluggesellschaft v. Eurocontrol* antes mencionado<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> Asunto C-306/89 (1988), p. 1637.

<sup>148</sup> *Ibid*, párr. 9

<sup>149</sup> De hecho, su ausencia provoca la inaplicabilidad de las reglas relativas a la competencia (Artículos 101 y 102 del TFUE) y aquellas relativas a las ayudas otorgadas por Estados (Artículo 107 TFUE).

<sup>150</sup> Asunto C-364/92 (1994), párr. 17.

<sup>151</sup> Asunto C-343/95 (1997), párrs. 22-23.

En síntesis, tanto en los casos en los que se ha visto involucrado el Artículo 45(4) y el Artículo 51 del TFUE, el TJUE ha llevado un a cabo un examen en atención a cada caso concreto. Este examen ha consistido generalmente en determinar en primer lugar qué tareas ejecuta la persona (física o jurídica) en cuestión, y posteriormente establecer que tipo de vínculo existe con el ‘ejercicio de un poder público’.

En sede de derecho de establecimiento, parece relevante el Artículo 57 del TFUE (antiguo Artículo 50 del TCE), el cual requiere una ‘remuneración’ para que una prestación sea considerada ‘servicio’ en el sentido del tratado.

### **Artículo 57**

*(antiguo artículo 50 TCE)*

Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios *las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración*, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

La noción de ‘remuneración’ ha sido frecuentemente relacionada con la noción de ‘actividad económica’, hecho que se pone de relieve, por ejemplo, en la redacción utilizada por la Directiva Bolkestein<sup>152</sup>. En esta se expresa literalmente que se entenderá por ‘servicio’ “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el Artículo 50 del Tratado”. En la práctica, la nota de ‘remuneración’ es contemplada como un claro indicador de la ausencia del ‘ejercicio del poder público’<sup>153</sup>.

No cabe duda en que cierta relación puede llegar a establecerse entre el Artículo 51 del TFUE y el Artículo I:3(b) y (c) del AGCS, no únicamente por la semejanza a nivel literal, sino por la semejanza que deriva de la interpretación que se le ha dado al Artículo 51 del TFUE, así como el Artículo 45(4). La interpretación por parte del TJUE encaja razonablemente con la que hasta ahora se ha propuesto para el Artículo I:3(b) y (c) del AGCS<sup>154</sup>. Sin embargo, puede ser prescindir del arraigado principio de interpretación restrictiva en la UE respecto a aquellas cláusulas de exclusión o de

---

<sup>152</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2006), relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>153</sup> ARENA, A., nota 2, p. 521.

<sup>154</sup> *Ibid*, p. 522, pone especialmente de relieve la equivalencia entre la expresión ‘condiciones comerciales’ con la noción europea de ‘remuneración’, así como la equivalencia entre ‘en competencia’ del AGCS con la noción de ‘actividad económica’.

excepción. A diferencia del TJUE, el OA de la OMC ha venido considerando que la interpretación de las exclusiones y excepciones no debe obedecer al principio de interpretación restrictiva, sino que sostiene que es más conveniente una lectura equilibrada entre principios básicos que promueven el libre comercio y excepciones<sup>155</sup>.

Cabe resaltar que la necesidad de ser riguroso con el texto empleado por ambas cláusulas. Por un lado, el Artículo 51 del TFUE prevé que no se aplicaran las cláusulas relativas al derecho de establecimiento cuando exista una relación “aunque sólo sea de manera ocasional”, dando a entender que puede llegar a abarcar muchos más supuestos que la ‘conexión gubernamental’ que se desprende como requisito del Artículo I:3(b) y (c). Por otro lado, mientras que respecto al Artículo 51 la jurisprudencia ha venido requiriendo en cierta medida que no deban darse ‘condiciones comerciales’ ni ‘competencia’, el Artículo I:3(b) y (c) lo requiere expresa y literalmente. En ese sentido, el alcance del Artículo I:3(b) y (c) resulta mucho más rígido que el del Artículo 51 del TFUE. Aunque por el momento la interpretación por parte del TJUE se encuentra en consonancia con la redacción del Artículo I:3(b) y (c) y la interpretación propuesta en este trabajo, nadie nos puede asegurar que tal interpretación irá siempre en esa dirección. Si el TJUE así lo considera oportuno, tendrá margen de maniobra para cambiar su interpretación sin que el propio texto del Artículo 51 TFUE se lo impida. *A contrario sensu*, la redacción del Artículo I:3(b) y (c) del AGCS es más cerrada, detallada, y limitativa, de manera que el espacio para la interpretación se verá siempre más constreñido.

En síntesis, al margen de estas precisiones, y a pesar de que las cláusulas del TFUE no sean estrictamente relevantes para la interpretación del Artículo I:3(b) y (c), principalmente el Artículo 51 del TFUE parece estar en consonancia con la interpretación sugerida en este trabajo para aquellos ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’.

---

<sup>155</sup> FERNÁNDEZ PONS, X., nota 32, p. 224.

## **b. Los Artículos 1201(3)(b) y 1101(4) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte**

El TLCAN consiste un acuerdo regional entre los gobiernos de Canadá, de los Estados Unidos y de México a fin de establecer una zona de libre comercio. En el TLCAN, a diferencia del AGCS, el suministro de los servicios se encuentra regulado separadamente por los Capítulos 11 y 12 del propio acuerdo. Mientras que el Capítulo 11 se refiere a los modos de suministro equivalentes a los 1, 2, y 4 del AGCS, el Capítulo 12 se refiere al suministro de servicios equivalente al modo de suministro 3 bajo el AGCS.

A diferencia del AGCS, el TLCAN no contiene una excepción horizontal como la contenida en el Artículo I:3(b) y (c) del AGCS. Sin embargo, los Artículos 1201(3)(b) y 1101(4) del TLCAN (que se encuentran en los Capítulos 12 y 11 respectivamente) hacen referencia a servicios que forman parte de determinados sectores, los cuales se encuentran generalmente reconocidos como ‘servicios públicos’. Ambos Artículos expresan literalmente lo mismo y dicen así:

**Artículo 1101: Ambito de aplicación y extensión de las obligaciones**

y

**Artículo 1201: Ambito de aplicación y extensión de las obligaciones**

[...]

3. Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de:

[...]

d) impedir a una Parte que preste servicios o realice funciones tales como la ejecución de las leyes, los servicios de readaptación social, la seguridad o el seguro sobre el ingreso, la seguridad o el seguro social, el bienestar social, la educación pública, la capacitación pública, la salud y la atención a la niñez, cuando se desempeñen de manera compatible con las disposiciones de este capítulo.

Los artículos 1201(3)(b) y 1101(4) del TLCAN, a diferencia del Artículo 51 TFUE, no se asemejan demasiado al Artículo I:3(b) y (c). Principalmente porque no se trata de una exclusión en sí, sino que de una ‘directriz interpretativa’<sup>156</sup> que orienta la interpretación de aquellos Capítulos que la contienen. Tal directriz da una especie de

---

<sup>156</sup> GERLICH, O., nota 65, p. 20.

trato diferencial para los servicios a los que se refiere, servicios que justamente fueron introducidos en las reservas de los tres estados parte del TLCAN<sup>157</sup> probablemente para blindarse ante la poca fuerza u obligatoriedad que se desprende de los Artículos 1201(3)(b) y 1101(4) del TLCAN. Además, ambas cláusulas idénticas no son horizontales como el Artículo I:3(b) y (c), sino que son de aplicación únicamente a una parte de lo que regula el tratado (Capítulos 11 y 12 del TLAN).

Hasta el momento, al igual que sucede con el Artículo I:3(b) y (c), no se ha suscitado ninguna disputa relativa a los artículos 1201(3)(b) y 1101(4) del TLCAN, de modo que no queda claro cuál es exactamente su alcance. Por el momento, en palabras de KRAJEWSKI, M., solamente puede tratarse de una mera ‘declaración simbólica’<sup>158</sup>.

### **VIII. Servicios que en la práctica se podrían encontrar excluidos en virtud del Artículo I:3(b) y (c) del AGCS**

Volviendo al comienzo, se ha dicho que resulta tentador asociar los ‘servicios públicos’ con aquellos servicios ‘suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, es decir, identificar los últimos con aquellos servicios considerados básicos o de primera necesidad. Lo más intuitivo es pensar que el Artículo I:3(b) y (c) se refiere por lo tanto a servicios como por ejemplo el abastecimiento de agua, electricidad, servicios postales, gas, transporte, o educación. Sin embargo, como se ha venido insistiendo hasta ahora, los servicios ‘suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ solamente son una parte del amplio elenco de servicios que podrían considerarse como ‘públicos’, se trata de aquellos que cumplen con los tres requisitos cumulativos que señala el Artículo I:3(b) y (c).

---

<sup>157</sup> Así, en el Anexo II del TLCAN, Canadá por ejemplo introdujo lo siguiente que respecto a los “*Cross-Border Services and Investment: Canada reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of public law enforcement and correctional services, and the following services to the extent that they are social services established or maintained for a public purpose: income security or insurance, social security or insurance, social welfare, public education, public training, health, and child care*”.

<sup>158</sup> KRAJEWSKI, M.: “*Public services in bilateral free trade agreements of the EU*” (2011) Social Science Research Network, p. 20.

En la práctica se da que muchos de estos servicios mencionados se suministran en el mercado, con las notas de ‘competencia’ y ‘condiciones comerciales’, por lo que no pueden pertenecer a la categoría de ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ (se tratará entonces de meros ‘servicios públicos’). Por ejemplo, en Rusia el gas, un servicio considerado como de primera necesidad, es suministrado por *Gazprom*, una compañía que a pesar de estar controlada por el gobierno ruso, cotiza en bolsa y genera grandes beneficios, al margen de verse limitada con la obligación de respetar las normas marcadas por el estado según sus políticas sociales por tratarse de un servicio elemental. Nos encontramos entonces ante un servicio público que, sin embargo, no puede ser considerado un ‘servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’ al no cumplir con las exigencias del Artículo I:3(b) y (c). Otro ejemplo lo encontramos en España con la empresa *Correos* que, al margen de suministrar un servicio considerado como público, es una empresa que ha venido generando beneficios en los últimos tiempos<sup>159</sup>. Ambos ejemplos no son casos aislados, anteriormente se ha hecho referencia también a las empresas *Royal Mail Group* (Reino Unido) y *Telstra* (Australia), dos empresas las cuales ofrecen un servicio público en unas condiciones contrarias a las exigidas por el Artículo I:3(b) y (c)<sup>160</sup>. Aun así, no conviene generalizar respecto a estos servicios afirmando que todos siempre se encuentran bajo el ámbito del AGCS, ello siempre dependerá de que en cada caso particular se den o no los requisitos del Artículo I:3(b) y (c).

Como la mayoría, o gran parte, de los ‘servicios públicos’ más clásicos se encontrarían cubiertos por el AGCS<sup>161</sup>, conviene pensar en otros servicios que, utilizando las palabras de ARENA, A., “se encuentran tan intrínsecamente relacionados con el ejercicio del poder gubernamental como para ser incompatibles con las nociones de ‘comercio’ y ‘competencia’”<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> En el año 2013 Correos cerró con un resultado de 48 millones de beneficio, a pesar de la caída del negocio, gracias a 139 millones en ayudas públicas inyectados como compensación del servicio universal que presta.

<sup>160</sup> Ver punto V. a. (pp. 14 y 15), en el que se profundiza más en ambas empresas.

<sup>161</sup> De hecho, es por eso que muchos Miembros de la OMC establecen limitaciones al respecto (ver por ejemplo las Listas de compromisos de las *CE*, *República Popular de Lao*, *Federación de Rusia*, y *Montenegro*, a las cuales en el apartado VI. g. se ha hecho referencia).

<sup>162</sup> ARENA, A., nota 2, pg. 502, partiendo de las declaraciones de LEROUX, E. H. en las que defiende que el ejercicio de la autoridad gubernamental “*has little to do with commerce*” y que la noción de ‘competencia’ “*is generally absent in the case of exercise of governmental authority*” (ver LEROUX, E. H., nota 1, p. 345-352).

A pesar de que el Artículo I:3(b) y (c) no haga referencia al suministrador de servicios, sino que a la manera en que se suministra el servicio, resulta contradictorio pensar que en el caso de que un suministrador privado preste un servicio ‘sin condiciones comerciales’, o lo que es lo mismo, sin un objetivo de obtener beneficios. Respecto al requisito de ‘sin competencia’ también se hace difícil argumentar que, en el caso de mediar concesión concedida por concurso o equivalente, esa situación no propicie un contexto de rivalidad entre aquellos aspirantes a conseguirla. En consecuencia, el elenco de servicios que en efecto puede cumplir con los requisitos del Artículo I:3(b) y (c) quedando fuera del ámbito de aplicación del AGCS puede verse notablemente reducido, pudiendo serlo únicamente aquellos suministrados por un ente público<sup>163</sup>.

Una vez aclarado esto, es pertinente centrarnos en aquellos servicios que puedan encontrarse más estrechamente vinculados con el gobierno, los cuales impliquen un auténtico ejercicio del poder que este reviste. En esa dirección, se propone que los ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ comprendan tales como los servicios judiciales, los servicios penitenciarios, los controles portuarios, los controles aduaneros, la expedición de documentos de identidad y pasaportes, o los servicios de asesoría jurídica gratuita. Se trata de servicios que, en la mayoría de los estados, suelen estar muy aferrados a los gobiernos, servicios que solamente éste ofrece y que no suponen una fuente de ingresos para el mismo o para sujetos privados, sino que son ofrecidos para dar respuesta al interés general y al orden público.

Resulta poco práctico proceder a una realizar una lista exhaustiva, y aún menos *numerus clausus*, de aquellos servicios que en efecto podrían ser considerados como ‘suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, dado que ello siempre dependerá de las condiciones en las que se ofrece el propio servicio en el territorio de cada Miembro. Como se verá, un mismo servicio puede ser ‘suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’ en el territorio de un Miembro mientras que en otro no (es el caso de los servicios penitenciarios, por ejemplo). A continuación, con el objetivo de plasmar toda la teoría que se ha venido desarrollando hasta el momento, se analizarán algunos de los servicios que podrían formar parte de una mera lista ‘ejemplificativa’, sin llegar a configurarse como una lista cerrada. Tales ejemplos

---

<sup>163</sup> Que no esté ‘comercializado’, esto es, que no se comporte en el mercado como un suministrador privado cualquiera.

ayudarán a perfilar las condiciones que deben darse para que un servicio quede en efecto fuera del ámbito de aplicación del AGCS.

➤ *Servicios penitenciarios*

Los servicios penitenciarios suelen comprender servicios tales como la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, la retención y custodia de detenidos, presos y penados, así como la asistencia y ayuda de los internos y liberados. Se trata de servicios que suponen un evidente ejercicio de ‘facultades gubernamentales’, por implicar prácticas como el control, el uso de la fuerza, o la limitación del derecho a la libertad. Tales prácticas solamente pueden llevarse a cabo por el estado, quien debe estar legitimado para ello siempre con arreglo a la ley. Los servicios penitenciarios son ontológicamente contrarios a las nociones de ‘competencia’ y ‘condiciones comerciales’, por prestarse fuera del mercado. El propósito de suministrar tales servicios no obedece a la obtención de beneficios ni a rivalizar con otros suministradores, sino que es suministrado para favorecer al interés general de una sociedad. Especialmente se persigue preservar la seguridad de los ciudadanos y una futura eventual reinserción social de aquellos que se encuentran ingresados en los centros penitenciarios.

Aunque generalmente los servicios penitenciaros no sean concebidos como unos servicios orientados a la obtención de beneficios siempre hay excepciones. En los Estados Unidos son precisamente concebidos como una fuente de ingresos, se trata de un negocio como cualquier otro. Aunque sorprenda existen centros penitenciarios privados, los cuales generan abundantes cantidades de dinero para sus dueños. Aproximadamente en los años ochenta, en los Estados Unidos se decidió empezar a subcontratar el sistema penitenciario a empresas privadas. Estas empresas privadas a día de hoy se encuentran ejerciendo una autoridad delegada por parte del Estado sobre la base de concesiones, si bien con un ineludible objetivo de obtener ingresos (por lo que manifiestamente suministran sus servicios en ‘condiciones comerciales’). Además, no únicamente existe una empresa privada que preste estos servicios, sino que varias las cuales compiten entre ellas con el objetivo de ser contratadas por el Estado y así prestar sus respectivos servicios. Esta intromisión por parte del sector

privado pone en radicalmente en cuestión la consideración de que nos encontremos ante un ‘servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’, dado que en este caso se estarían incumpliendo las condiciones cumulativas<sup>164</sup>.

➤ *Expedición de documentos de identidad y pasaportes*

Los documentos de identidad o pasaportes son documentos que acreditan física (y algunos incluso digitalmente) la identidad personal de su titular. La expedición de documentos de este tipo se presta a todo nacional de cada estado en concreto. El estado será quien decida, en base a sus leyes, a quien le otorga el carácter de nacional, y por lo tanto quién podrá obtener un instrumento para que sea identificado como tal, por lo que sin duda se trata de un ‘*acta iure imperii*’.

Por ejemplo en España, de acuerdo con la legislación vigente, la *Dirección General de la Policía* es la única responsable de la expedición del DNI electrónico. En el Reino Unido la *HM Passport Office*<sup>165</sup> es la distribuidora exclusiva de pasaportes, así como la responsable de los demás servicios del registro civil a través de la *General Register Office*. En el caso de los Estados Unidos la expedición de pasaportes es llevada a cabo solamente por el *U.S. Department of State*<sup>166</sup>. En los tres casos, que no son aislados, nos encontramos con que la expedición de estos documentos es llevada a cabo por organismos únicos pertenecientes a la administración de los respectivos estados. Lógicamente por la trascendencia que tienen los documentos de identificación, y por el fin que persiguen. No se trata de perseguir beneficios, ni de competir con otros proveedores (que no lo hay), sino de posibilitar el control de los ciudadanos pudiéndolos identificar.

---

<sup>164</sup> *Corrections Corporation of America (CCA)* es principal la compañía en los Estados Unidos que posee y controla las prisiones privadas y los centro de detención, la cual operan en base a concesiones. Su principal empresa competidora es *GEO Group Inc*, la segunda empresa suministradora de servicios penitenciarios en el país.

<sup>165</sup> La cual forma parte de la *Home Office*.

<sup>166</sup> La cual forma parte del *Bureau of Consular Affairs*.

➤ *Servicios judiciales*

Los servicios judiciales también pueden ser un ejemplo del ejercicio de ‘facultades gubernamentales’, básicamente por ser los jueces aquellas personas revestidas de autoridad y potestad para poder juzgar y sentenciar. Se trata de unos servicios que en el caso de dejarse en manos del sector privado perderían su razón de ser. Mediante los servicios judiciales se promueve la impartición y la administración de la justicia, una actividad intrínsecamente vinculada a la seguridad e interés general de los ciudadanos. Es el estado quien está obligado a garantizar su imparcialidad y el acceso a la justicia.

El acceso a la justicia, al menos en España, es considerado como un derecho fundamental, hasta el punto de que a aquellas personas a las que se les reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita quedan exentas de asumir sus costes, siempre que acrediten cumplir los requisitos para ello de acuerdo con la normativa<sup>167</sup>. En ese contexto, no se perciben indicadores que apunten a que se trate de un servicio suministrado en ‘condiciones comerciales’. Además, respecto a tales servicios difícilmente pueda sostenerse que sean suministrados en un contexto rivalidad. Tradicionalmente la competencia para que cada tribunal pueda ejercer su jurisdicción determinada por las normas propias de cada estado que regulan la competencia, sin quedar a la libre elección de las partes. En efecto, se trata de un servicio intrínsecamente relacionado con el ejercicio de las facultades propias de un estado, tanto que impide que este tipo de servicios formen tengan un lugar en el mercado<sup>168</sup>.

➤ *Servicios de asistencia sanitaria. Servicios educativos.*

En la mayoría de países, sobretodo europeos, coexisten los suministradores de los servicios de asistencia sanitaria y los servicios educativos de naturaleza pública con los de naturaleza privada. Además, también se ha venido dando el mediático fenómeno de la privatización en ambos sectores de servicios. Aunque los servicios de

---

<sup>167</sup> Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Artículo 4.

<sup>168</sup> En el ámbito de los servicios legales el Secretariado sostuvo que en efecto la administración de la justicia (es decir, jueces, tribunales, abogados del Estado, etc.) se encuentra fuera del ámbito del AGCS, por ser considerada en la mayor parte de países un ‘servicio en ejercicio de facultades gubernamentales’ de acuerdo con el Artículo I:3(b) y (c) (ver pie de p. 24).

asistencia sanitaria y los servicios educativos sean una clase de servicios considerados públicos por excelencia, cabe discernir en qué circunstancias son meros ‘servicios públicos’ y en cuáles pueden ser catalogados como ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’.

Con tal de que estos servicios sean considerados ‘suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’ será necesario que la entidad u organismo que los preste no esté ‘comercializada’, esto significa que deberá suministrar tales servicios impulsad por el interés general, y no con un ánimo de lucrarse y competir con otros proveedores semejantes. Por ejemplo en España, aquellos servicios en materia de salud suministrados por hospitales que no han estado privatizados podrían ser considerados como servicios ‘suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, al ser servicios gratuitos que se prestan sin la previsión de obtener rendimientos y sin ánimo de competir con otros proveedores<sup>169</sup>. En cambio, en los Estados Unidos y en el Canadá el panorama es bien distinto. Tanto los Estados Unidos, como el Canadá no disponen de un sistema sanitario gratuito como el español (o como el danés, o el sueco), sino que allí los ciudadanos deben contratar un seguro privado con tal de recibir los servicios médicos más elementales. Una vez más se pone en evidencia que lo crucial es la manera en la que los servicios son suministrados, no la naturaleza del servicio en si misma.

➤ *Servicios de seguridad*

Los servicios de seguridad o policía nacional consisten tienen como objetivo de garantizar el bien y la seguridad pública mediante la persecución de aquellos que vulneran los derechos de los ciudadanos, poniéndolos en manos de la justicia y velando siempre por el libre ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos. Sin duda, se trata de servicios que se prestan en favor del interés general, los cuales implican el desempeño de facultades propias de un estado, como el uso de la fuerza en algunos casos, la vigilancia, o la detención justificada de sujetos. Eso se traduce en un ‘ejercicio de facultades gubernamentales’.

---

<sup>169</sup> De hecho, en la práctica se da una situación totalmente opuesta. Los hospitales públicos se encuentran saturados y una manera de ‘descongestionarse’ es que los usuarios sean atendidos en hospitales privados en lugar de en los públicos (en definitiva, que se hagan beneficiarios de una mutua privada).

Se trata de cuerpos de seguridad únicos en cada estado que generalmente pertenecen y dependen del mismo, por lo que prestan sus servicios sin rivalizar con ningún otro proveedor y con el objetivo de prestar un servicio que asegure el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos, dejando al margen cualquier motivación de carácter económico. En consecuencia, se trata de ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, por cumplir con las exigencias del Artículo I:3(b) y (c).

Sin embargo, no en todos los casos este tipo de servicios se encontrarían fuera del ámbito de aplicación del AGCS. Por ejemplo, en los Estados Unidos desde la década de los ochenta existen estados en los que los servicios de seguridad nacional están privatizados. En esos casos, el aliciente de obtener beneficios estaría presente. A la vez aquellos aspirantes a ser subcontratados por los estados que tengan esta clase de servicios privatizados mantendría una relación de rivalidad entre ellos<sup>170</sup>.

Así como los casos expuestos hasta ahora generalmente consistirían en ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, ello siempre quedará supeditado a que en efecto se den las condiciones recogidas en el Artículo I:3(b) y (c). En el caso de que únicamente se cumplan dos, o solamente una de las tres necesarias, un servicio no podrá ser considerado ‘suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’. Por último, resulta interesante prestar especial atención al caso de los servicios notariales:

➤ *Servicios notariales*

Los notarios son funcionarios públicos autorizados para dar fe, de acuerdo con las leyes, de los contratos, además realizar determinados actos extrajudiciales. En consecuencia, son a la vez profesionales del derecho y funcionarios públicos que dan fe pública notarial, esto es, dar fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes. Lógicamente, no cualquier persona puede establecerse por su cuenta sin más a ofrecer este tipo de servicios, sino que acostumbran a requerir la aprobación

---

<sup>170</sup> Algunas de las empresas privadas que en los Estados Unidos prestan estos servicios son *Hallcrest Systems Inc.*, *Wackenhut Corp.*, o *U.S. Capitol Police*.

oposiciones por la trascendencia del propio servicio que, sin duda, supone un ejercicio de poderes delegados.

A diferencia de los servicios estrictamente judiciales, los ciudadanos si tienen libertad para elegir qué notario quieren que les preste sus servicios, a pesar de que con ciertos límites, por lo que si se da un contexto de rivalidad o competencia entre los diferentes notarios que operan en un mismo estado. De hecho, el propio Secretariado hizo especial referencia a los servicios notariales, argumentando que en efecto suelen suministrarse en ‘condiciones comerciales’. Al parecer el Secretariado consideró que tales servicios se encontrarían bajo el ámbito del AGCS<sup>171</sup>.

En el caso de España, todos los notarios cobran lo mismo por idéntico servicio<sup>172</sup>, de manera que la competencia entre ellos sólo puede basarse en la calidad<sup>173</sup>. Esto obedece al objetivo de garantizar el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de su renta, a los servicios notariales. Naturalmente, al margen de que las tarifas sean predeterminadas por la ley, cuántos más clientes capten más beneficios obtendrán por sus servicios prestados. En consecuencia, los servicios notariales aunque supongan el ejercicio de ‘facultades gubernamentales’, consisten en servicios suministrados en ‘condiciones comerciales’ y en ‘competencia’, por lo que estarían cubiertos por el AGCS<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> Ver pie de p. 25.

<sup>172</sup> Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

<sup>173</sup> De tener la opción de fijar sus propios precios, la competencia además de basarse en la calidad se basaría lógicamente en el precio.

<sup>174</sup> De hecho, este razonamiento se encuentra en consonancia con una nota por parte del Secretariado de la OMC en la que argumenta que “*unlike judges, court clerks and public prosecutors, who are civil servants, notaries often supply their services ‘on a commercial basis’, and therefor are subject to the provisions of the GATS*” (ver nota 25).

## IX. Conclusión final

A día de hoy, es muy común que los gobiernos de los diferentes países se impliquen en la prestación de determinados servicios públicos, por el hecho de ser considerados necesarios e imprescindibles para la vida de las personas. Esta injerencia por parte de los gobiernos no es posible únicamente con su intervención directa, sino que muchas veces es llevada a cabo indirectamente mediante la delegación de sus poderes a otras entidades ajenas a sus órganos de administración. El AGCS deja una puerta abierta para que aquellos Miembros que decidan mantener tales servicios fuera de su ámbito de aplicación, lo que significa que no se verán afectados o limitados por las normas y principios liberalizadores propios del AGCS<sup>175</sup>. Ello será posible siempre que el suministro de tales servicios cumpla con una serie de condiciones cumulativas: las contenidas en el Artículo I:3(b) y (c).

La expresión ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’, a la cual se refiere el Artículo I:3(b) y (c), dispone de una definición cerrada la cual viene conferida por el propio AGCS. Estos servicios se definen a partir de la manera en la que son suministrados, por lo que las características y la naturaleza del propio servicio serán intrascendentes. De acuerdo con el Artículo I:3(b) y (c) del AGCS, aquellos servicios suministrados ‘sin condiciones comerciales’ y ‘sin competencia con otros proveedores’ quedarán fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo. El hecho de que para excluir ciertos servicios sea imprescindible que no se den ambas condiciones parece razonable partiendo de la base de que los Acuerdos de la OMC son acuerdos comerciales y de que "la OMC se ocupa al fin y al cabo de los mercados", a tenor de lo que concluyó el OA en el caso *Canadá — Publicaciones*<sup>176</sup>. Además el hecho de que no se den las notas de ‘competencia’ y ‘condiciones comerciales’ no será suficiente, sino que habrá de existir una ‘conexión gubernamental’ que implique el ejercicio de poderes propios de un estado (*‘acta iure imperii’*). En definitiva, se llega al resultado de que para que un determinado servicio pueda ser excluido del ámbito de aplicación del AGCS en virtud del Artículo I:3(b) y (c) deben darse un total tres requisitos.

---

<sup>175</sup> Esto se traduce en que el marco normativo de uno o varios servicios públicos que fije un Miembro en su territorio puede excluirlos asegurándose de que son suministrados en las condiciones que exige el Artículo I:3(b) y (c). De lo contrario, en ausencia de regulación, tales servicios públicos pueden encontrarse cubiertos por el AGCS.

<sup>176</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a las publicaciones (Canadá — Publicaciones)*, WT/DS31, p. 28.

En primer lugar, el servicio no debe ser suministrado con un ánimo de lucro, lo que equivale a las ‘condiciones comerciales’ a las que se refiere el Artículo I:3(c). Diversos elementos servirán como indicadores para conocer cuándo un servicio está siendo suministrado con ánimo de lucro, como por ejemplo el precio del servicio o la estrategia económica del suministrador.

En segundo lugar, el servicio no deberá ser suministrado por un proveedor dispuesto a competir con otros proveedores del mismo servicio o de un servicio que pueda ser ‘alternativo’ al que presta. Eso significa que no podrá suministrarse en ‘competencia’, a tenor del Artículo I:3(c). La noción de servicio ‘alternativo’ puede equipararse a la de ‘productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí’ a la que se refiere el Artículo III del GATT.

En tercer y último lugar, el suministro del servicio deberá implicar el ejercicio de cierta autoridad gubernamental, aunque sea de manera delegada. Esto se traduce en que, además de que el servicio sea suministrado ‘sin competencia’ y ‘sin condiciones comerciales’, deberá existir una ‘conexión gubernamental’ que suponga el ejercicio de autoridad propia de un gobierno, requisito que nace de la propia expresión ‘facultades gubernamentales’.

A pesar de que en la práctica las dos primeras condiciones (‘sin competencia’ y ‘sin condiciones comerciales’) puedan solaparse, la lógica reflejada en el Artículo I:3(b) y (c) no resulta extremadamente compleja. Los servicios a los que se refiere comprenden aquellas actividades que se encuentran tan intrínsecamente relacionadas con el ejercicio del poder gubernamental como para resultar contrarias a las nociones de ‘comercio’ y ‘competencia’, dos características propias de los mercados. Sin embargo, la complejidad subyace en la aplicación práctica de estas nociones, de modo que las complicaciones nacen cuando en la práctica deben apreciarse esas circunstancias.

Para concluir, cabe destacar la importancia de discernir aquellos ‘servicios públicos’ de aquellos ‘servicios públicos’ que a la vez son ‘suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’. Se da en la práctica que la mayoría de servicios públicos no suelen cumplir con las exigencias del Artículo I:3(b) y (c), por lo que la mayor parte de estos no se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del AGCS. Aún así, el alcance de las obligaciones del AGCS siempre dependerá de aquellos compromisos específicos que el Miembro en cuestión haya contraído.

En todo caso, tal y como apuntó el OA en el caso *CE — Banano*, “*there is nothing in Articles I:3(b) and XXVIII(b) that suggests a limited scope of application for the GATS*”<sup>177</sup>, por lo que hay que tener presente que cualquier interpretación del Artículo I:3(b) y (c) deberá siempre garantizar que ello no suponga la elusión de obligaciones bajo el AGCS.

---

<sup>177</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (CE — Banano III)*, WT/DS27, p. 220.

## **X. Bibliografía**

### **TRATADOS INTERNACIONALES**

Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica, 18 de julio de 2005 (entró en vigor el 1 de mayo de 2006).

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 30 de octubre de 1947, 55 UNTS 194 (entró en vigor el 1 de Enero de 1948).

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio, Anexo 1B, 15 de abril de 1994, 1869 UNTS. 183, 33 I.L.M. 1167 (entró en vigor el 1 de enero de 1995).

Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acta Final, Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331 (entró en vigor el 27 de enero de 1980).

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 17 de diciembre de 1992, 32 I.L.M. 289 (entró en vigor el 1 de enero de 1994).

Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana – Centro América – Estados Unidos, 5 de agosto de 2004, 43 ILM 514 (entró en vigor el marzo de 2006).

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, , 13 Diciembre 2007, OJ C 115/47 (entró en vigor el 1 de diciembre de 2009).

### **DOCUMENTOS**

*Comunidades Europeas y sus Estados Miembro*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/31 (1994).

*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, A/56/10.

European Communities Commission, “*Green Paper on Services of General Interest*” (2003) OJ C 76.

*Federación de Rusia*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/149 (2012).

*Guide to Reading the GATS Schedule of specific commitments and the list of Article II exceptions*, online: WTO <[www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/guide1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/guide1_e.htm)>.

Health and Social Services, Background Note by the Secretariat, 18 September 1998, S/C/W/50, p. 10-11, No. 37-39.

Health and Social Services, Background Note by the Secretariat, 18 September 1998, S/C/W/50, p. 10-11, No. 37-39.

International Law Commission, Articles on State Responsibility, annexed to UN General Assembly Resolution no. 56/83, UN Doc. A/CN.4/4/L.602/Rev.1 (2001).

Legal Services, Background Note by the Secretariat, 6 July 1998, S/C/W/43, No. 15.

*Montenegro*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/146 (2012).

Proyecto de CDI de 2011 sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, A/RES/56/83.

*República de Bulgaria*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/122 (1997).

*República Democrática Popular Lao*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/150 (2013).

*República Dominicana*, Listas de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/28 (1994).

*Vietnam*, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/142 (2007).

World Development Movement (WDM), *The GATS debate* (London: WDM, 2001) and Scott Sinclair/Jim Grieshaber-Otto pp. 34-35, *Facing the Facts: A guide to the GATS debate* (Ottawa: Canadian Center for Policy Alternatives, 2002)

WTO Secretariat, “*World Trade Report 2011 – The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence*” (WTO, 2011),

WTO Secretariat, “*World Trade Report 2011 – The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence*” (WTO, 2011).

WPGR, 19 May 1999, S/WPGR/M/22, No. 27.

WPGR, 6 October 1998, S/WPGR/M/18, No. 18.

Environmental Services, Background Note by the Secretariat, 6 July 1998, S/C/W/46, p. 14-15, No. 52-53.

Environmental Services, Background Note by the Secretariat, 6 July 1998, S/C/W/46, p. 14-15, No. 52-53.

Council for Trade in Services, Report of the Meeting Held on 14 October 1998, S/C/M/30, p. 8, No. 22 (b).

Council for Trade in Services, Report of the Meeting Held on 14 October 1998, S/C/M/30, p. 8, No. 22 (b).

## **JURISPRUDENCIA**

*Asunto Comisión de las Comunidades Europeas v. Grecia* C-306/89 (1988).

*Asunto Comisión de las Comunidades Europeas v. Italia* C-3/88 (1989).

*Asunto Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de Bélgica* C-149/79 (1980).

*Asunto Diego Cali & Figli S.R.L v. Servizi Ecologici Porto de Genova S.p.A (SEPG)* C-343/95 (1997).

*Asunto Reyners* C-2/74 (1974).

Informe del Grupo Especial, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a las publicaciones (Canadá — Publicaciones)*, WT/DS31.

Informe del Grupo Especial, *Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado (Canadá — Exportaciones de trigo e importaciones de grano)*, WT/DS276.

Informe del Grupo Especial, *China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China — Publicaciones y productos audiovisuales)*, WT/DS363.

Informe del Grupo Especial, *Corea — Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales (Corea — Embarcaciones comerciales)*, WT/DS273.

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos — Gasolina)*, WT/DS2.

Informe del Grupo Especial, *India — Derechos adicionales y derechos adicionales suplementarios sobre las importaciones procedentes de los Estados Unidos (India — derechos de Importación Adicionales)*, WT/DS360.

Informe del Grupo Especial, *Japón — Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón — Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8

Informe del Grupo Especial, *Japón — Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo (Japón — Películas)*, WT/DS44.

Informe del Grupo Especial, *México — Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones (México — Telecomunicaciones)*, WT/DS204.

Informe del Grupo Especial, *Turquía — Restricciones aplicadas a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir (Turquía — Textiles)*, WT/DS34.

Informe del Órgano de Apelación, *Argentina — Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado (Argentina - Calzado (CE))*, WT/DS121.

Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos (Canadá — Productos lácteos)*, WT/DS103.

Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado (Canadá — Exportaciones de trigo e importaciones de grano)*, WT/DS276.

Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas (Canadá — Programa de tarifas reguladas)*, WT/DS426.

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (CE – Trozos de Pollo)*, WT/DS269.

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas (CE — Productos derivados de las focas)*, WT/DS401.

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, (CE — Amianto)*, WT/DS135.

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de Bananos (CE — Banano III)*, WT/ DS27

Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos (Corea - Productos lácteos)*, WT/DS98.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998 (Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones)*, WT/DS176.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998 (Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley de Asignaciones)*, WT/DS176.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero (Estados Unidos — Continuación a cero)*, WT/DS350.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Estados Unidos — Madera blanda IV)*, WT/DS264.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 (Unidos — Ley de compensación (Enmienda Byrd))*, WT/ DS217.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (Estados Unidos — Juegos de azar)*, WT/DS285.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (Estados Unidos — Juegos al azar)*, WT/DS285.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos (Estados Unidos - Camarones)*, WT/DS58.

Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas — Impuestos sobre los Aguardientes (Filipinas — Aguardientes)*, WT/DS403.

Informe del Órgano de Apelación, *India — Derechos adicionales y derechos adicionales suplementarios sobre las importaciones procedentes de los Estados Unidos (India — derechos de Importación Adicionales)*, WT/DS360.

## DOCTRINA

ADLUNG, R.: “*Public services and the GATS*” (2006) 9: 2 JEIL 455.

ARENA, A.: “*The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from EU Supranational Dialectic*”, *Journal of World Trade* 45, no. 3 (2011) 489-528.

CAMPBELL, J.I.: “*Universal Service Obligation: History and Development of Laws Relating to the Provision of Universal Postal Services*” (Appendix B - Study on Universal Postal Service and the Postal Monopoly)

CHASE, C., YANOVICH, A., CRAWFORD, J. A., UGAZ, P; “*Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?*”, Staff Working Paper ERSD-2013-07

COSSY, M.: “*Determining “likeness” under the GATS: Squaring the circle?*”, online: (2006) WTO Staff Working Paper ERSD-2006-08 <[http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd200608\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200608_e.pdf)>.

ECOSOC, Report of the High Commissioner: Liberalization of Trade in Services and Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9 (25 Jun. 2002); UNCTAD Secretariat, Universal Access to Services, UN Doc. TD/B/ COM.1/EM.30/2 (18 Aug. 2006).

FERNÁNDEZ PONS, X.: “*La OMC y el Derecho internacional*”, Madrid, Marcial Pons, 2006.

GERLICH, O.: “*Public services under GATS and TLCAN*” (2014), University of Ottawa.

HARTRIDGE, D.: “*WTO Secretariat hits false attacks against GATS*”, Speech delivered at the European Services Forum, Brussels 27 November 2000, at <http://www.esf.be/docs/hartridg.doc> (visited 21 May 2002).ve *Ambiguity, and the Environmental Challenge*”, Vol. 5, Iss. 1 (2011).

KRAJEWSKI, M., “*Public Services and the Scope of the General Agreement on Trade in Services*”, Research Paper, CIEL (2001).

KRAJEWSKI, M.: “*Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*” (2003) 6: 2 J Int’l Econ. L. 341.

KRAJEWSKI, M.: “*Public services in bilateral free trade agreements of the EU*” (2011) Social Science Research Network.

LAL DAS, B.: “*Las negociaciones del GATS deberían reducir el desequilibrio actual*”, Tercer Mundo Económico no 136, agosto 2000.

LANG, A.: “*The GATS and Regulatory Autonomy: A Case Study of Social Regulation of the Water Industry*” (2004) 7: 4 JIEL 801.

LEROUX, E.H.: “*What is a ‘Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority’ Under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?*” (2006) 40: 3 WTJ 345.

MARCHETTI, J.A. and MAVROIDIS, P.C.: “*What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don’t Talk About Revolution*” (2004) European Business Organization Law Review 5: 511-562.

MOORE, F.C.: “*Toppling the Tripod: Sustainable Development, Constructive Ambiguity, and the Environmental Challenge*”, Vol. 5, Iss. 1 (2011).

PARADA, J.R.: “*Los servicios públicos en España*”, vol. 2 (2003).

SHAW, M.: “*Public International Law*” (Cambridge, Cambridge University Press, 5th ed. 2003).

VAN DAMME, I.: “*Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*”, *The European Journal of International Law Vol. 21 no. 3 EJIL 2010*, Vol. 21 No. 3, 605–648.

VAN DEN BOSSCHE, P.: “*The Law and Practice of the World Trade Law*”, New York, Cambridge University Press, 2nd ed. (2010).

VANDUZER, J.A.: ‘*Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS*’, in John M. Curtis and Dan Ciuriak (eds), *Trade Policy Research 2004* (Ottawa: Minister of Public Works and Government Services 2004).

ZDOUC, W.: “*WTO Dipute Settlement Practice Relating to the GATS*” (1999) 2:2 JIEL, 295.

ZETTEL, M.: “*The GATS, Privatization and Water Services*”, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2006/9.

EUROPEAN COMMUNITIES AND THEIR MEMBER STATES - SCHEDULE OF SPECIFIC COMMITMENTS

Modes of supply:			
1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments
<b>I. HORIZONTAL COMMITMENTS</b>			
ALL SECTORS INCLUDED IN THIS SCHEDULE	3) In all EC Member States services considered as public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators.*	3) a) Treatment accorded to subsidiaries (of third-country companies) formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Communities is not extended to branches or agencies established in a Member State by a third-country company. However, this does not prevent a Member State from extending this treatment to branches or agencies established in another Member State by a third-country company or firm, as regards their operation in the first Member State's territory, unless such extension is explicitly prohibited by Community law.	

\* Explanatory Note: Public utilities exist in sectors such as related scientific and technical consulting services, R&D services on social sciences and humanities, technical testing and analysis services, environmental services, health services, transport services and services auxiliary to all modes of transport. Exclusive rights on such services are often granted to private operators, for instance operators with concessions from public authorities, subject to specific service obligations. Given that public utilities often also exist at the sub-central level, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical.

HORIZONTAL  
COMMITMENTS (all sectors  
included in this schedule)

Modes of supply: (1) Cross-border supply (2) Consumption abroad (3) Commercial presence (4) Presence of natural persons	Limitations on Market Access	Limitations on National Treatment	Additional commitments
Sectors and sub-sectors			
- Public utilities	(3) In the Russian Federation services considered as public utilities as of the date of accession at a national <sup>3</sup> or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators. <sup>4</sup>	(1), (3), (4) Special regime of the use of land of traditional residence and economic activity of the indigenous small peoples and exiguous ethnic communities may be established. (1), (3) Juridical persons of the Russian Federation have the priority right to take part in the conduct of the Agreement operations as contractors, suppliers, carriers or in any other capacity under agreements (contracts) with Investors. (4) Not less than 80% of all employed personnel engaged in realization of a production sharing agreement should be citizens of the Russian Federation.	
- Indigenous small peoples and exiguous ethnic communities			
- Production sharing agreements for the exploration, development and production of mineral raw materials			
- Presence of natural persons	(4) Unbound, except for: A. Intra-corporate transfer (ICT). In respect of intra-corporate transfer temporary entry and stay in respect of natural persons who are not citizens of the Russian Federation seeking entry for the purpose of: (a) supply of service through a	(4) Unbound, except for measures indicated in the column "Limitations on market access" and subject to the following: - only natural persons temporarily or permanently residing in the Russian Federation and possessing the Russian qualification certificate of professional accountant may hold	

<sup>3</sup> Pursuant to existing federal legislation.

<sup>4</sup> Explanatory note: Exclusive rights on such services may be granted to private operators, for instance operators with concessions from organs of state power and local self-governmental organs, subject to specific services obligations. Given that public utilities often also exist at the level of the subjects of the Russian Federation and at the level of local self-government, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical.

Modes of supply:	(1) Cross border supply	(2) Consumption abroad	(3) Commercial presence	(4) Presence of natural persons
Sector or sub-Sector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
<b>I. HORIZONTAL COMMITMENTS</b>				
Public Utilities	(3) Services considered as public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators <sup>1</sup> .			
Legal Entities		(3) Treatment accorded to subsidiaries having their registered office, central administration or principal place of business within Montenegro may not be extended to branches or agencies established in Montenegro. Treatment less favourable may be accorded to subsidiaries with a registered office in Montenegro that cannot show an effective and continuous link with Montenegro's economy.		
Subsidies		(3) Eligibility for subsidies may be limited to juridical persons established within the territory of Montenegro or a particular geographical sub-division thereof. Unbound for subsidies for research and development. The supply of a service, or its subsidisation, within the public sector is not in breach of this commitment. (4) To the extent that any subsidies are made available to natural persons, their availability may be limited to citizens of Montenegro.		

<sup>1</sup> Explanatory Note: Public utilities exist in sectors such as related scientific and technical consulting services, R&D services on social sciences and humanities, technical testing and analysis services, environmental services, health services, transport services and services auxiliary to all modes of transport. Exclusive rights on such services are often granted to private operators, for instance operators with concessions from public authorities, subject to specific service obligations. Given that public utilities often also exist at the sub-central level, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical. This limitation does not apply to telecommunications and to computer and related services.

Modes of supply:	1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
<p>6. ENVIRONMENTAL SERVICES</p> <p>(The commitments do not include environmental services supplied in the exercise of governmental authority)**</p> <p>A. Sewage Services (CPC 9401)</p> <p>B. Refuse Disposal Services (CPC 9402)</p> <p>C. Sanitation and Similar Services (CPC 9403)</p>	<p>(1) Unbound*</p> <p>(2) None</p> <p>(3) None</p> <p>(4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.</p>	<p>(1) Unbound*</p> <p>(2) None</p> <p>(3) None</p> <p>(4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.</p>		

\* The commitments do not apply to services related to the collection, transportation, storage, secondary use, recycling, restoration, use in the production of energy and materials, and disposal of dangerous waste, refuse and substances.

\*\* These are regulatory, administrative and control services by government and municipal bodies related to environmental issues.

Anexo 5 - República Democrática Popular Lao, Lista de compromisos específicos, OMC Doc. GATS/SC/150 (2013).

GATS/SC/150

- 11 -

Modes of supply:	(1) Cross-Border supply	(2) Consumption abroad	(3) Commercial presence	(4) Presence of natural persons
Sector or Sub-sector	Limitations on Market Access	Limitations on National Treatment	Additional Commitments	
<b>5. PRIVATE EDUCATIONAL SERVICES</b> The education curriculum and contents must be approved by the Ministry of Education of Lao PDR. With respect to C and D below, the commitments cover only technical, natural sciences and technology, business administration and business studies, economics, accounting, international law and language training fields. The scope of private education services concerns only fully-privately funded services.				
A. Primary education services (part of CPC 921)	(1) Unbound. (2) None.	(1) Unbound. (2) None.	(1) Unbound. (2) None.	
B. Secondary education services (part of CPC 922)	(3) Foreign equity participation limited to 51%. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	(3) Foreign equity participation limited to 51%. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	(3) Directors must be qualified teachers who are Lao PDR nationals. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	
C. Higher education services (part of CPC 923)	(1) None. (2) None.	(1) None. (2) None.	(1) None. (2) None.	
D. Adult education (part of CPC 924)	(3) Foreign equity participation limited to 51%. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	(3) Foreign equity participation limited to 51%. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	(3) Directors must be qualified teachers who are Lao PDR nationals. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	
E. Other education services: Short term foreign language training only (part of CPC 929)				
<b>6. ENVIRONMENTAL SERVICES<sup>10</sup></b> Services considered as public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators.				
A. Wastewater management (part of CPC 9401)	(1) Unbound, except related consulting services. (2) None.	(1) Unbound, except related consulting services. (2) None.	(1) Unbound, except related consulting services. (2) None.	
B. Waste management (part of CPC 9402 and 9403)	(3) None. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	(3) None. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	(3) None. (4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.	
C. Protection of ambient air and climate (part of CPC 9404)				
D. Remediation and cleanup of soil and water (part of CPC 9406)				
E. Noise and vibration abatement (part of CPC 9405)				

<sup>10</sup> Environmental services exclude the provision of water for human use, including water collection, purification and distribution through mains.

HORIZONTAL  
COMMITMENTS (all sectors  
included in this schedule)

GATS/SC/28  
Page 2

**DOMINICAN REPUBLIC (continued)**

Modes of supply:		1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments		
	<p>a) totally prohibited in public services, such as drinking water, sewage and postal services and any other area the Directorate declares closed to foreign investment;</p> <p>b) limited to a percentage not exceeding 29 per cent of the equity in:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- production of material and equipment directly related to the national defence and security;</li> <li>- advertising, broadcasting, newspapers, magazines, publishing and mass communication media;</li> <li>- internal land transport, except where directly related to import and export, internal air transport, maritime transport, cabotage and international maritime transport;</li> <li>- forestry;</li> </ul>				

Mode of delivery: (1) Cross-border supply (2) Consumption abroad (3) Commercial presence (4) Presence of natural person	Limitations on National Treatment	Additional Commitments
<p>6. Sectors and sub-sectors</p> <p>ENVIRONMENTAL SERVICES</p> <p>Access to certain geographic areas may be restricted for national security reasons<sup>25</sup>.</p> <p>A. Sewage Services (CPC 9401)</p>	<p>Limitations on Market Access</p> <p>(1) Unbound, except related consulting services. (2) None. (3) None, except: Confirming that services supplied in the exercise of governmental authority as defined in Article I:3(c) may be subject to public monopolies or exclusive rights granted to private operators. Upon accession joint ventures with foreign capital contribution not exceeding 51 % are allowed during 4 years after accession. After that, none.</p> <p>(4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.</p>	<p>Limitations on National Treatment</p> <p>(1) Unbound, except related consulting services. (2) None. (3) None.</p> <p>(4) Unbound, except as indicated in the horizontal section.</p>
		<p>Additional Commitments</p> <p>Foreign companies are allowed to do business activities in Viet Nam in the form of build-operate-transfer (BOT) and build-transfer-operate (BTO).</p>

<sup>25</sup> For greater transparency, this commitment allows the maintenance or adoption of limitations or restrictions for national security reasons that would be justified under Article XIV and Article XIV bis of the GATS.

