

VI. ARGUMENTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LAS ALEGACIONES NO BASADAS EN UNA INFRACCIÓN

A. INTRODUCCIÓN AL APARTADO b) DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO XXIII DEL GATT

1. PRINCIPIOS GENERALES

6.1 En opinión del **Japón**, al examinar las alegaciones de hecho y de derecho planteadas por los Estados Unidos con relación a las películas y el papel fotográficos de consumo en el mercado japonés, el análisis se debe orientar mediante tres principios generales aplicables a las actuaciones de los grupos especiales. En primer lugar, toda interpretación del GATT debe estar en conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. En segundo lugar, las recomendaciones o resoluciones de este Grupo Especial no pueden aumentar ni reducir los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC. En tercer lugar, la carga de la prueba incumbe a la parte reclamante. El Japón hace hincapié en que estos principios generales deben orientar el examen del Grupo Especial, no sólo de las alegaciones relativas al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, sino también con respecto a las planteadas en virtud de los artículos III y X (que se examinan detalladamente en la parte VII *infra*).

6.2 El Japón señala que el párrafo 2 del artículo 3 del ESD se refiere a las "normas usuales de interpretación del derecho internacional público" como principios generales para la interpretación de los Acuerdos de la OMC en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC. El Japón considera que el artículo 31 (sobre la regla generales de interpretación) y el artículo 32 (sobre los medios de interpretación complementarios) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados representan esas "normas usuales de interpretación del derecho internacional público".⁵⁴⁶ El Japón solicita que en las presentes actuaciones el Grupo Especial interprete y aplique las disposiciones del Acuerdo de la OMC que guardan relación con este caso de conformidad con las reglas pertinentes de la Convención de Viena.

6.3 El Japón también insta al Grupo Especial a que adopte un enfoque prudente y se abstenga de aumentar o reducir los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC establecidos en el Acuerdo sobre la OMC, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3⁵⁴⁷ y

⁵⁴⁶Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación que examinó el asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* ("*Estados Unidos - Gasolina*"), WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, e informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* ("*Japón - Bebidas alcohólicas*"), WT/DS8, 10 y 11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996.

⁵⁴⁷En un artículo reciente, el profesor John Jackson, de la Universidad de Michigan, expresó la misma preocupación:

"Cabe aducir que [el artículo 3 del ESD] parece advertir a los grupos especiales que deben aplicar el principio de la limitación judicial y evitar el exceso de activismo. [...] De este modo, este concepto de que los grupos especiales se deben abstener de introducir modificaciones en los derechos y obligaciones de los países predomina bastante en el sistema. Los Estados Unidos serían uno de los países más defensores de la preservación de la limitación judicial, aunque al mismo tiempo parecen adoptar un criterio contrario en algunas de sus reclamaciones ante la OMC. Cuando, por ejemplo, los Estados Unidos u otro país plantean un asunto que no supone una transgresión sino objetivos de la política de competencia, las *keiretsu* del Japón u otro aspecto no abarcado por el tratado vigente, es probable que solicite al Grupo Especial que modifique los "derechos y obligaciones". En otras palabras, le está diciendo al Grupo Especial: Deseamos que ustedes interpreten la anulación o menoscabo de modo que

el párrafo 2 del artículo 19⁵⁴⁸ del ESD, que establecen el mismo principio con respecto a las recomendaciones y resoluciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación.

abarque algunos de los resultados que, por razones de política, desearíamos que se traten en este caso". Esto es arriesgado, y se asemeja a hacer con una mano lo que la otra está tratando de evitar. Obviamente, esto tiene consecuencias fundamentales a largo plazo." John Jackson, The WTO Dispute Settlement Procedures: A Preliminary Appraisal, en: Jeffrey J. Schott (ed.), The World Trading System: Challenges Ahead, diciembre de 1996, página 163, Ex. E-10 del Japón.

⁵⁴⁸El Japón hace notar que el párrafo 2 del artículo 19 del ESD establece: "[...] las constataciones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".

6.4 Con respecto a la advertencia del Japón, en el sentido de que el Grupo Especial no debe aumentar ni reducir los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC establecidos en el Acuerdo sobre la OMC, los **Estados Unidos** observan que en este caso el Japón parece estar tratando de reducir los derechos de los Estados Unidos y de todos los demás Miembros establecidos en el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII al instar al Grupo Especial a que aplique determinadas "reglas" en su interpretación y aplicación del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII en esta diferencia.⁵⁴⁹

6.5 El **Japón** alega que, de conformidad con el sistema de solución de diferencias de la OMC, al Miembro que plantea un caso le incumbe la carga inicial de probar sus alegaciones. Éste era un principio arraigado con arreglo al sistema de solución de diferencias del GATT de 1947⁵⁵⁰ y dicho principio se ha mantenido en la OMC, basado en el párrafo 1 del artículo 3 del ESD y el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.⁵⁵¹

6.6 El Japón hace hincapié en que en los casos no basados en una transgresión planteados al amparo del apartado b) del artículo XXIII, la parte reclamante debe soportar una carga de la prueba particularmente importante de conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 26 del ESD, que estipula que "la parte reclamante apoyará con una justificación detallada cualquier reclamación relativa a una medida que no esté en contradicción con el acuerdo abarcado pertinente". El Japón observa a este respecto que el requisito de una "justificación detallada" en los casos que no suponen una transgresión fue incorporado a la Exposición acordada de la práctica consuetudinaria del GATT en materia de solución de diferencias⁵⁵² y ha sido aplicado por los grupos especiales pertinentes del GATT.⁵⁵³

⁵⁴⁹Los Estados Unidos se refieren en particular a la aserción del Japón, de que, "para poder determinar si una ventaja es anulada o menoscabada, los "grupos especiales deberían centrarse exclusivamente en las medidas mismas".

⁵⁵⁰Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Arancel aplicado a las importaciones de madera de picea, pino, abeto, aserrada en tamaños corrientes*, adoptado el 19 de julio de 1989, IBDD 36S/191, páginas 228-229, párrafo 5.10; informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Canadá - Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización*, ("Canadá - Bebidas alcohólicas"), adoptado el 18 de febrero de 1992, IBDD 39S/28, página 88, párrafo 5.3. Véase también John H. Jackson, William J. Davey y Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, 1995, página 355, Ex.E-2 del Japón.

⁵⁵¹El párrafo 1 del artículo 3 del ESD establece que los Miembros de la OMC afirman su adhesión "a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947". El párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC establece que "la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 [...]".

⁵⁵²Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, Anexo, adoptado el 28 de noviembre de 1979, IBDD 26S/229, página 235.

⁵⁵³En el informe de un grupo especial se estableció que "[c]on arreglo al Entendimiento de 1979 relativo a la solución de diferencias, a la parte contratante que presente una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII se le exigirá que presente una justificación detallada" (*Estados Unidos - Exención de 1955*, IBDD 37S/255, 295-296, párrafo 5.21). Véase también el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Comercio de semiconductores* ("Japón - Semiconductores"), adoptado el 4 de mayo de 1988, IBDD 35S/130, 183-184, párrafo 131; y el informe del Grupo Especial que examinó el *Recurso del Uruguay al artículo XXIII*, adoptado el 14 de noviembre de 1962, IBDD 11S/100, 105, párrafo 15.

2. **EL CRITERIO JURÍDICO DEL APARTADO b) DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO XXIII**

6.7 Los **Estados Unidos** sostienen que las contramedidas relativas a la liberalización adoptadas por el Japón y detalladas en la parte V anulan o menoscaban las concesiones arancelarias sobre las películas y el papel fotográficos de consumo, en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT, que se refiere a la solución de diferencias en las siguientes circunstancias:

"1. En caso de que un [Miembro] considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de [...]

b) que [otro Miembro] aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo [...]."

6.8 Los Estados Unidos recuerdan que en el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Comunidad Económica Europea - Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal ("CEE - Semillas oleaginosas")* se hizo notar que el propósito subyacente del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII consistía en salvaguardar el sistema de concesiones arancelarias recíprocas previstas en el artículo II:

"La idea [...] subyacente [a las disposiciones del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII] es que la mejora de las posibilidades de competencia que cabe legítimamente esperar de una concesión arancelaria puede verse frustrada no sólo por medidas contrarias al Acuerdo General sino también por medidas compatibles con este instrumento. Para animar a las partes contratantes a otorgar concesiones arancelarias debe por tanto concedérseles el derecho a buscar resarcimiento cuando otra parte contratante menoscabe una concesión recíproca a consecuencia de la aplicación de cualquier medida compatible o no con el Acuerdo General."⁵⁵⁴

"El Grupo Especial estimó que el principal valor de una concesión arancelaria es que da una garantía de mayor acceso al mercado mediante una mayor competencia de precios. Las partes contratantes negocian concesiones arancelarias principalmente para obtener esa ventaja. Debe pues suponerse que basan sus negociaciones arancelarias en la expectativa de que el efecto que ejercerán sobre los precios las concesiones arancelarias no será sistemáticamente contrarrestado. Si no se les concediera ningún derecho a buscar resarcimiento en caso de que lo fuera, no tendrían interés en otorgar concesiones arancelarias y el Acuerdo General dejaría de tener utilidad en tanto que marco jurídico para la incorporación de los resultados de las negociaciones comerciales."⁵⁵⁵

6.9 Los Estados Unidos citan el informe de otro grupo especial en el mismo sentido: [Las disposiciones del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII] "tal como las concibieron los redactores y las han aplicado las PARTES CONTRATANTES, sirven principalmente para

⁵⁵⁴Informe del Grupo Especial, adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93, página 140, párrafo 144.

⁵⁵⁵Ibíd., páginas 142 y 143, párrafo 148.

proteger el equilibrio de las concesiones arancelarias".⁵⁵⁶ La importancia que los Estados Unidos han otorgado a la obtención de concesiones arancelarias en materia de películas y papel fotográficos y las correspondientes expectativas de mejorar las oportunidades competitivas se desprenden claramente de sus constantes esfuerzos por asegurar un mejor acceso al mercado japonés de las películas y el papel fotográficos durante las tres rondas sucesivas de negociaciones comerciales multilaterales. Los Estados Unidos supusieron que las concesiones que había negociado no serían contrarrestadas sistemáticamente por el Gobierno japonés.

6.10 Según los **Estados Unidos**, los grupos de trabajo y grupos especiales anteriores han aplicado los siguientes elementos al analizar las reclamaciones formuladas al amparo del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII:

- 1) se ha negociado una concesión arancelaria;
- 2) se han adoptado medidas oficiales, incompatibles o no con el Acuerdo General, que alteraron la relación de competencia entre el producto consolidado y los productos directamente competitivos y de otro origen;
- 3) en el momento de la concesión arancelaria, las medidas no podían haber sido razonablemente previstas por la parte en cuyo favor se ha realizado la consolidación.⁵⁵⁷

6.11 En el caso presente, los Estados Unidos sostienen que el examen de su reclamación se puede desglosar en tres elementos separados:

- 1) si los Estados Unidos tenían una expectativa razonable de mejorar las oportunidades de acceso al mercado a raíz de las concesiones arancelarias japonesas;
- 2) si las medidas tomadas por el Gobierno del Japón han alterado la relación de competencia entre los productos nacionales e importados; y
- 3) si los Estados Unidos podían haber previsto la anulación o menoscabo de las concesiones arancelarias por parte del Japón.

⁵⁵⁶Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Restricciones a la importación de azúcar y productos que contienen azúcar aplicadas al amparo de la exención de 1955 y de la Nota ("Headnote") a la Lista de Concesiones Arancelarias ("Estados Unidos - Exención de 1955")*, adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/255, 295-296, párrafo 5.21.

⁵⁵⁷CEE - *Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, 139 a 145, párrafos 142 a 152. Véase también el *Informe del Grupo de Trabajo sobre la subvención concedida por Australia al sulfato de amonio ("Australia - Sulfato de amonio")*, adoptado el 3 de abril de 1950, IBDD II/188, 192 y 193 (texto inglés), párrafo 12; informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Trato otorgado a las importaciones de sardinas en Alemania*, adoptado el 31 de octubre de 1952, IBDD 1S/53, 58 y 59 (texto inglés), párrafos 16 y 17; CEE - *Productos cítricos*, L/5776 (no adoptado), páginas 92-93, párrafo 4.26; informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Comunidad Económica Europea - Ayudas concedidas para la producción de melocotones en lata, macedonias de frutas en lata y pasas ("CEE - Frutas en lata")*, documento L/5778 del GATT, 20 de febrero de 1985 (no adoptado), página 20, párrafo 51.

6.12 Los Estados Unidos alegan que cada uno de estos elementos se halla presente en este caso:

- 1) Los Estados Unidos negociaron y el Japón les otorgó concesiones arancelarias sobre las películas y el papel fotográficos en sucesivas rondas de negociaciones comerciales multilaterales: la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay.
- 2) El Japón dictó, aplicó y puso en práctica las contramedidas relativas a la distribución, restricciones sobre los establecimientos minoristas en gran escala y contramedidas relativas a la promoción para obstaculizar el acceso al mercado y alterar la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales.
- 3) En la época en que se realizó cada una de las rondas de concesiones arancelarias, los Estados Unidos razonablemente previeron que las concesiones darían lugar a un mejor acceso al mercado mediante el mejoramiento de la competencia en materia de precios, y ni los Estados Unidos ni ninguno de los demás interlocutores comerciales del Japón podían haber previsto que el Gobierno japonés menoscabaría el valor de esas concesiones mediante una complicada red de medidas destinadas a contrarrestar los efectos de la liberalización.

6.13 Los Estados Unidos insisten en que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 26 del ESD, han presentado una justificación detallada para apoyar su reclamación de que las contramedidas relativas a la distribución adoptadas por el Japón, la Ley de Grandes Tiendas y las medidas conexas, así como las contramedidas relativas a la promoción, en conjunto e individualmente anulan o menoscaban sus

- 1) concesiones arancelarias de la Ronda Kennedy relativas a las películas y el papel fotográficos en blanco y negro;
- 2) concesiones arancelarias de la Ronda de Tokio sobre las películas y el papel fotográficos en blanco y negro y las películas y el papel fotográficos en color; y
- 3) concesiones arancelarias de la Ronda Uruguay sobre las películas y el papel fotográficos en blanco y negro y las películas y el papel fotográficos en color.

6.14 El **Japón** alega que el alcance del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII en la jurisprudencia del GATT está bien definido y se puede determinar haciendo referencia a tres frases clave que figuran en el texto de la disposición:

- 1) "una ventaja resultante [...] del presente Acuerdo",
- 2) "que [otro Miembro] aplique una medida", y
- 3) "se halle anulada o menoscabada".

6.15 En primer lugar, debe existir una "ventaja" resultante del Acuerdo. Esta ventaja consiste en las expectativas legítimas de aumentar las oportunidades de competencia, derivadas de las concesiones arancelarias pertinentes. Para que las expectativas sean legítimas, se deben tener en cuenta todas las medidas de la parte que otorga la concesión y que podían haberse razonablemente previsto en el momento de la concesión. En otros términos, las medidas razonablemente previstas en el momento de la concesión arancelaria no pueden

malograr expectativas legítimas y, por tanto, no pueden anular o menoscabar una ventaja resultante de ese Acuerdo.

6.16 En segundo lugar, debe existir la aplicación de una medida por otro Miembro de la OMC. El término "medida" se refiere a una política o acción oficial, pero no toda política o acción constituye una medida a los fines del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. Las medidas deben aportar beneficios o bien imponer obligaciones. En cuanto a esto último, una medida, a los efectos de una reclamación que no suponga una transgresión, debe consistir en una política o acción oficial que imponga obligaciones jurídicamente vinculantes o un equivalente sustantivo. Además, debe existir una "aplicación" de la medida. Este requisito es pertinente en el caso de medidas que ya no están en vigor y de las medidas no aplicadas a los productos.

6.17 En tercer lugar, la parte reclamante debe demostrar que la ventaja en cuestión "se halla anulada o menoscabada" a consecuencia de la aplicación de la medida. Para cumplir este requisito, la parte reclamante debe demostrar que la medida pertinente altera la posición de competencia de los productos importados abarcados por la concesión arancelaria correspondiente.

6.18 En lo que respecta al caso presente, el Japón considera que en las reclamaciones de los Estados Unidos no basadas en una infracción no aparece ninguno de los elementos requeridos, mencionados anteriormente, por las siguientes razones:

6.19 Con respecto al primer elemento, el Japón hace notar que, para que las medidas anulen o menoscaben una ventaja o las concesiones arancelarias, se debe establecer que no podían haber sido razonablemente previstas en el momento de la concesión pertinente. Aunque los Estados Unidos aleguen la anulación o menoscabo de concesiones arancelarias sobre las películas y el papel fotográficos otorgadas en tres rondas de negociaciones sucesivas -las concesiones de la Ronda Kennedy de 1967 (sólo sobre películas y papel en blanco y negro), las concesiones de la Ronda de Tokio de 1979 y las concesiones de la Ronda Uruguay de 1994- el Japón considera que la "ventaja resultante [...] del presente Acuerdo" se limita a las concesiones de la Ronda Uruguay. En opinión del Japón, las concesiones de 1994 constituyen un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias que fueron realmente negociadas y acordadas en esa ocasión.

6.20 El Japón alega asimismo que todas las políticas en cuestión fueron dictadas y conocidas por los Estados Unidos mucho antes de las concesiones arancelarias pertinentes, es decir, las realizadas en 1994 con respecto a las películas y el papel fotográficos en blanco y negro y en color. Incluso si se tuvieran en cuenta las concesiones arancelarias anteriores, los aspectos temporales que socavan la argumentación de los Estados Unidos permanecerían en pie. En lo que respecta a las películas y el papel en color, las concesiones arancelarias de 1967 no pueden ser pertinentes en absoluto porque no hubo concesiones arancelarias sobre las películas y el papel en color hasta 1979. Como virtualmente toda acción oficial en este caso se produjo antes de 1979, resulta inconcebible que estas políticas no pudieran razonablemente preverse en la fecha en que se otorgaron las concesiones arancelarias de 1979. Incluso respecto de las concesiones de 1967 sobre las películas y el papel en blanco y negro, numerosas políticas podían haberse previsto razonablemente en el momento de las concesiones arancelarias. En consecuencia, el Japón considera que todas las supuestas medidas podían haber sido razonablemente previstas por los Estados Unidos en el momento en que se otorgaron esas concesiones arancelarias.

6.21 Con respecto al segundo elemento, el Japón estima que los Estados Unidos alegan que las políticas de modernización de la distribución adoptadas por el MITI en los decenios de

1960 y 1970 llevaron al sector privado a reestructurar las prácticas de distribución de modo que las importaciones resultaran perjudicadas. Además, según el Japón, esas políticas no aplican ninguna obligación jurídicamente vinculante o el equivalente sustantivo y, por tanto, no eran medidas en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. Ahora bien, esas políticas quedaron sin efecto hace años y, por consiguiente, el Japón considera que no son actualmente recurribles al amparo del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. En el caso de la Ley de Establecimientos Minoristas en Gran Escala, el Japón sostiene que los Estados Unidos no han alegado aplicaciones concretas que anulen o menoscaben una ventaja. El Japón concluye que la ausencia de toda "aplicación" de una medida hace que las reclamaciones de los Estados Unidos relativas a esta ley sean jurídicamente insuficientes.

6.22 Con respecto al tercer elemento, el Japón sostiene que las políticas oficiales en cuestión no alteran las condiciones de competencia de ninguno de los distintos productos objeto de la presente diferencia: las películas en blanco y negro, el papel en blanco y negro, las películas en color y el papel en color. Con respecto a cada uno de los tres conjuntos de políticas en cuestión el Japón alega que: i) ninguna de estas políticas oficiales distingue entre los productos importados y los nacionales en cuestión ni impone ninguna desventaja intrínseca a las importaciones; ii) no existe una relación de causalidad entre las supuestas medidas y ninguna condición de competencia desfavorable; y iii) las supuestas medidas, tal como existen actualmente, no presentan cambios o bien son más favorables a las importaciones si se las compara con la época en que se otorgó cualquiera de las concesiones arancelarias pertinentes.

6.23 Los **Estados Unidos** alegan que los criterios jurídicos sugeridos por el Japón no tienen ningún fundamento en el texto del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII o en otro de los Acuerdos de la OMC, en ninguno de los acuerdos posteriores celebrados por los Miembros ni en los antecedentes de las negociaciones de la citada disposición. En la medida en que las decisiones de grupos especiales anteriores respaldan la aplicación de las normas establecidas por el Japón, los Estados Unidos alegan que las diferencias examinadas en las decisiones de esos grupos especiales se referían a hechos y circunstancias considerablemente distintos de los que se hallan presentes en esta diferencia.

6.24 Los Estados Unidos sugieren que la finalidad del Japón al proponer estas normas es evitar que el Grupo Especial examine seriamente las contramedidas relativas a la liberalización que se hallan en tela de juicio en esta diferencia y, por lo tanto, se permita al Japón eludir la responsabilidad por la adopción de esas medidas, que han impedido el acceso al mercado japonés para las películas y el papel importados durante 30 años. Por el contrario, los Estados Unidos proponen que el Grupo Especial examine esta diferencia en la forma en la que los grupos especiales siempre han resuelto las diferencias: caso por caso y examinando todos los hechos y circunstancias pertinentes.

6.25 Los Estados Unidos hacen notar que en el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* el Órgano de Apelación subrayó la importancia del análisis caso por caso.⁵⁵⁸

⁵⁵⁸"[E]stimamos que, para examinar en cualquier otro [caso] si se ha aplicado una tributación desigual de manera que se otorgue protección, es necesario un análisis completo y objetivo de la estructura y la aplicación de la medida de que se trate a los productos nacionales en comparación con los importados [...]. Si bien es cierto que el objeto de una medida quizá no puede evaluarse fácilmente, sin embargo su aplicación con fines de protección puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida [...]. Al hacer esta averiguación, los grupos deben tener plenamente en cuenta todos los hechos pertinentes y todas las circunstancias relevantes de cualquier caso dado" (*Japón - Bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, páginas 34 y 35, cursiva añadida).

Aunque las observaciones del Órgano de Apelación se referían concretamente a la manera en que un grupo especial debe llevar a cabo una investigación con arreglo al párrafo 2 del artículo III, los Estados Unidos sostienen que esas observaciones, coherentes con los precedentes, resultan pertinentes en todas las diferencias.⁵⁵⁹ Los Estados Unidos alegan que el Japón preferiría que el Grupo Especial omitiera la consideración de fondo de los hechos y circunstancias de esta diferencia mediante la aplicación de normas mecánicas inventadas por el Japón o mediante la adopción de conclusiones tomadas de otros casos basados en hechos y circunstancias completamente diferentes. Los Estados Unidos instan al Grupo Especial a que examine esta diferencia en función de sus características propias, a la luz del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII y mediante un examen a fondo de los hechos y circunstancias pertinentes de esta diferencia.

3. CONSECUENCIAS SISTÉMICAS PARA EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

⁵⁵⁹Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Comunidad Económica Europea - Restricciones a las importaciones de manzanas de mesa, Reclamación de Chile*, adoptado el 22 de junio de 1989, IBDD 36S/104, 139-140, párrafo 12.1 ("[El Grupo Especial] decidió tener en cuenta [...] las circunstancias concretas de la reclamación en cuestión"); *Japón - Semiconductores*, IBDD 35S/130, 175, párrafo 108 ("El Grupo Especial reconoció que no se podía considerar que todas las decisiones carentes de obligatoriedad fuesen medidas comprendidas en el artículo XI.1. Las relaciones entre el Gobierno y las industrias variaban según los países, según las industrias y según los casos, y dependían de muchos factores"); informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Canadá - Retiro de concesiones arancelarias*, adoptado el 17 de mayo de 1978, IBDD 25S/45, 51-52, párrafo 17 ("El Grupo de expertos llegó a la conclusión de que, en las circunstancias particulares de este caso, una interpretación correcta y razonable del Acuerdo General [...]"); *Australia - Sulfato de amonio*, BISD II/188, 192-193 (texto inglés), párrafo 12 ("[L]os elementos importantes que determinaron la conclusión del Grupo de Trabajo fueron la desigualdad creada y el trato que Chile podía esperar razonablemente en el momento de la negociación, tras tener en consideración todas las circunstancias pertinentes, incluidas las ya mencionadas [...]").

6.26 En opinión del **Japón**, el caso presente supone importantes consecuencias para el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. El Japón sostiene que las reclamaciones estadounidenses no basadas en una infracción exigirían una extraordinaria ampliación de lo que históricamente ha sido un recurso excepcional y limitado. El Japón hace notar que, con una excepción, todos los casos anteriores de reclamaciones sin infracción se referían a concesiones arancelarias y a medidas oficiales posteriores que esencialmente dejaban sin efecto las ventajas resultantes de esas concesiones.⁵⁶⁰ En todos estos casos, la medida cuestionada era esencialmente una subvención relativa específicamente a un arancel o a un producto, que concedía una ventaja financiera directa a determinados productos. Por consiguiente, resultaba obvio que las medidas afectaban a las condiciones de competencia de los productos en cuestión. En todos los anteriores grupos especiales que constataron la existencia de anulación o menoscabo en reclamaciones no basadas en una infracción, la parte reclamante había demostrado una clara conexión entre las medidas impugnadas y la posición competitiva desfavorable de los productos importados.

6.27 Los **Estados Unidos** rechazan la acusación del Japón de que los Estados Unidos procuran una "extraordinaria ampliación" del recurso previsto para los casos en que no existe infracción con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. Los Estados Unidos aducen que lo que el Japón califica como "ampliación extraordinaria" es de hecho nada más que el legítimo ejercicio del derecho de los Estados Unidos a obtener un resarcimiento con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. En opinión de los Estados Unidos, el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT concede un derecho de resarcimiento a un Miembro que considere que una ventaja resultante del Acuerdo se halla anulada o menoscabada por la aplicación de *cualquier medida*, contraria o no a las disposiciones del Acuerdo. Los Estados Unidos hacen hincapié en que el texto del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII no podría haber sido redactado con mayor claridad, es decir, que no establece *ninguna limitación* a los tipos de medidas que pueden ser objeto de examen. Una limitación de esta clase tampoco sería útil a los fines del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. Como observó el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas*, el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII establece un "derecho a resarcimiento" en el caso de que otro Miembro anule o menoscabe una concesión arancelaria.⁵⁶¹ Los redactores temían que, si no existiera este derecho a obtener resarcimiento, los Miembros serían reacios a otorgar concesiones arancelarias y el GATT dejaría de ser útil como marco jurídico para incorporar los resultados de las negociaciones comerciales.⁵⁶² Por lo tanto, contrariamente a lo aducido por el Japón, los Estados Unidos sostienen que sería perjudicial para el sistema de la OMC que el "recurso" al concepto de anulación o menoscabo sin violación se limitara artificialmente sólo a los casos que se refieren a subvenciones y aranceles.

6.28 El **Japón** sostiene que ni las partes contratantes ni los grupos especiales han insistido en ampliar el concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones más allá de una variedad limitada de casos, y ese concepto fue aplicado de manera coherente y

⁵⁶⁰La excepción está constituida por el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Comunidad Económica Europea - Trato arancelario concedido a las importaciones de productos cítricos procedentes de algunos países de la región del Mediterráneo ("CEE - Productos cítricos")*, documento L/5776 del GATT, 7 de febrero de 1985 (no adoptado), página 93 párrafo 4.27, que se refiere a aranceles no consolidados aplicables a algunos productos, y aranceles consolidados sobre otros productos.

⁵⁶¹Véase *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, 140, párrafo 144.

⁵⁶²Ibíd., páginas 140 a 143, párrafos 144 y 148.

disciplinada sólo cuando se cumplían requisitos concretos. Tanto las partes contratantes como los grupos especiales han estado justificadamente preocupados por las repercusiones que podría tener en las políticas una ampliación indisciplinada del concepto. El recurso en casos de no violación fue utilizado como un instrumento para preservar la integridad de las concesiones arancelarias negociadas. Ahora bien, si este recurso se aplicara sin limitaciones adecuadas, el Japón considera que degeneraría en un mecanismo que no serviría para mantener el equilibrio convenido de concesiones arancelarias entre las partes, sino para imponer de hecho una nueva ordenación del equilibrio establecido de concesiones arancelarias, en favor de la parte reclamante y sin negociaciones arancelarias formales. Por consiguiente, el Japón sostiene que el exceso de utilización del recurso en casos de no violación socavaría de forma aberrante, en lugar de preservarla, la integridad de las concesiones arancelarias.

6.29 El Japón coincide con la posición adoptada por los Estados Unidos en el asunto *CEE - Semillas oleaginosas*, esto es, que las reclamaciones en casos de no violación de disposiciones deben seguir siendo un concepto excepcional y que ninguna modificación de políticas oficiales, aunque tenga efectos comerciales perjudiciales, es necesariamente recurrible al amparo del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII:

*"114. Los Estados Unidos coincidieron en que el recurso al concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones debía ser excepcional. Dicho concepto, aunque figuraba en el texto del artículo XXIII del Acuerdo General desde el principio, debía seguir siendo objeto de aplicación cautelosa. Los Estados Unidos no consideraban que ningún cambio de las políticas oficiales, aunque tuviera efectos comerciales perjudiciales, constituía un caso de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones. Ninguna parte contratante tenía una expectativa razonable de que otra parte contratante que le hubiera otorgado una concesión arancelaria no fuera a modificar los tipos generales del impuesto sobre la renta."*⁵⁶³

6.30 Por otra parte, el Japón hace notar que en ese caso, la CEE también adoptó la posición de que "el recurso al concepto de "anulación o menoscabo sin violación de disposiciones" enunciado en el párrafo 1 b) del artículo XXIII debe ser excepcional, porque de otro modo el mundo del comercio quedaría sumido en un estado de precariedad e incertidumbre".⁵⁶⁴

6.31 Los **Estados Unidos** manifiestan que siguen estimando que el recurso al concepto de violación o menoscabo sin violación de disposiciones es un concepto excepcional en el sentido de que brinda un derecho de resarcimiento, sea que la medida esté o no en contradicción con el GATT. Debería haber una "aplicación cautelosa" de este concepto, y esta cautela se alcanzará si los Miembros ejercitan la autolimitación y si los grupos especiales aplican el requisito de la "justificación detallada" previsto en el párrafo 1 del artículo 26 del ESD. Después de 50 años, sólo ha habido ocho casos (es decir, los del *sulfato de amonio*, *las sardinas*, *el recurso del Uruguay*, *los cítricos*, *la fruta enlatada*, *las semillas oleaginosas*, *los semiconductores* y *el azúcar*) en los que los grupos especiales han examinado sustantivamente el apartado b) del párrafo 1 del artículo 23, y en tres de esos casos (es decir, los del *recurso del Uruguay*, *los semiconductores* y *el azúcar*) el Grupo Especial respectivo aplicó el requisito de la "justificación detallada" que aparece actualmente en el párrafo 1 del artículo 26 del ESD para rechazar las reclamaciones no basadas en una infracción y de

⁵⁶³Ibíd., páginas 129 y 130, párrafo 114 (cursiva añadida).

⁵⁶⁴Ibíd., página 129, párrafo 113.

carácter baladí. Según los Estados Unidos, la CE ha formulado un argumento similar en el asunto "*CEE - Semillas oleaginosas*", en el sentido de que con una conclusión afirmativa en el marco del apartado b) de párrafo 1 del artículo XXIII el mundo "quedaría sumido en un estado de precariedad e incertidumbre"⁵⁶⁵, lo que un decenio más tarde no ha resultado cierto. Lo que es más importante, los Estados Unidos siguen creyendo que los grupos especiales deben determinar si ciertas políticas oficiales constituyen situaciones de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones, caso por caso, a la luz de todos los hechos y circunstancias pertinentes. En este caso, los Estados Unidos insisten en que la cuestión no consiste en establecer si determinada política económica o social de carácter aislado tiene un efecto incidental en el mercado de las películas fotográficas. Por el contrario, el presente caso se refiere a un esfuerzo concertado y coordinado del Gobierno japonés, encaminado a proteger su industria nacional de películas fotográficas ante la competencia de las importaciones.

6.32 El **Japón** señala que cuando se aplica el concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones, la parte perdedora -aunque haya cumplido todas sus obligaciones dimanantes del GATT-, debe no obstante hacer un "ajuste mutuamente satisfactorio", es decir, debe modificar las políticas u ofrecer una compensación, o bien debe hacer frente a la suspensión de concesiones por parte de otro Miembro de la OMC. Por consiguiente, el concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones tiene la consecuencia práctica de imponer una variedad de limitaciones a los Miembros respecto de medidas compatibles con el GATT, similares a las que se aplican a las medidas que violan el GATT. El Japón hace hincapié en que los grupos especiales anteriores han interpretado constantemente este concepto en sentido estricto y lo han aplicado en circunstancias excepcionales. El Japón sostiene que estos argumentos se aplican aún con mayor fuerza en el marco de la OMC, que ha ratificado el carácter limitado del concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones.

a) En primer lugar, el apartado a) del párrafo 1 del artículo 26 del ESD establece importantes limitaciones a la aplicación y al alcance de este concepto. Esa disposición aclara que en el caso de cualquier reclamación relativa a una medida que no esté en contradicción con un acuerdo, la parte reclamante la "apoyará con una justificación detallada". Por lo tanto, la parte reclamante debe satisfacer un criterio de justificación especialmente elevado para su reclamación. En opinión del Japón, es evidente que las alegaciones de los Estados Unidos no basadas en una infracción no cumplen ninguno de los requisitos establecidos para la aplicación del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

b) En segundo lugar, incluso si un grupo especial acepta la reclamación no basada en una infracción, la parte contra la que se presenta la reclamación no está obligada a revocar la medida en cuestión. Al contrario, el apartado b) del párrafo 1 del artículo 26 del ESD señala concretamente que "no habrá obligación de revocar esa medida". A juicio del Japón, a los Miembros de la OMC les preocupaba -correctamente- la posibilidad de aplicar el concepto excepcional de la anulación o menoscabo sin violación de disposiciones a menos que hubiera una base clara, imperiosa y carente de toda ambigüedad para hacerlo; incluso en ese caso, no deseaban obligar a la parte demandada a revocar la medida.

6.33 Los **Estados Unidos** responden que el Grupo Especial debe interpretar correctamente el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, ni en sentido amplio ni en sentido estricto, sino de forma compatible con las normas usuales del derecho internacional. Por tanto, los Estados Unidos sostienen que en el presente caso la tarea del Grupo Especial

⁵⁶⁵Ibíd.

no es distinta de la que se plantea en cualquier otra diferencia debatida en el marco de la OMC.

6.34 El **Japón** alega que las razones que aconsejan interpretar de forma estricta el concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones se han hecho aún más convincentes tras el añadido de otros acuerdos multilaterales al GATT. Con arreglo al GATT de 1947, dicho concepto cumplía la función de proteger las expectativas de las partes contratantes del GATT con respecto a las concesiones arancelarias, para que no se vieran frustradas por medidas que no estaban sometidas a disciplinas multilaterales. En la actualidad, a medida que nuevas esferas han quedado abarcadas por las disciplinas multilaterales, y que las lagunas en el ámbito de estas disciplinas se han reducido considerablemente, la necesidad de proteger las ventajas resultantes del GATT de 1994 mediante el concepto de violación o menoscabo sin violación de disposiciones se ha reducido de forma equivalente. A juicio del Japón, dada la amplia variedad de Acuerdos de la OMC actualmente en vigor, la limitación en la aplicación de este concepto es más apropiada que nunca en el pasado.

6.35 Los **Estados Unidos** responden que la opinión del Japón sobre la utilidad del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII no guarda relación con la determinación que debe adoptar este Grupo Especial acerca de si la reclamación de los Estados Unidos se ajusta al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. Aunque el alcance de las disciplinas de la OMC se ha ampliado más allá de las disciplinas originales del GATT, los Estados Unidos consideran que la "red de seguridad" del concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones aún es necesario en el caso de las medidas que no violan los Acuerdos de la OMC.⁵⁶⁶ Los Estados Unidos insisten en que los negociadores de la Ronda Uruguay reconocieron esta necesidad al añadir la posibilidad de formular reclamaciones no basadas en infracciones al AGCS y al Acuerdo sobre los ADPIC (aunque esta posibilidad no se podrá utilizar en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC hasta el año 2000).

6.36 El **Japón** alega que las reclamaciones estadounidenses no basadas en una infracción, que se plantean en el caso presente, exigirían una extraordinaria ampliación del concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones porque, a juicio del Japón, los Estados Unidos solicitan que este recurso excepcional se aplique más allá de límites reconocidos y apropiados:

- no sólo a las medidas posteriores a las concesiones arancelarias más recientes, sino también a las presuntas medidas adoptadas anteriormente hasta tres decenios antes;
- no sólo a las medidas no previstas en el momento de las concesiones arancelarias pertinentes, sino también a las presuntas medidas ya vigentes y/o conocidas en el momento en que se otorgaron las concesiones;
- no sólo a las medidas oficiales, sino también a los comportamientos privados supuestamente alentados por la acción oficial;

⁵⁶⁶Como observaron los profesores Jackson, David y Say en su libro de texto: "El descubrimiento de nuevos mecanismos de protección parece no tener fin. Tan pronto como el sistema internacional establece limitaciones o reglamentaciones aplicables a un determinado sistema de protección, los funcionarios oficiales y el ingenio humano logran crear otras medidas para alcanzar al menos en parte sus propósitos proteccionistas", *Legal problems of international economic relations*, op. cit., página 377.

- no sólo a los requisitos jurídicamente vinculantes y a sus equivalentes sustantivos, sino también a las peticiones no vinculantes y a los informes gubernamentales;
- no sólo a las medidas actuales, sino también a los presuntos efectos existentes de medidas anteriores que ya no están en vigor;
- no sólo a medidas que establecen distinciones entre productos y perjudican a las importaciones, sino también a presuntas medidas que no formulan distinciones entre los productos importados y los nacionales;
- no sólo a medidas que perjudican a las importaciones, sino también a medidas que no tienen relación de causalidad con condiciones de competencia desfavorables para las importaciones;
- no sólo a las modificaciones adversas de las políticas a partir del momento de las concesiones arancelarias pertinentes, sino también a las políticas que no han sufrido variaciones o que incluso han sido liberalizadas.

6.37 El Japón hace hincapié en que nunca se han establecido normas del GATT vinculantes relativas a las prácticas comerciales privadas o a las estructuras del mercado. La Carta de La Habana de una Organización Internacional de Comercio (OIC), de 1948, incluye un capítulo sobre las prácticas comerciales restrictivas que impone obligaciones a los gobiernos. La OIC nunca llegó a existir y esas normas no pasaron al GATT. En 1958, las Partes Contratantes decidieron designar un grupo de expertos para que estudiaran la cuestión de las prácticas comerciales restrictivas en el comercio internacional y formularan recomendaciones al respecto. En 1960, el informe del Grupo de Expertos sobre prácticas comerciales restrictivas fue adoptado por las Partes Contratantes. En el informe, el Grupo mostró divergencias sobre la naturaleza de las medidas ulteriores que se recomendarían, pero la mayoría hizo notar en primer lugar que no existía ningún acuerdo multilateral sobre prácticas comerciales restrictivas.⁵⁶⁷ Reviste aún mayor importancia para el caso presente la advertencia que figura en el informe, en el sentido de que en esta esfera conviene ser prudentes.⁵⁶⁸ Tras examinar el informe, las Partes Contratantes adoptaron una Decisión sobre Disposiciones para la Celebración de Consultas en 1960, que no hace referencia al artículo XXIII.⁵⁶⁹ El Japón menciona asimismo que los Miembros de la OMC sólo dieron un paso preliminar para abordar ciertas cuestiones tales como las políticas de competencia y de inversiones en la Conferencia Ministerial de Singapur, celebrada en diciembre de 1996. Los Ministros acordaron el compromiso de establecer un grupo de trabajo encargado de abordar la nueva cuestión de la interacción entre el comercio y la política de competencia.⁵⁷⁰ El

⁵⁶⁷"No se había conseguido todavía el asentimiento general de los países, base indispensable para tal acuerdo; además, carecían aún de experiencia suficiente en esta materia para preparar un método de reglamentación efectiva." Informe del Grupo de Expertos sobre prácticas comerciales restrictivas: Disposiciones para la celebración de consultas, L/1015, adoptado el 2 de junio de 1960, IBDD 9S/182.

⁵⁶⁸"Sin embargo, sea o no aplicable dicho artículo desde un punto de vista jurídico, la mayoría opinó que debía recomendarse a las PARTES CONTRATANTES que no tomaran ninguna medida basándose en él. Una acción de este carácter entrañaría el grave riesgo de que se adoptaran medidas de represalia en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo para responder a decisiones adoptadas sin disponer de elementos de juicio suficientes con respecto a la práctica restrictiva interesada; así, pues, ejercería en el comercio efectos opuestos a la finalidad perseguida." *Ibíd.*, página 184.

⁵⁶⁹Decisión sobre las Prácticas Comerciales Restrictivas: Disposiciones para la Celebración de Consultas, adoptada el 18 de noviembre de 1960, IBDD 9S/29. El Japón hace notar que los expertos de los Estados Unidos formaron parte de la mayoría en ese grupo de trabajo y, por tanto, participaron en la formulación de esta recomendación en particular.

⁵⁷⁰En la Declaración Ministerial de Singapur se establece concretamente:

"Teniendo en cuenta las disposiciones existentes de la OMC sobre cuestiones relacionadas con la inversión y la política de competencia y el programa incorporado relativo a esas materias, inclusive en el marco del Acuerdo sobre las MIC, y en la inteligencia de que la labor que se emprenda *no prejuzgará la iniciación de negociaciones en el futuro*, acordamos asimismo: [...]

- establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar las cuestiones que planteen los Miembros acerca de la interacción entre comercio y política de competencia, incluidas las prácticas anticompetitivas, *con vistas a identificar cualesquiera áreas que puedan merecer ulterior atención en el marco de la OMC [...]*

El Consejo General mantendrá bajo examen la labor de uno y otro grupo y decidirá al cabo de dos años cómo habrá de proseguir ésta en uno y otro caso. *Queda claramente entendido que, de haberla, cualquier futura negociación en materia de disciplinas multilaterales aplicables a estos sectores sólo podrán*

Japón recuerda que aún no existe consenso entre los Miembros de la OMC sobre la manera de abordar la cuestión de la relación entre ciertas prácticas comerciales privadas y sus consecuencias en el comercio. Según el Japón, las reclamaciones de los Estados Unidos acerca de las "contramedidas relativas a la distribución" equivalen básicamente a un ataque contra las relaciones verticales, por ejemplo, la distribución al por mayor de películas de una sola marca. Sin embargo, las relaciones verticales pueden ser favorables o contrarias a la competencia, según las circunstancias de cada caso. Si bien existe un amplio consenso en el sentido de que los acuerdos horizontales para la fijación de precios son contrarios a la competencia, y de que deberían estar sometidos a restricciones legales, no existe tal consenso respecto de las limitaciones verticales.⁵⁷¹ En consecuencia, el Japón insta al Grupo Especial a que adopte un enfoque prudente al examinar las reclamaciones estadounidenses relativas a las supuestas "contramedidas relativas a la distribución" y a que no emprenda una tarea de creación de normas en esta materia.

tener lugar tras la adopción por los Miembros de la OMC de una decisión explícita por consenso acerca de esas negociaciones". Declaración Ministerial de Singapur, adoptada el 13 de diciembre de 1996, WT / MIN(96) / DECEMBER (cursiva añadida).

⁵⁷¹El Japón hace notar que esta incertidumbre ha llevado al profesor F.M. Scherer, de la Universidad de Harvard, a concluir lo siguiente:

"Tanto los economistas como las autoridades encargadas de la política de competencia reconocen que las limitaciones verticales tienen beneficios y también costos que restringen la competencia. Es difícil trazar líneas precisas entre las limitaciones que se deben permitir y las que se deben prohibir. Incluso cuando estas líneas se han trazado, como se ha demostrado en mi análisis de la política antitrust de los Estados Unidos respecto de la distribución de piezas de automóviles, la aplicación de la legislación sobre las limitaciones verticales ha resultado confusa. *Si los países tienen dificultades para determinar las políticas correctas y para aplicarlas dentro de sus fronteras, será sin duda mucho más difícil decidir sobre esas políticas en el plano internacional.* Es posible que esta conclusión pesimista deje intacto un obstáculo al comercio internacional que en ocasiones resulta importante. Sin embargo, la sabiduría en el análisis de las políticas públicas comienza con el reconocimiento de que no todos los problemas se pueden solucionar." F.M. Scherer, *Obstáculos al comercio internacional en materia de canales de distribución al por menor*, octubre de 1995, página 30, documento de trabajo presentado en una conferencia de la Universidad de Columbia titulada "El sistema multilateral de comercio del siglo XXI", Ex. A-19 del Japón (cursiva añadida).

6.38 Los **Estados Unidos** responden que en la presente diferencia no impugnan "prácticas comerciales privadas" ni "estructuras de mercado", sino medidas adoptadas por el Gobierno del Japón. Las medidas concretas que se cuestionan en esta diferencia son las enumeradas en la respuesta de los Estados Unidos a una pregunta del Grupo Especial (véase la sección III.A *supra*). La expresión "una medida" que figura en el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII es suficientemente amplia como para abarcar las medidas concebidas, dictadas y aplicadas por consejos, comités, centros, asociaciones comerciales y otras entidades paraestatales que incluyen a participantes del sector privado y actúan bajo la autoridad o de forma concertada con ministerios y organismos del Gobierno del Japón. Aunque la estructura del mercado no es en sí misma una medida en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, las disposiciones adoptadas por el Gobierno del Japón para crear y mantener una estructura de mercado excluyente en el sector japonés de materiales fotográficos sí constituyen medidas. En este sentido, las características de la estructura del mercado japonés de películas y papel fotográficos de consumo son claramente pertinentes en esta diferencia y brindan pruebas convincentes acerca de los esfuerzos sistemáticos realizados por el Gobierno del Japón para impedir el acceso al mercado de películas y papel fotográficos importados.

4. MEDIDAS CORRECTIVAS

6.39 Los Estados Unidos alegan que, en la jurisprudencia del GATT, la medida correctiva disponible depende de la teoría jurídica de que se trate: cuando se trata de "diferencias en casos de violación de disposiciones", el párrafo 1 del artículo 19 del ESD establece que cuando un grupo especial llegue a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendará "que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo". Corresponde al Japón determinar en primera instancia qué medidas adoptará para eliminar la anulación o menoscabo resultantes de su infracción. No obstante, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, el Grupo Especial podría sugerir que el Japón realizara acciones para dejar sin efecto los aspectos excluyentes que sus medidas han creado en el sistema de distribución de materiales fotográficos.

6.40 En lo que respecta a las diferencias que suponen violación o menoscabo sin violación de disposiciones, el párrafo 1 del artículo 26 del ESD establece que cuando un grupo especial determine que una medida anula o menoscaba una ventaja, recomendará "que el Miembro de que se trate realice un ajuste mutuamente satisfactorio". En virtud del apartado c) del párrafo 1 del artículo 26 del ESD, un árbitro podrá sugerir "los medios de llegar a un ajuste mutuamente satisfactorio". En la presente diferencia, un ajuste mutuamente satisfactorio podría entrañar un esfuerzo del Gobierno del Japón por restablecer la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales, o bien conceder una compensación a los Estados Unidos por la anulación o menoscabo de las ventajas arancelarias, aunque el Japón no tiene ninguna obligación de revocar las medidas o de proporcionar una compensación. Si las partes no logran llegar a un ajuste mutuamente satisfactorio, la conclusión del Grupo Especial acerca de la existencia de anulación o menoscabo con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII autorizaría a los Estados Unidos a restablecer el equilibrio original de concesiones entre las partes, suspendiendo la aplicación de las obligaciones o concesiones apropiadas en el marco del GATT de 1994 y otros Acuerdos de la OMC.

6.41 Los Estados Unidos sostienen que no es necesario que este Grupo Especial trate de evaluar la cuantía de la anulación o el menoscabo. En las diferencias no basadas en infracción de disposiciones, esto se convierte en asunto debatido sólo si la parte demandada paga una compensación o si la parte reclamante suspende concesiones de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, en cuyo caso las partes pueden recurrir al arbitraje

cuando se impugne el nivel de la suspensión propuesta. Ahora bien, en las diferencias sin infracción de disposiciones, cada parte puede solicitar el arbitraje, de conformidad con el apartado c) del párrafo 1) del artículo 26 del ESD, a fin de determinar el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas.

6.42 En opinión del **Japón**, los Estados Unidos parecen solicitar en lo esencial un tipo de acción afirmativa por medio de la cual los mayoristas primarios que comercian con marcas nacionales, incluidas las filiales de Konica, queden obligadas a tratar con Kodak un "ajuste mutuamente satisfactorio" en el caso de las reclamaciones sin infracción de disposiciones, o a poner las medidas en conformidad con el Acuerdo, en el caso de las reclamaciones basadas en el artículo III. Se trataría de una medida correctiva extraordinaria, que involucraría a este Grupo Especial en la reestructuración del sector japonés de la distribución. Si un grupo especial adoptara esa decisión se trataría de una ampliación radical de las facultades que le concede el ESD.

B. CONCESIONES ARANCELARIAS PERTINENTES**1. CONSIDERACIONES GENERALES**

6.43 Los **Estados Unidos** alegan que el Japón concedió las siguientes concesiones arancelarias a los Estados Unidos, relativas a las películas y el papel fotográficos, en las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay.

Ronda	Películas		Papel	
	Blanco y negro	Color	Blanco y negro	Color
Antes de la Ronda Kennedy	30%*	40%*	25%*	40%*
Ronda Kennedy (1967)	15%	40%*	12,5%	40%*
Ronda de Tokio (1979)	7,2%	4%	6,6%	4%
Ronda Uruguay (1994)	Libre	Libre	Libre	Libre

(* = Aplicada, sin consolidar.)

6.44 Los Estados Unidos sostienen que los tres conjuntos de políticas - i) las políticas de modernización de la distribución, ii) las restricciones aplicadas a los establecimientos minoristas en gran escala, y iii) las restricciones de las actividades de promoción y comercialización-, de forma individual y colectiva, "anulan o menoscaban", en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, cada una de las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón sobre las películas y el papel fotográficos en blanco y negro y en color en la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay.

6.45 El **Japón** aduce que los Estados Unidos no establecen de qué manera se han cumplido los requisitos de una reclamación sin infracción con respecto a las concesiones arancelarias pertinentes sobre cada uno de los cuatro distintos productos objeto de estas actuaciones. A juicio del Japón, en lo que respecta a las películas en blanco y negro, así como al papel fotográfico en blanco y negro, y a las concesiones arancelarias relativas a estos productos, no existen argumentos ni pruebas acerca de la manera en que las supuestas medidas o los supuestos resultados de esas medidas alteran las condiciones de competencia de dichos productos. Los Estados Unidos no se han referido a esos productos concretamente en relación con las supuestas medidas, la aplicabilidad de las supuestas medidas a los productos o los efectos de las supuestas medidas en los productos. El Japón alega que esos productos poseen características únicas desde la perspectiva de la venta al por menor y la comercialización. Además, el Japón insiste en que las importaciones de películas y papel fotográficos en blanco y negro aumentaron de forma extraordinaria casi inmediatamente después de las concesiones arancelarias de la Ronda Kennedy, siguieron incrementándose a lo largo del período de las supuestas "contramedidas" relativas a la liberalización, y no llegaron al máximo hasta por lo menos un decenio después de la última de las supuestas medidas. Dado que la participación extranjera en el mercado de las películas en blanco y negro alcanzó una cota máxima del 41,4 por ciento en 1985, y que la participación extranjera en el mercado de papel fotográfico en blanco y negro alcanzó una cifra máxima del 54 por ciento en 1989, el Japón sostiene que los Estados Unidos tratan de evitar que la atención se centre en esos productos concretos.

6.46 El Japón sostiene asimismo que los Estados Unidos no han distinguido las supuestas medidas y sus efectos sobre el papel fotográfico en color de las supuestas medidas y sus efectos sobre las películas en color. En opinión del Japón, el sistema de distribución del papel en color es considerablemente distinto del de las películas en color. El papel fotográfico en color se vende a los laboratorios fotográficos y no a los minoristas. A juicio del Japón, no existe ninguna prueba digna de crédito en el sentido de que las supuestas medidas que han creado una estructura de mercado para las películas ni siquiera hayan abordado la estructura del mercado en lo que respecta a la distribución del papel fotográfico en color.⁵⁷² Además, el Japón sostiene que no existen pruebas de que las alegaciones estadounidenses sobre los establecimientos minoristas en gran escala sean aplicables al papel fotográfico en color. Por lo tanto, el Japón aduce que, en la medida en que los Estados Unidos han tratado de presentar una reclamación sin infracción de disposiciones, ésta se refiere sólo a las películas en color, pero no han cumplido ni siquiera uno de los requisitos exigidos por el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

6.47 Los **Estados Unidos** manifiestan que el apartado b) i) del párrafo 1 del GATT de 1994 incorporó todos los protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias que habían entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, incluidas las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón en la Ronda Kennedy y la Ronda de Tokio. Los Estados Unidos afirman que, por lo tanto, los beneficios resultantes para este país de dichas concesiones, así como las concesiones que figuran en la Lista del Japón anexa al Protocolo de Marrakech, son ventajas resultantes del GATT de 1994. Los Estados Unidos alegan que, en cada Ronda, negoció las concesiones y previó un aumento de las oportunidades de competencia. En cada una de estas ocasiones, el Japón otorgó una concesión pero, a juicio de los Estados Unidos, posteriormente el Japón trató sistemáticamente de reducir las ventajas, y la relación de competencia entre los materiales fotográficos importados y los nacionales se ha visto y sigue estando alterada como resultado de las medidas adoptadas por el Japón.

6.48 El **Japón** explica que las ventajas de las concesiones arancelarias consisten en la expectativa legítima de mejores oportunidades de acceso a los mercados, creadas por la reducción de los tipos arancelarios consolidados, así como en la expectativa legítima de que el valor de la concesión no se verá malogrado. El Japón considera que, como la negociación de concesiones arancelarias sucesivas da la oportunidad de abordar toda supuesta frustración de las expectativas creadas por concesiones arancelarias anteriores, se debe presumir que esto será tenido en cuenta por las partes en las negociaciones posteriores. Por consiguiente, en la medida en que se ha efectivamente negociado y acordado un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias, cabe estimar que el resultado de la última negociación arancelaria ha creado una nueva expectativa respecto del equilibrio de concesiones arancelarias y ha sustituido toda expectativa razonable creada por una negociación arancelaria anterior. Como las concesiones arancelarias relativas a las películas y el papel fotográficos en el caso presente han sido efectivamente negociadas y otorgadas a tipos reducidos en tres rondas sucesivas, se debe estimar que las concesiones arancelarias de la Ronda Uruguay han sustituido todas las expectativas previas y constituyen un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias. Por consiguiente, a juicio del Japón, se debe presumir que toda supuesta frustración de expectativas relacionadas con concesiones anteriores ya se han incorporado al nuevo equilibrio de concesiones arancelarias resultante de las últimas negociaciones celebradas en la Ronda Uruguay. Por lo tanto, en lo que

⁵⁷²El Japón manifiesta que las únicas alegaciones relativas al papel son las que se refieren a la financiación de laboratorios fotográficos por parte de la SMEA. A juicio del Japón, incluso los Estados Unidos reconocen este punto. Sin embargo, el Japón recuerda que ha planteado objeciones de procedimiento contra estas alegaciones.

respecta a la cuestión de si los derechos y expectativas derivados de concesiones anteriores persisten cuando se han negociado y concedido nuevas reducciones arancelarias en rondas posteriores, el Japón considera que la "ventaja resultante [...] del presente Acuerdo" se limita a la ventaja resultante de las concesiones arancelarias de la Ronda Uruguay. En consecuencia, en opinión del Japón, las ventajas resultantes de las negociaciones de la Ronda Kennedy y la Ronda de Tokio no guardan relación con el presente caso.

6.49 El Japón alega asimismo que los resultados de las últimas negociaciones arancelarias de la Ronda Uruguay han eliminado toda expectativa razonable de ventajas derivadas de las negociaciones arancelarias anteriores y han creado nuevas expectativas relacionadas con el equilibrio de concesiones arancelarias. Las ventajas (o las expectativas derivadas) de las concesiones arancelarias de 1967 y 1979 deben ser consideradas, en opinión del Japón, como unas ventajas (o expectativas) pretéritas en el marco del GATT de 1947. Por consiguiente, el Japón sostiene que su anulación o menoscabo (o su presunta frustración) no puede constituir una situación en la que "una ventaja resultante [...] del presente Acuerdo [es decir, el GATT de 1994] se halle anulada o menoscabada".

6.50 En cuanto a la pertinencia de los diferentes protocolos que incorporan concesiones arancelarias, los **Estados Unidos** alegan que el artículo XXIII estipula que un Miembro puede plantear una reclamación sin violación de disposiciones cuando considere que "una *ventaja* resultante [...] directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada [...]". El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que este texto "deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Según el artículo 31, el sentido corriente que debe atribuirse a los términos de un tratado se debe interpretar en su contexto y teniendo en cuenta "todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones".

6.51 Los Estados Unidos aducen que las "ventajas" de que se trata en la presente diferencia son las oportunidades de acceso al mercado resultantes de las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón en la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay sobre las películas y el papel fotográficos de consumo. A juicio de los Estados Unidos, nada en los protocolos arancelarios de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio o la Ronda Uruguay permite "considerar" que las concesiones arancelarias anexas han expirado o han sido revocadas en un plazo determinado o como consecuencia de un acontecimiento determinado o debido a un acuerdo arancelario posterior.

6.52 Los Estados Unidos alegan asimismo que el objeto y fin del concepto de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones es alentar las concesiones arancelarias en el marco del artículo II del GATT. A juicio de los Estados Unidos, si este Grupo Especial concluyera que las expectativas razonables de un Miembro derivadas de una concesión arancelaria existente se extinguen tan pronto como ese Miembro recibe una nueva concesión arancelaria, se obtendría el efecto contrario. Los Miembros serían reacios a participar en nuevas negociaciones y las propias negociaciones resultarían enormemente gravosas. Los Miembros se verían obligados a iniciar y terminar reclamaciones sin infracción de disposiciones en todos los presuntos casos de anulación o menoscabo, antes de negociar nuevas concesiones arancelarias. Otra alternativa sería que los Miembros abandonaran el enfoque global de reducciones arancelarias, adoptado por primera vez en la Ronda de Tokio, en favor de negociaciones producto por producto con el objeto de reparar la anulación o menoscabo de concesiones anteriores y tratar de obtener simultáneamente una mayor liberalización arancelaria.

6.53 El **Japón** sostiene que no cabe admitir que los Estados Unidos se basen en concesiones arancelarias derivadas de rondas anteriores de negociaciones porque esto socavaría la integridad y la estabilidad de las concesiones arancelarias negociadas. El Japón señala que un país puede adoptar una medida que es compatible con el Acuerdo sobre la OMC pero que de alguna manera anula o menoscaba una ventaja resultante para otro Miembro de la OMC. En ese caso, un país "agraviado" podría mantenerse en silencio sobre sus derechos durante decenios. Podrían transcurrir ronda tras ronda de negociaciones arancelarias sobre el producto en cuestión y la parte "agraviada" podría seguir sin hacer nada. Sin embargo, decenios más tarde, la parte "agraviada" podría finalmente decidirse a reclamar sus derechos, con la esperanza de que un grupo especial le diera la razón.

6.54 Los **Estados Unidos** rechazan la sugerencia del Japón de que, si el presente Grupo Especial declarara que las concesiones arancelarias y las expectativas razonables derivadas de ellas siguen existiendo a menos que la concesión sea modificada o revocada de conformidad con el artículo XXVIII, los Miembros podrían "mantenerse en silencio sobre sus derechos durante decenios". Los Estados Unidos responden que la finalidad del sistema de solución de diferencias de la OMC es correctiva y no sancionadora y que, por lo tanto, este sistema de solución de diferencias sólo proporciona un alivio para el futuro. En consecuencia, los Miembros no tienen ningún incentivo para retrasar el planteamiento de una diferencia una vez que descubren que otro Miembro viola un acuerdo o de otro modo anula o menoscaba sus concesiones arancelarias en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. En opinión de los Estados Unidos, por el contrario, este descubrimiento puede llevar años, y el derecho de resarcimiento de los Miembros no debe extinguirse por el hecho de que las medidas de anulación o menoscabo sean difíciles de esclarecer.

2. OTROS INFORMES DE GRUPOS ESPECIALES DEL GATT

6.55 Los Estados Unidos sostienen que dos grupos especiales anteriores han constatado la anulación o menoscabo de ventajas arancelarias concedidas en una negociación arancelaria seguida de otras negociaciones arancelarias multilaterales, es decir, los casos *CEE - Fruta en lata*⁵⁷³ y *CEE - Semillas oleaginosas*.⁵⁷⁴ Según los Estados Unidos, las resoluciones adoptadas por esos dos Grupos Especiales respaldan su posición, y no existe ninguna resolución en sentido contrario. Los Estados Unidos explican que el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Fruta en lata* llegó a la conclusión de que los Estados Unidos tenían una expectativa razonable, derivada de las concesiones arancelarias otorgadas por la CE en 1974 en las negociaciones celebradas en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV, y de las concesiones arancelarias de la Ronda de Tokio de 1979.⁵⁷⁵ En opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* llegó a la conclusión de que los Estados Unidos tenían una expectativa razonable, derivada de las concesiones arancelarias otorgadas por la CE en la serie de negociaciones Dillon de 1962.⁵⁷⁶ Los Estados Unidos hacen notar que estas diferencias se iniciaron en 1982 y 1988, respectivamente, con posterioridad a las negociaciones arancelarias multilaterales de la Ronda de Tokio, de 1979. Los Estados Unidos mencionan también que ni la CE ni los

⁵⁷³Documento L/5778 del GATT, 20 de febrero de 1985 (no adoptado).

⁵⁷⁴Adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93.

⁵⁷⁵El Grupo Especial constató separadamente que los Estados Unidos podían haber previsto algunas suspensiones con respecto a las concesiones arancelarias de 1979. Véase *CEE - Fruta en lata*, L/5778, página 19, párrafo 49.

⁵⁷⁶Véase *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, páginas 140 y 141, párrafos 144 a 146.

grupos especiales se plantearon si las negociaciones de la Ronda de Tokio habían creado un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias que habrían extinguido las expectativas razonables de los Estados Unidos con respecto a las concesiones arancelarias anteriores. Por el contrario, la CE sólo alegó que habían retirado concesiones arancelarias en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV y el artículo XXVIII y, por lo tanto, había extinguido las expectativas razonables de los Estados Unidos con respecto a esas concesiones. Los Estados Unidos concluyen que esas conclusiones no habrían sido posibles si se hubiera considerado que los acuerdos arancelarios multilaterales posteriores o los acuerdos de ampliación hubieran extinguido en su totalidad las concesiones arancelarias contenidas en listas arancelarias anteriores.

6.56 A juicio del **Japón**, su posición respecto de las concesiones arancelarias pertinentes que se deben examinar en una reclamación sin infracción de disposiciones es compatible con el razonamiento del Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas*. Los hechos que analizó ese Grupo Especial consistían en que las concesiones arancelarias relativas a las semillas oleaginosas (consolidaciones de franquicia arancelaria) se habían otorgado originalmente en 1962. En sucesivas negociaciones arancelarias realizadas en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV del GATT de 1947, estas consolidaciones de franquicia arancelaria se habían mantenido en el mismo nivel. El Grupo Especial examinó "si las ventajas resultantes para los Estados Unidos de las concesiones arancelarias actualmente en vigor [en el momento en que el Grupo Especial celebraba sus deliberaciones] comprenden la protección de las expectativas existentes en 1962 cuando las concesiones arancelarias [...] se incorporaron inicialmente" a la Lista.⁵⁷⁷ Observando que "[las disposiciones del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII], tal como las concibieron los redactores y las han aplicado las PARTES CONTRATANTES, sirven principalmente para proteger el equilibrio de las concesiones arancelarias", el Grupo Especial llegó a la conclusión de que:

"[...] para responder a la pregunta de si las expectativas de 1962 siguen estando protegidas, es preciso determinar si las concesiones sobre las semillas oleaginosas resultantes de posteriores renegociaciones en el marco del artículo XXIV.6 formaban parte de un *nuevo equilibrio de concesiones* o si el restablecimiento de éstas en el mismo nivel tras las sucesivas ampliaciones de la Comunidad significaba que debía mantenerse el equilibrio de las concesiones inicialmente negociadas en 1962 [...] El resultado de las negociaciones en virtud del artículo XXIV.6 después de las sucesivas ampliaciones de la Comunidad no fue el establecimiento de un nuevo Arancel Exterior Común sino la ampliación de las concesiones arancelarias existentes [...]"⁵⁷⁸

6.57 El Japón distingue así los hechos del caso *CEE - Semillas oleaginosas* de los del caso presente: en el asunto *CEE - Semillas oleaginosas*, el equilibrio de concesiones arancelarias originalmente otorgadas con consolidaciones de franquicia arancelaria se mantuvo constante durante las sucesivas concesiones arancelarias. En el caso presente, por el contrario, el Japón convino en reducir sus consolidaciones sobre las películas en color, las películas en blanco y negro y el papel en color, del 3,7 por ciento a cero, y su consolidación sobre el papel en blanco y negro, del 6,6 por ciento a cero, en las negociaciones arancelarias de la Ronda Uruguay. El Grupo Especial del asunto *CEE - Semillas oleaginosas* también sugirió que un nuevo equilibrio de concesiones supondría una "revaluación global del

⁵⁷⁷Ibíd., páginas 140 y 141, párrafo 144.

⁵⁷⁸Ibíd., páginas 140 y 141, párrafos 144 y 145 (cursiva añadida por el Japón).

valor" de todas las concesiones de una de las partes.⁵⁷⁹ La Ronda Uruguay fue un proceso en el cual se llevó a cabo una "revaluación global del valor" de las concesiones arancelarias. Por consiguiente, el Japón considera que el razonamiento del Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* lleva a la conclusión de que el resultado de las negociaciones arancelarias de la Ronda Uruguay fue el establecimiento de un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias sobre los productos a los que se refería ese asunto.

6.58 Los **Estados Unidos** manifiestan que el primer asunto *CEE - Semillas oleaginosas* de 1989 se centró en las expectativas derivadas de una concesión otorgada por la CEE en 1962 (la consolidación de franquicia arancelaria para las semillas oleaginosas). La CE alegó que, como se habían celebrado negociaciones desde 1962 con arreglo a los procedimientos del artículo XXVIII (por vía del párrafo 6 del artículo XXIV) respecto de la Lista de la CE, las expectativas que se debían tener en cuenta eran las de la más reciente de esas negociaciones, celebrada en 1986. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial del asunto *CEE - Semillas oleaginosas* rechazó correctamente ese argumento, observando que la práctica de la Comunidad en cada ampliación había consistido en ampliar la aplicación de su Arancel de Aduanas Común preexistente a fin de incluir el territorio de sus nuevos Estados miembros. Cuando la aplicación del Arancel de Aduanas Común menoscababa las concesiones arancelarias contenidas en las listas de los nuevos Estados miembros, la Comunidad (actuando en nombre de sus Estados miembros) cumplía sus obligaciones con arreglo al artículo XXVIII y pagaba una compensación mediante la reducción de los tipos arancelarios aplicables a ciertos productos por la CE en su conjunto. Sin embargo, ninguna de las ampliaciones modificó o revocó jamás la concesión del Arancel de Aduanas Común otorgada en 1962. Por lo tanto, aunque la CE sustituyó mediante listas sucesivas la Lista de 1962 de la CEE de los Seis, la concesión sobre semillas oleaginosas otorgada en 1962 nunca había sido en sí misma modificada ni revocada. A juicio de los Estados Unidos, las expectativas pertinentes eran, pues, las de 1962 y no las de 1986 o de ningún otro año posterior a 1962.

6.59 El **Japón** objeta la conclusión de los Estados Unidos, de que el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* rechazó el argumento de la CE, en el sentido de que las expectativas que se debían tener en cuenta eran las expectativas de la negociación arancelaria más reciente en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV porque ninguna de las ampliaciones había jamás modificado o revocado la concesión del Arancel de Aduanas Común sobre las semillas oleaginosas, otorgada en 1962. El Japón explica que las conclusiones de ese Grupo Especial se deben examinar en el contexto adecuado. De la referencia a que "para responder a la pregunta de si las expectativas de 1962 siguen estando protegidas es preciso determinar si las concesiones sobre las semillas oleaginosas resultantes de posteriores renegociaciones en el marco del artículo XXIV.6 formaban parte de un nuevo equilibrio de concesiones o si [...] debía mantenerse el equilibrio de las concesiones inicialmente negociadas en 1962", resulta claro, en opinión del Japón, que el Grupo Especial se centró en la cuestión de si se había establecido o no un nuevo equilibrio de concesiones, y no en la cuestión de los procedimientos y formalidades de la negociación arancelaria. El Japón alega que el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* también hizo referencia a la cuestión de si la negociación arancelaria en cuestión suponía o no una "revaluación global del valor de todas las concesiones de la Comunidad". El Japón insiste en que este argumento es compatible con el análisis realizado por el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas*, mientras que el argumento de los Estados Unidos no lo es.

⁵⁷⁹Ibíd., páginas 140 y 141, párrafo 145.

3. **LOS TIPOS DE NEGOCIACIONES ARANCELARIAS EN EL MARCO DEL GATT**

6.60 En lo que respecta a la cuestión de si la relación jurídica entre las concesiones arancelarias consolidadas en las Listas de la Ronda Uruguay, la Ronda de Tokio y la Ronda Kennedy difieren según que las consolidaciones deriven de negociaciones arancelarias o de renegociaciones en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV, el artículo XXVIII o el artículo XXVIIIbis, los **Estados Unidos** expresan que su posición es la siguiente: en el marco del GATT de 1947, cada nueva lista de una parte contratante coexistía legalmente con todas las listas anteriores. Cada una de las concesiones de cada lista seguía siendo jurídicamente vinculante, excepto en la medida en que hubieran sido modificadas o retiradas con arreglo al artículo XXVIII. Como las Listas anexas al GATT de 1947 fueron incorporadas al GATT de 1994, las concesiones que figuraban en las Listas de 1947 siguen siendo jurídicamente vinculantes y coexisten con las concesiones de las Listas de la Ronda Uruguay y todas las listas posteriores convenidas en el marco del GATT de 1994.⁵⁸⁰

6.61 En lo que respecta a la relación jurídica entre las negociaciones en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV, la modificación de listas en el marco del artículo XXVIII y los tipos de negociaciones arancelarias previstas en el artículo XXVIIIbis el **Japón** considera que la naturaleza jurídica de las negociaciones arancelarias o la modificación de listas en relación con reclamaciones sin infracción de disposiciones se debe evaluar basándose en si se ha constituido sustancialmente un nuevo equilibrio de concesiones.

a) **El artículo XXVIII**

6.62 Los **Estados Unidos** señalan que el GATT sólo ofrece un medio jurídico al que se puede recurrir con carácter general para modificar o retirar, es decir, para "renegociar" una concesión arancelaria: el artículo XXVIII. Un Miembro puede invocar el artículo XXVIII sólo en circunstancias definidas específicamente. Los Estados Unidos agregan que un Miembro puede modificar o retirar una concesión negociando un acuerdo en el marco de los párrafos 1 a 3 del artículo XXVIII durante el "plazo normal" trienal. Un Miembro puede celebrar negociaciones para la modificación o la retirada de una concesión en el marco del párrafo 4 del artículo XXVIII si está autorizado para ello. Un Miembro puede modificar o retirar una concesión de conformidad con los procedimientos previstos en los párrafos 1 a 3 del artículo XXVIII si se ha reservado oportunamente el derecho de hacerlo con arreglo al párrafo 5 del artículo XXVIII.

6.63 Los Estados Unidos alegan que el Japón ha otorgado varias series de concesiones arancelarias en diversas Listas anexas a protocolos, después de rondas comerciales de negociación. Las últimas concesiones no han tenido el efecto jurídico de modificar o revocar las concesiones anteriores porque el Japón nunca ha invocado el artículo XXVIII con respecto a sus concesiones sobre las películas y el papel fotográficos. Los Estados Unidos sostienen que, por lo tanto, todas las concesiones del Japón sobre las películas y el papel siguen en vigor, y las expectativas vinculadas a cada una de ellas siguen protegidas por el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

6.64 En cuanto a la modificación o la retirada de concesiones sobre productos específicos que figuran en la Lista de un Miembro de la OMC, en el marco del artículo XXVIII, el **Japón**

⁵⁸⁰Los Estados Unidos mencionan asimismo que los derechos de negociación iniciales vinculados a las concesiones de 1947 siguen vigentes en la actualidad, y que la parte que inicialmente negoció una concesión dada, aunque sea una concesión de 1947, conserva el derecho de ser consultada y compensada si esa concesión se modifica o se retira actualmente.

explica que el Miembro que propone modificar o retirar la concesión negocia la compensación con respecto a otros productos con otros Miembros a fin de "mantener un nivel general de concesiones recíprocas y mutuamente ventajosas". Por consiguiente, la naturaleza jurídica de la modificación o la retirada de concesiones en el marco del artículo XXVIII debe considerarse como la continuación del equilibrio de concesiones arancelarias en su conjunto. El Japón aduce asimismo que el procedimiento establecido en el artículo XXVIII también se aplica a la modificación de las listas para las negociaciones previstas en el párrafo 6 del artículo XXIV.

b) El párrafo 6 del artículo XXIV

6.65 Los **Estados Unidos** alegan que el párrafo 6 del artículo XXIV permite que un Miembro que forma parte de una unión aduanera y tiene el propósito de aumentar un derecho por encima de los niveles consolidados modifique o retire esa concesión con arreglo al procedimiento establecido en el artículo XXVIII.⁵⁸¹ Los Estados Unidos señalan que el párrafo 6 del artículo XXIV no establece una vía independiente para modificar concesiones mediante procedimientos independientes, sino simplemente un medio para invocar los procedimientos corrientes del artículo XXVIII fuera del "plazo normal".

6.66 El **Japón** alega que las negociaciones previstas en el párrafo 6 del artículo XXIV se celebran para hacer extensivo el arancel externo común de una unión aduanera a sus nuevos miembros, sobre la base de que "los derechos [...] no sean en conjunto [...] de una incidencia general más elevada, ni [...] más rigurosos que los derechos [...] vigentes en los territorios constitutivos" (párrafo 5 del artículo XXIV). Aunque las negociaciones conducirán a la modificación de la parte de las listas de la unión aduanera, la naturaleza jurídica de las negociaciones previstas en el párrafo 6 del artículo XXIV deben ser consideradas como la continuación del equilibrio anterior de concesiones arancelarias en su conjunto. El Japón señala a este respecto que el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* llegó a la conclusión de que "el resultado de las negociaciones en virtud el artículo XXIV.6 después de las sucesivas ampliaciones de la Comunidad [...] fue [...] la ampliación de las concesiones arancelarias existentes de la Comunidad a los nuevos Estados miembros" y que el equilibrio de concesiones arancelarias establecido inicialmente debía continuar.

c) El artículo XXVIIIbis

6.67 Los **Estados Unidos** alegan que, según sus propios términos, el artículo XXVIIIbis⁵⁸² ofrece una base jurídica para añadir concesiones a las listas, pero no una base para modificar o revocar concesiones preexistentes.⁵⁸³ Las rondas de negociaciones arancelarias

⁵⁸¹Los Estados Unidos agregan que el párrafo 6 del artículo XXIV fue añadido al Acuerdo General en 1948 para tener en cuenta la unión aduanera concertada entre Francia e Italia. Índice Analítico (1995), página 900. En esa época, el texto del artículo XXVIII impedía toda modificación de las Listas hasta el 1º de enero de 1951. Véase el Acta Final aprobada al clausurarse el segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de Comercio y Empleo de las Naciones Unidas, volumen 1, páginas 55 y 56. Francia solicitó que se añadiera el párrafo 6 del artículo XXIV debido a la existencia del elemento temporal del artículo XXVIII. Francia necesitaba estar en condiciones de invocar los procedimientos del artículo XXVIII de forma inmediata, a fin de poder aumentar los derechos de manera compatible con sus obligaciones legales.

⁵⁸²El artículo XXVIIIbis fue añadido al GATT en 1955 y entró en vigor el 7 de octubre de 1957.

⁵⁸³También se han añadido concesiones a las Listas sobre otras bases jurídicas: mediante las cuatro rondas de negociaciones arancelarias celebradas antes de 1957, mediante los intercambios de

en el GATT siempre se llevaron a cabo como oportunidades para reducir o eliminar aranceles, y no como oportunidades para que las partes contratantes sembraran incertidumbre sobre el nivel preexistente de liberalización comercial y renegociaran sus listas. Cuando durante una ronda de negociaciones comerciales se han modificado o retirado concesiones, la modificación o la retirada se ha llevado a cabo mediante la invocación del artículo XXVIII, y no del artículo XVIIIbis.⁵⁸⁴ Según los Estados Unidos, sólo existen dos excepciones a la regla general de que las negociaciones comerciales añaden y no restan concesiones, pero esas excepciones confirman la regla:

6.68 En primer lugar, el Protocolo que incorpora los resultados de la Conferencia Arancelaria de 1960-61 ("Protocolo de las Negociaciones Dillon") incluía un párrafo especial que no figuraba en ningún otro protocolo arancelario del GATT. En virtud de este párrafo, en todos los casos en que determinadas listas preveían para un producto un trato menos favorable que el establecido en una lista preexistente aplicable a la misma parte contratante, la disposición de la lista anterior quedaría sin efecto.⁵⁸⁵ Sin embargo, no existe una disposición análoga en los protocolos de la Ronda Kennedy o de la Ronda de Tokio y, en todo caso, esta circunstancia no se aplicaría a las reducciones otorgadas por el Japón sobre los aranceles aplicables a las películas y el papel fotográficos.

6.69 En segundo lugar, durante la Ronda Uruguay algunos países en desarrollo participantes ofrecieron establecer consolidaciones del tipo máximo sobre todos los productos o sobre sectores enteros de productos en sus Listas. Durante las negociaciones arancelarias finales, realizadas en la primavera de 1994, en casi todos los casos esos participantes convinieron en no modificar ni revocar las consolidaciones preexistentes a tipos arancelarios inferiores en sus Listas anexas al GATT de 1947. No obstante, cuatro participantes modificaron o revocaron esas consolidaciones: Egipto, el Perú, Sudáfrica y el Uruguay. Para dar una base jurídica a dicha modificación o revocación, se añadió el párrafo

concesiones en las negociaciones arancelarias con un país que solicita la adhesión, y mediante los Procedimientos para la modificación o rectificación de Listas (que se utilizaron, por ejemplo, en el caso del reciente Acuerdo de Tecnología de la Información). Véase 26 de marzo de 1980, Decisión de las PARTES CONTRATANTES sobre los procedimientos para la modificación o rectificación de las listas de concesiones arancelarias, IBDD 27S/25.

⁵⁸⁴ Los Estados Unidos mencionan los siguientes ejemplos:

- i) La modificación realizada por la CE en 1994 de su concesión sobre los plátanos se llevó a cabo mediante la invocación del artículo XXVIII y no al amparo de la Declaración de Punta del Este. Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, distribuido el 22 de mayo de 1997, párrafo 3.31; notificación de conformidad con el artículo XXVIII en SECRET/343, referenciado en el Índice Analítico (1995), página 1.084.
- ii) La negociación del Arancel Exterior Común de la CEE, que se llevó a cabo en la serie de negociaciones Dillon, se realizó con arreglo a las disposiciones de los párrafo 1 a 3 del artículo XXVIII y el párrafo 6 del artículo XXIV. IBDD 8S/124, párrafo 18.
- iii) Cuando Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido se adhirieron a la CE en 1972, la CE celebró negociaciones con arreglo al procedimiento del artículo XXVIII (invocado por vía del párrafo 6 del artículo XXIV), y no como parte de las negociaciones arancelarias de la Ronda de Tokio.

⁵⁸⁵ IBDD 11S/8, 9, párrafo 4.

7 al Protocolo de Marrakech, utilizando una redacción tomada del Protocolo de las Negociaciones Dillon. El párrafo 7 establece que se considerará que cada uno de esos cuatro Miembros "ha adoptado las medidas apropiadas que en otro caso habrían sido necesarias de conformidad con las disposiciones pertinentes [...] del GATT de 1947 o del GATT de 1994". Los Estados Unidos concluyen que el párrafo 7 del Protocolo de Marrakech era jurídicamente necesario para asegurar que las concesiones anteriores, más favorables, de Egipto, Perú, Sudáfrica y Uruguay no seguirían siendo jurídicamente vinculantes, y para hacer posible que esos cuatro Miembros dejaran sin efecto sus anteriores concesiones arancelarias no compatibles. Sin embargo, los Estados Unidos hacen hincapié en que esta disposición, según sus propios términos, sólo se aplica a los cuatro Miembros antes mencionados, mientras que los demás países siguen estando obligados por todas las concesiones anteriores que figuran en las Listas anexas al GATT de 1947.

6.70 A juicio del **Japón**, los tipos de negociaciones arancelarias previstas en el artículo XXVIIIbis tienden a "reducir sustancialmente el nivel general de los derechos de aduana", "teniendo debidamente en cuenta los objetivos del [GATT] y las distintas necesidades de cada [Miembro]", a diferencia de la modificación o retirada en el marco del artículo XXVIII, que es un procedimiento tendiente a "mantener un nivel general de concesiones recíprocas y mutuamente ventajosas". Se debe considerar que las negociaciones arancelarias previstas en el artículo XXVIIIbis se deben llevar a cabo a partir de cero, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del momento, relativas a los productos en cuestión. Cuando la reducción o eliminación de concesiones arancelarias se negocian y acuerdan en esas negociaciones arancelarias, se debe considerar que han creado un nuevo equilibrio de concesiones, y se debe estimar que una nueva expectativa acerca del equilibrio de concesiones arancelarias creado por las últimas negociaciones ha sustituido a toda expectativa previa derivada de concesiones anteriores. En particular, toda negociación comercial multilateral, como la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio o la Ronda Uruguay, debe ser considerada como un proceso tendiente a crear un nuevo "equilibrio de concesiones" en su conjunto, que supone una revaluación global de valor de las concesiones mediante negociaciones arancelarias globales sobre una base más amplia. En consecuencia, el Japón alega que las medidas existentes con anterioridad a las nuevas concesiones, que se supone han sido tenidas en cuenta durante esas negociaciones, no anularán ni menoscabarán las ventajas resultantes del artículo II del GATT.

6.71 Los **Estados Unidos** responden que, respecto del argumento del Japón de que las negociaciones realizadas en el marco del artículo XXVIIIbis -pero no las previstas en el artículo XXVIII o en el párrafo 6 del artículo XXIV- crean un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias que extingue las expectativas previas derivadas de concesiones anteriores, la verdad es exactamente lo contrario. En opinión de los Estados Unidos, las negociaciones realizadas en el marco del artículo XXVIIIbis crean efectivamente un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias, con nuevas expectativas relacionadas con las concesiones arancelarias derivadas de esas negociaciones. Sin embargo, como las negociaciones del artículo XXVIIIbis no pueden revocar ni modificar concesiones arancelarias anteriores, y efectivamente no lo hacen, tales negociaciones no pueden extinguir ni afectar a las expectativas relacionadas con esas concesiones arancelarias anteriores. Por el contrario, cuando un Miembro retira o modifica una concesión arancelaria en el marco del artículo XXVIII -sea directamente con arreglo al artículo XXVIII o por la vía del párrafo 6 del artículo XXIV- dicho Miembro puede estar modificando la obligación jurídica representada por la obligación arancelaria y, en consecuencia, las expectativas razonables vinculadas a esas concesiones necesariamente se modificarán y se establecerá un nuevo equilibrio de concesiones con respecto a esa ronda de concesiones arancelarias.

6.72 Los Estados Unidos sostienen que el informe del Grupo Especial que examinó el

asunto *CEE - Semillas oleaginosas* respalda plenamente su posición:

"En tales circunstancias, los interlocutores comerciales de la Comunidad en las sucesivas renegociaciones celebradas en el marco del artículo XXIV.6 podían suponer legítimamente, en ausencia de toda indicación en contrario, que la oferta de mantener un compromiso arancelario por parte de la Comunidad era una oferta de no modificar el equilibrio de las concesiones antes logrado. El Grupo Especial observó que en la documentación a él presentada nada indicaba que la Comunidad hubiera aclarado a los países que con ella negociaban que la retirada y el restablecimiento de las concesiones arancelarias para las semillas oleaginosas como parte de la retirada de la Lista total de la Comunidad significaba que ésta buscaba un nuevo equilibrio de concesiones en relación con esos productos. En concreto, no hay prueba de que la Comunidad, en el contexto de esas negociaciones, ofreciera a los países que con ella negociaban compensar ningún menoscabo de las concesiones arancelarias causado por las subvenciones a la producción, o que la Comunidad aceptase retiradas arancelarias por parte de los países que negociaban con ella para compensar dicho menoscabo. El equilibrio de las concesiones negociadas en 1962 para semillas oleaginosas no se alteró pues en las sucesivas negociaciones celebradas en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV. Por ello, el Grupo Especial concluyó que las ventajas que reportan a los Estados Unidos las concesiones arancelarias sobre las semillas oleaginosas resultantes de las negociaciones en virtud del artículo XXIV.6 habidas en 1986/87 comprenden la protección de las expectativas razonables que tenían los Estados Unidos cuando esas concesiones se negociaron inicialmente en 1962."⁵⁸⁶

A juicio de los Estados Unidos, el texto citado demuestra que el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* llegó a la conclusión de que, aunque las concesiones arancelarias sobre las semillas oleaginosas se habían retirado y restablecido intactas, de conformidad con el párrafo 6 del artículo XXIV y el artículo XXVIII (acciones que no pueden ocurrir en el marco del artículo XXVIIIbis), no se había alcanzado ningún nuevo equilibrio de concesiones.

6.73 El **Japón** responde que las partes divergen con respecto al criterio que se debe utilizar para determinar si se ha creado una nueva expectativa en relación con concesiones arancelarias. A juicio del Japón, los Estados Unidos se refieren a los procedimientos y las formalidades que indicarían si una negociación arancelaria se ha llevado a cabo o no de conformidad con el artículo XXVIII del GATT, y si se ha aumentado o no un arancel consolidado. El Japón considera que lo señalado por los Estados Unidos sólo puede significar que estas concesiones arancelarias darán lugar a la expectativa de que no se aplicarán derechos aduaneros que superen los tipos consolidados, y que esas expectativas pueden continuar a menos que las concesiones sean modificadas o retiradas en el marco del artículo XXVIII. El Japón no está en desacuerdo con esto, ya que ciertamente no aducirá que un Miembro puede dejar sin efecto unilateralmente sus compromisos en materia de consolidaciones arancelarias. Por el contrario, el Japón estima que todos los Miembros están obligados por sus concesiones arancelarias, con independencia de los procedimientos y las formalidades que se hayan seguido.

6.74 No obstante, a juicio del Japón, es una cuestión completamente diferente el determinar cuáles son las expectativas creadas por concesiones arancelarias anteriores que se deben tener en cuenta en el examen de una reclamación no basada en la infracción de

⁵⁸⁶*CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, 141, párrafo 146.

disposiciones. En esta materia, el Japón adopta la posición de que el criterio que se debe emplear no es si el nivel de la consolidación arancelaria se ha visto o no aumentado o reducido, sino si se ha creado o no un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias como resultado de negociaciones arancelarias multilaterales o sectoriales, en las que se tienen en cuenta diversas circunstancias, incluidas las medidas no arancelarias (por ejemplo, subvenciones internas) relativas a los productos objeto de la negociación. En opinión del Japón, lo que se debe examinar respecto de la expectativa derivada de ciertas concesiones arancelarias en relación con la cuestión de la "ventaja" a los fines de una reclamación sin infracción de disposiciones es lo siguiente: cuando una situación se ve modificada por la introducción de una determinada medida, ¿cuáles son las expectativas creadas por concesiones arancelarias anteriores que se deben tener en cuenta para evaluar las consecuencias de las modificaciones sobre la situación?

6.75 El Japón reitera que el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* estableció que "para responder a la pregunta de si las expectativas de 1962 siguen estando protegidas es preciso determinar si las concesiones sobre las semillas oleaginosas resultantes de posteriores renegociaciones en el marco del artículo XXIV.6 formaban parte de un nuevo equilibrio de concesiones o si [...] debía mantenerse el equilibrio de las concesiones inicialmente negociadas en 1962". En opinión del Japón, de esta referencia se desprende claramente que el Grupo Especial se centró en la cuestión de si se había creado o no un nuevo equilibrio de concesiones, y no en la cuestión de los procedimientos y formalidades de la negociación arancelaria. El Japón insiste asimismo en que el Grupo Especial del asunto *Semillas oleaginosas* también hizo referencia a la cuestión de si la negociación arancelaria en cuestión suponía o no una "revaluación global del valor de todas las concesiones de la Comunidad".

4. LA CLÁUSULA DE INCORPORACIÓN DEL GATT DE 1994

6.76 La cláusula de incorporación del GATT de 1994 establece en las partes pertinentes:

- "1. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994") comprenderá: [...]
- b) las disposiciones de los instrumentos jurídicos indicados a continuación que hayan entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC:
 - i) protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias; [...]
 - d) el Protocolo de Marrakech anexo al GATT de 1994."

6.77 Los **Estados Unidos** sostienen que, con anterioridad a la Ronda Uruguay, el Japón otorgó concesiones arancelarias sobre las películas y el papel en la Ronda Kennedy y en la Ronda de Tokio. Estas concesiones forman parte actualmente del GATT de 1994 en virtud del apartado b) i) del párrafo 1 del GATT de 1994, que incorporó todos los protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias que habían entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, inclusive las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón en la Ronda Kennedy y la Ronda de Tokio. Por consiguiente, los Estados Unidos alegan que las ventajas resultantes directa o indirectamente del GATT de 1994, en el sentido del párrafo 1 del artículo XXIII, incluyen las ventajas que los Estados Unidos razonablemente esperaban

recibir de las concesiones otorgadas por el Japón en la Ronda Kennedy y la Ronda de Tokio, así como las concesiones derivadas de la Lista del Japón anexa al Protocolo de Marrakech. Todas ellas dieron origen a expectativas de un mayor acceso al mercado, para las cuales el Acuerdo General prevé un derecho de resarcimiento en el caso de que las expectativas se vean frustradas, conforme al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

6.78 En apoyo de su posición, en el sentido de que sólo las concesiones arancelarias incorporadas a las Listas de la Ronda Uruguay pueden servir de base a los fines de una reclamación sin infracción de disposiciones en el marco del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, el **Japón** sostiene que el párrafo 1 del GATT de 1994 dispone que el GATT de 1994 comprenderá, entre otros, los "protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias" que "hayan entrado en vigor en el marco del GATT de 1947" (apartado b) i) del párrafo 1), pero también incluye el apartado d), y hace referencia al "Protocolo de Marrakech anexo al GATT de 1994". A juicio del Japón, esta disposición significa que las concesiones efectivas que figuran en las Listas de los Miembros anexas a esos protocolos y certificaciones anteriores, y las nuevas concesiones acordadas como resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay, en su conjunto, constituyen concesiones arancelarias que se aplican en el marco del GATT de 1994.

6.79 El Japón aduce que, como el párrafo 1 no establece una jerarquía entre los apartados a) a d), se debe considerar en su conjunto, de modo que cada apartado se aplique e interprete de modo coherente con los demás. En consecuencia, el párrafo 1 se debe interpretar de modo que los primeros protocolos y certificaciones mencionados en el apartado b) i) del párrafo 1 del GATT de 1994 no ponga en peligro el equilibrio de concesiones más reciente acordado por los Miembros de la OMC, que figura en sus Listas anexas al Protocolo Marrakech. Por lo tanto, cuando existe una diferencia entre las concesiones contenidas en las Listas anexas al Protocolo de Marrakech y las que figuran en las Listas anexas a los protocolos y certificaciones anteriores a los que se refiere el apartado b) i) del párrafo 1 del GATT de 1994 (por ejemplo, cuando las concesiones sobre el mismo producto son diferentes), el Japón estima que las concesiones que figuran en Listas anexas al Protocolo de Marrakech prevalecen, por ser el acuerdo más reciente, y se deben aplicar a los Miembros de la OMC de conformidad con los artículos I y II del GATT. A juicio del Japón, si se permitiera que los protocolos y certificaciones anteriores alteraran el equilibrio de concesiones acordado en el Protocolo de Marrakech, ello privaría de estabilidad y certidumbre a las relaciones comerciales de las partes en el GATT.

6.80 Los **Estados Unidos** responden que el Japón, al aducir que las concesiones que figuran en las Listas anexas al Protocolo de Marrakech prevalecen sobre las concesiones que figuran en otros protocolos arancelarios por tratarse de un "acuerdo más reciente", se basa al parecer en el principio establecido en el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque no lo dice expresamente. El párrafo 1) del artículo 30 de la Convención de Viena se refiere a "los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia" y dispone que en general, cuando el tratado anterior no quede terminado, "el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior". No obstante, los Estados Unidos alegan que el artículo 30 no se aplica a la situación que examina este Grupo Especial porque el presente caso no se refiere a "tratados sucesivos", sino a tratados coexistentes, que se deben interpretar de modo tal que cada uno de ellos surta efectos.

6.81 Los Estados Unidos explican que la consecuencias de la cláusula de incorporación del GATT de 1994 consistieron en crear un nuevo instrumento jurídico, el "GATT de

1994"⁵⁸⁷, que era contemporáneo de los demás instrumentos jurídicos anexos al Acuerdo sobre la OMC. En virtud de la cláusula de incorporación del GATT de 1994, el GATT de 1994 está integrado por diversos elementos que incluyen, entre otros, el Protocolo de Marrakech y otros protocolos arancelarios. Mediante la cláusula de incorporación del GATT de 1994, los Miembros de la OMC concertaron nuevamente cada uno de los elementos del "GATT de 1994" y cada uno de ellos es contemporáneo de todos los demás elementos. Aunque el GATT de 1947 había quedado terminado, los protocolos arancelarios anexos al GATT de 1947 siguen siendo jurídicamente vinculantes únicamente porque forman parte del GATT de 1994. Por lo tanto, el párrafo 3) del artículo 30 de la Convención de Viena no se aplica a la relación entre esos protocolos arancelarios y los demás elementos abarcados por el GATT de 1994. Por lo tanto, a juicio de los Estados Unidos, ni el artículo 30 de la Convención de Viena ni el principio en él expuesto establecen ninguna jerarquía entre los diversos protocolos arancelarios incluidos en el "GATT de 1994". En todo caso, los Estados Unidos señalan que el principio general consagrado en el artículo 30 de la Convención de Viena no puede interpretarse de modo que deje sin efecto la norma específica establecida por la cláusula de incorporación del GATT de 1994. A juicio de los Estados Unidos, incluso si el artículo 30 se aplicara, las concesiones anexas al Protocolo de Marrakech son plenamente compatibles con las concesiones de los demás protocolos arancelarios del GATT de 1994, porque no existe "conflicto" entre concesiones arancelarias, a menos que una concesión posterior sea menos favorable que una concesión anterior.

6.82 Según los Estados Unidos, el Japón alega que la cláusula de incorporación del GATT de 1994 no constituye un acuerdo expreso entre los Miembros de asegurar la continuación de la vigencia de las concesiones arancelarias relacionadas con el GATT de 1947. Los Estados Unidos responden que el apartado b) i) del párrafo 1 de dicha cláusula no puede interpretarse de modo que anule el apartado d) del párrafo 1, que se refiere al Protocolo de Marrakech del GATT de 1994. Los Estados Unidos insisten en que ningún instrumento posterior ha sugerido que los Miembros hayan convenido en revocar las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón en la Ronda Kennedy y la Ronda de Tokio. En opinión de los Estados Unidos, la cláusula de incorporación del GATT de 1994 dispone lo contrario. Los Estados Unidos estiman que el Japón no ha presentado razón alguna por la que, si este Grupo Especial reconociera que las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón en la Ronda Kennedy y la Ronda de Tokio sobre las películas y el papel fotográficos siguieran existiendo, ello socavaría el Protocolo de Marrakech. A juicio de los Estados Unidos, cualquier otra conclusión sería contraria al sentido corriente de la cláusula de incorporación del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994.

5. CERTIFICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES Y RECTIFICACIONES

⁵⁸⁷Los Estados Unidos señalan que por esta razón se insertó la Nota interpretativa general al Anexo 1A en el texto del Acuerdo sobre la OMC en el otoño de 1993, como parte de la decisión de incluir el GATT en el Acuerdo sobre la OMC mediante una cláusula de incorporación. Los negociadores deseaban que los Acuerdos del Anexo 1A distintos del GATT de 1994 tuvieran preferencia con respecto a este último en caso de conflicto. Si no existiera la Nota interpretativa general al Anexo 1A, esto no habría ocurrido porque la consecuencia de la cláusula de incorporación consistía en hacer que todo el "GATT de 1994" fuera contemporáneo de los demás acuerdos, de modo que el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no habría logrado el resultado deseado.

6.83 El **Japón** sostiene que la "Certificación de las modificaciones y rectificaciones de la Lista XXXVIII - Japón anexa al GATT de 1994", de fecha 8 de febrero de 1996, establece que esa Lista sustituye a todas las Listas XXXVIII anteriores anexas al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 a partir de la fecha en que esa Lista entre en vigor. Esta certificación, que contiene la Lista del Japón anexa al Protocolo de Marrakech, modificada de conformidad con el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías ("Sistema Armonizado") forma parte del Acuerdo sobre la OMC. Las disposiciones de la certificación, inclusive la referencia a la sustitución de Listas anteriores, están jurídicamente en vigor. El Japón observa asimismo que ningún Miembro planteó objeción alguna a esta disposición concreta durante el procedimiento relativo a las modificaciones y rectificaciones a la Lista XXXVIII - Japón, que se ha realizado de conformidad con la Decisión sobre el procedimiento de aplicación de los cambios del Sistema Armonizado.⁵⁸⁸ En consecuencia, el Japón sostiene que su Lista, jurídicamente en vigor en el marco del GATT de 1994, ha "sustituido" a las concesiones arancelarias anteriores anexas al GATT de 1947.

6.84 Según los **Estados Unidos** el Japón alega que la "Certificación de las modificaciones y rectificaciones de la Lista XXXVIII - Japón anexa al GATT de 1994" constituye un acuerdo posterior celebrado entre las partes en el sentido de que el Japón retiraba todas sus concesiones arancelarias anteriores. Los Estados Unidos consideran, en cambio, que esta certificación puede sustituir a las Listas anteriores del Japón, pero no ha retirado sus concesiones anteriores, según se desprende de la manifestación del Japón, de que la certificación se realizó de conformidad con la Decisión de las PARTES CONTRATANTES sobre el procedimiento de aplicación de los cambios del Sistema Armonizado, de 8 de octubre de 1991 (8 de febrero de 1991). Esta decisión deja en claro que las partes no tenían el propósito de que las listas presentadas para aplicar los cambios del Sistema Armonizado tuvieran ningún efecto sustantivo en las concesiones arancelarias anteriores. A juicio de los Estados Unidos, la presentación de una Lista de conformidad con esta Decisión no sustituye la invocación adecuada del artículo XXVIII. Los Estados Unidos sostienen asimismo que el Japón no invocó el artículo XXVIII para modificar o retirar concesiones arancelarias sobre las películas y el papel fotográficos de consumo.

6. CONCLUSIONES

6.85 Los Estados Unidos sostienen que, después de diversas rondas de negociaciones comerciales, el Japón ha otorgado varias series de concesiones arancelarias en Listas anexas a los protocolos. El hecho de que las concesiones otorgadas en un ronda multilateral anterior hayan sido seguidas de otras concesiones en una ronda multilateral posterior no excluye las concesiones anteriores ni las expectativas derivadas de esas concesiones anteriores. En opinión de los Estados Unidos, las últimas concesiones no han tenido la consecuencia jurídica de modificar o retirar las concesiones anteriores porque el Japón nunca ha invocado el artículo XXVIII para comunicar expresamente su propósito de modificar o retirar sus concesiones arancelarias anteriores sobre las películas y el papel fotográficos. Por ende, el Japón -así como los Estados Unidos- sigue estando jurídicamente vinculado por sus concesiones otorgadas en el marco del GATT de 1947 y por las expectativas razonables de quienes reciben las concesiones, así como por las obligaciones jurídicas derivadas de esas concesiones, incluidas las obligaciones de compensación vinculadas a los derechos de primer negociador. Los Estados Unidos sostienen que, de modo análogo, la Lista de 1996 del Japón propuesta como rectificación para incorporar los cambios en el Sistema Armonizado no afectan al alcance de ninguna concesión arancelaria

⁵⁸⁸L/6905, Decisión de 8 de octubre de 1991, IBDD 39S/355.

anterior del Japón. Por consiguiente, en opinión de los Estados Unidos, todas las concesiones otorgadas por el Japón en la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay sobre las películas y el papel fotográficos de consumo, siguen en vigor y continúan existiendo de forma paralela. En consecuencia, los Estados Unidos alegan que han mantenido sus expectativas de mejorar el acceso a los mercados derivadas de cada una de las concesiones y, por lo tanto, conservan el derecho de resarcimiento al amparo del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII para proteger esas expectativas razonables.

6.86 El **Japón** sostiene que sólo la ventaja resultante de las concesiones arancelarias de la Ronda Uruguay son pertinentes en el caso presente, porque se ha negociado y acordado efectivamente un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias sobre las películas y el papel fotográficos en el marco de negociaciones arancelarias como las previstas en el artículo XXVIIIbis, y se debe considerar que el resultado de la última negociación arancelaria ha creado una nueva expectativa respecto del equilibrio de concesiones arancelarias, y ha sustituido toda expectativa razonable derivada de una negociación arancelaria anterior. En opinión del Japón, el criterio aplicable debe ser de carácter sustantivo, es decir, si se ha creado o no un nuevo equilibrio de concesiones arancelarias como resultado de negociaciones arancelarias, en las que se han tomado en cuenta diversas circunstancias en el momento de las concesiones arancelarias. El Japón solicita que el Grupo Especial se base en este criterio para examinar las reclamaciones sin infracción de disposiciones, planteadas por los Estados Unidos.

C. MEDIDAS OFICIALES

1. EL CRITERIO JURÍDICO

6.87 Según los **Estados Unidos**, conforme a los términos del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, el hecho de que se "aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del [Acuerdo General]", puede dar lugar a una reclamación al amparo del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. El sentido corriente de la expresión "una medida", tal como aparece en ese artículo, sugiere la inclusión de todo tipo de políticas y acciones oficiales. Esta interpretación de la expresión se ve reforzada por el objeto y fin del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII que, como han concluido los grupos especiales del GATT, consiste en proporcionar un derecho de resarcimiento en las situaciones que quedan fuera del ámbito de otros artículos del GATT.

6.88 Los Estados Unidos sostienen que todas las medidas que ha impugnado concretamente son "medidas" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. Los Estados Unidos observan que la expresión "una medida" nunca ha sido objeto de controversia en una diferencia relativa al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, ni tampoco ningún grupo especial del GATT trató de definir esa expresión. Los Estados Unidos observan asimismo que el Japón hace todo lo posible por elaborar una definición que no sólo le daría la razón en esta diferencia, sino que también colocaría las orientaciones administrativas japonesas fuera del alcance de la OMC.

6.89 El **Japón** sostiene que, en el contexto de una reclamación sin infracción de disposiciones, la parte reclamante debe establecer que otro Miembro de la OMC ha aplicado una medida. A juicio del Japón, este requisito textual significa que se deben cumplir los tres criterios siguientes:

- 1) En primer lugar, como la medida debe ser una medida oficial, los comportamientos privados quedan fuera del ámbito del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. Cuando un gobierno se limita a formular recomendaciones que, desde el punto de vista formal y de fondo no son vinculantes, la decisión de cumplir dicha recomendación es de carácter privado y voluntario.
- 2) En segundo lugar, no toda política o acción oficial constituye una medida, a los fines de una reclamación sin infracción. Una medida debe proporcionar una ventaja o imponer obligaciones jurídicamente vinculantes o su equivalente sustantivo. Con respecto a lo segundo, toda política o acción que supuestamente reglamenta la conducta privada debe imponer obligaciones jurídicamente vinculantes o su equivalente sustantivo.
- 3) En tercer lugar, debe existir una aplicación actual y efectiva de la medida a los productos en cuestión. En particular, no puede haber aplicación de una medida que ya no esté en vigor.

6.90 El Japón sugiere que los Estados Unidos parecen estar de acuerdo con el primero y el tercero de los requisitos⁵⁸⁹, pero que las partes no están de acuerdo en lo que respecta al

⁵⁸⁹El Japón señala que, con respecto al primer requisito, los Estados Unidos admiten que "la expresión 'una medida' en el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII se refiere efectivamente a las políticas y acciones oficiales". Con respecto al tercer requisito, el Japón sostiene que los Estados Unidos sólo alegan que las medidas de que se trata en el presente caso aún están en vigor.

segundo criterio.

6.91 Los **Estados Unidos** responden lo siguiente:

- 1) Los Estados Unidos no impugnan en este procedimiento un comportamiento puramente privado. Su reclamación se basa en acciones adoptadas por el Gobierno del Japón, orientadas por él o en concertación con el mismo, a fin de alcanzar objetivos oficiales.
- 2) No existe en el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII el requisito de que una medida imponga obligaciones jurídicamente vinculantes o proporcione un beneficio. Los casos citados por el Japón, es decir, *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios* ("*Japón - Productos agropecuarios*")⁵⁹⁰ *Japón - Comercio de semiconductores* ("*Japón - Semiconductores*")⁵⁹¹, no son aplicables en el caso presente en lo que respecta a que constituye una medida con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, aunque son aplicables en la medida en que sostienen la proposición general de que las orientaciones administrativas pueden constituir una medida.
- 3) Todas las medidas impugnadas por los Estados Unidos en este procedimiento están en vigencia actualmente, o bien han sido reemplazadas por otras medidas que han recogido sus objetivos y políticas. Virtualmente todas las medidas impugnadas por los Estados Unidos en este procedimiento están en vigencia actualmente. Las pocas que han sido revocadas, como la Notificación 17 de 1967 de la JFTC, eran redundantes porque sus objetivos se siguen consiguiendo mediante la utilización de medidas que siguen en vigor.

a) Orientación administrativa

6.92 Los Estados Unidos alegan que cuando el Gobierno del Japón imparte orientación a la industria, expresa su política y actúa para desarrollar, difundir y sancionar esa política. El Japón debe ser considerado tan responsable de los efectos derivados de este tipo de medidas como de los efectos derivados de una medida "vinculante". Los Estados Unidos señalan que dos Grupos Especiales del GATT, es decir, los que examinaron los asuntos *Japón - Productos agropecuarios* y *Japón - Semiconductores*, han concluido que la práctica de la orientación administrativa "desempeñaba un papel importante en el Japón" y era "un instrumento tradicional de la política gubernamental del Japón basada en el consenso y en la presiones del medio", y observó además que la orientación administrativa ha funcionado en el contexto de las "características especiales de la sociedad japonesa".⁵⁹² Esos Grupos Especiales han llegado a la conclusión de que dichas orientaciones administrativas constituyen "medidas" en ambos casos. El Gobierno del Japón está en condiciones de basarse en su relación tradicionalmente estrecha con la industria y en su extraordinario poder e influencia sobre ella para lograr sus objetivos utilizando medidas que no son formalmente vinculantes.

⁵⁹⁰ *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios*, adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 35S/185.

⁵⁹¹ *Japón - Comercio de semiconductores*, adoptado el 4 de mayo de 1988, IBDD 35S/130.

⁵⁹² *Japón - Productos agropecuarios*, IBDD 35S/185, párrafo 5.4.1.4, citado en *Japón - Semiconductores*, IBDD 35S/130, párrafo 107.

6.93 Los Estados Unidos explican que el Japón define la expresión "orientación administrativa" como "la orientación, la recomendación, el asesoramiento u otros actos mediante los cuales un órgano administrativo puede procurar, en el ámbito de sus atribuciones o funciones designadas, cierto cumplimiento o no cumplimiento por parte de determinadas personas, a fin de alcanzar sus objetivos administrativos, cuando esos actos no consisten en disposiciones".⁵⁹³ Si bien en un sentido técnico una "orientación administrativa" no tiene consecuencias jurídicas formales en caso de no cumplimiento, "la orientación administrativa es una forma de reglamentación gubernamental que impone ciertos tipos de normas de conducta a los particulares o las empresas".⁵⁹⁴ Lo que diferencia una "orientación administrativa" de una petición formulada entre dos entidades privadas es el extraordinario poder de la entidad que formula la petición, es decir, el Gobierno del Japón.⁵⁹⁵ Este poder se ve multiplicado porque en el Japón "el Gobierno a menudo representa el consenso de la industria en la que la norma de conducta se debe aplicar".⁵⁹⁶ Por lo tanto, lo que visto desde fuera podría ser considerado como simples directrices o recomendaciones de política son de hecho aceptadas en el Japón como algo que equivale a directivas oficiales. Algunos ministerios, como el MITI, pueden ejercer presiones o inducir a las empresas sujetas a reglamentación a que cumplan con las "orientaciones".⁵⁹⁷ "La orientación administrativa puede ejercer una presión irresistible sobre quién está sometido a ella."⁵⁹⁸

⁵⁹³Párrafo 6 del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley general N° 88 (1993). Las atribuciones legales del MITI para dictar orientaciones administrativas se basan en su legislación de autorización orgánica, la Ley de Establecimiento del MITI (Ley General N° 275, 1952), Ex. 52-2 de los Estados Unidos. "Los organismos gubernamentales, especialmente el MITI, han hecho hincapié en que la orientación administrativa está autorizada por la Ley de Establecimiento del MITI aunque no existe ninguna disposición concreta en la ley de autorización." Matsushita Mitsuo, *op. cit.*, página 65.

⁵⁹⁴Ibíd., página 60.

⁵⁹⁵Ibíd., página 61.

⁵⁹⁶Ibíd.

⁵⁹⁷Ibíd., páginas 61, 62 y 67.

⁵⁹⁸Ibíd., página 69.

6.94 En opinión del **Japón**, los Estados Unidos hacen caso omiso de distinciones fundamentales entre los diversos tipos de orientaciones administrativas y distorsionan el análisis del profesor Matsushita. El Japón hace hincapié en que el MITI dicta diferentes tipos de orientaciones administrativas, que van desde las orientaciones "suaves" (es decir, meras sugerencias) hasta las orientaciones "firmes" (es decir, las dictadas en lugar de medidas reglamentarias más formales). El Japón explica que el profesor Matsushita ha clasificado las orientaciones administrativas en tres tipos distintos, que brindan un marco analítico útil para comprender la naturaleza de las orientaciones administrativas y la importancia de evaluar dichas orientaciones caso por caso. Las orientaciones administrativas *reglamentarias* son las orientaciones dictadas por los organismos gubernamentales para reglamentar la conducta de las empresas y los particulares, a menudo como sucedáneo de una orden más formal. Las orientaciones administrativas utilizadas de esta manera sustituyen a las normas jurídicas coercitivas. Según los Estados Unidos, este tipo de orientaciones serían la regla universal. No obstante, además de las orientaciones reglamentarias existen las orientaciones administrativas *indicativas*, que brindan asesoramiento e información a las empresas con el objeto de mejorar y fomentar sus propios intereses. Las Directrices de 1970 se inscriben perfectamente en esta categoría: el MITI asesoró de este modo a los fabricantes y distribuidores de películas sobre la manera de conseguir que sus actividades fueran más eficientes y competitivas, sin imponerles ninguna obligación para alcanzar un objetivo de política pública. Por último, las orientaciones administrativas *declarativas*, que no guardan relación con el caso presente, y se destinan a ayudar a las empresas privadas a resolver las diferencias existentes entre sí.⁵⁹⁹

6.95 Los **Estados Unidos** aducen que el argumento del Japón, de que las orientaciones administrativas deben ser "vinculantes", fue rechazado por los Grupos Especiales que examinaron los asuntos *Japón - Semiconductores* y *Japón - Productos agropecuarios*, y también debería ser rechazado en el caso presente. Todo tipo de orientación administrativa japonesa -sea reglamentaria, indicativa o declarativa- puede constituir una "medida" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. Cuando el Gobierno del Japón imparte una "orientación indicativa" a la industria, expresa la política del Gobierno del Japón y actúa para desarrollar, difundir y sancionar esa política. El Gobierno del Japón debe ser considerado tan responsable por los efectos derivados de este tipo de medidas como de los efectos derivados de la medida mediante la cual impone una sanción penal. En ambos casos, el Gobierno del Japón ha adoptado medidas para influir en el mercado en concordancia con las circunstancias especiales del Japón. Ambas situaciones ilustran una diferencia de grado e indican hasta dónde el Gobierno necesita llegar y quiere llegar para alcanzar los efectos deseados, y no indican ninguna diferencia sustancial respecto de si el Gobierno ha adoptado o no una acción con un fin determinado. Las resoluciones de los dos Grupos Especiales del GATT que se han mencionado brindan un firme apoyo a la posición de los Estados Unidos.⁶⁰⁰

⁵⁹⁹Véase Mitsuo Matsushita, *op. cit.*, páginas 61 a 64, Ex. E-7 del Japón; Mitsuo Matsushita y Thomas Schoenbaum, *El comercio internacional del Japón y la Ley de Inversiones* 31-41 (1989), Ex. E-8 del Japón. Un profesor de derecho administrativo japonés también adopta estas tres categorías. Hiroshi Shiono, *Gyoseiho I* (Ley Administrativa I), (2ª edición 1994) páginas 166 y 167, Ex. B-6 del Japón. Otros comentaristas también reconocen las tres categorías. Véase, por ejemplo, Ken Duck, Comment: Now That The Fog Has Lifted: The Impact of Japan's Administrative Procedure Law on the Regulation of Industry and Market Governance, 19 *Fordham Int'l. L.J.* 1686, 1709 (1996), Ex. E-9 del Japón.

⁶⁰⁰Véase *Japón - Productos agropecuarios*, párrafo 5.4.1.4 (en el que se concluyó que "la práctica de la orientación administrativa" desempeñaba un papel importante en la formulación de políticas del Gobierno japonés y es "un instrumento tradicional de la política gubernamental del Japón basada en el consenso y en las presiones del medio"); *Japón - Semiconductores*, párrafo 108 (en el que se reconoce

que las medidas carentes de obligatoriedad adoptadas por el Gobierno del Japón pueden constituir medidas en el sentido del artículo XI).

6.96 Los Estados Unidos alegan asimismo que la cuestión importante en lo que se refiere a las orientaciones administrativas del Japón es su funcionamiento y sus efectos, y no las etiquetas que se pueden utilizar para describirlas. El profesor Hiroshi Shiono, calificado por el Japón en su primera comunicación como "un importante académico en el campo del derecho administrativo japonés" señaló: las tres categorías mencionadas anteriormente no se excluyen necesariamente entre sí [...] Incluso si se dicta una orientación administrativa relacionada con la asistencia, ella incluye el aspecto de dirigir a las partes interesadas en una cierta dirección establecida por el órgano administrativo y, por tanto, no se puede negar que también tiene un aspecto reglamentario".⁶⁰¹ Además, el propio Gobierno del Japón ha sancionado una definición oficial de la orientación administrativa en la Ley de Procedimiento Administrativo, que no establece diferencias entre los distintos tipos de orientaciones administrativas.⁶⁰² Los Estados Unidos concluyen que, con independencia de la manera que se utilice para clasificar cada orientación administrativa en particular, en el presente caso resulta claro que las orientaciones desempeñaron un papel decisivo en el logro de los objetivos del Gobierno del Japón.

b) Informes de grupos especiales anteriores del GATT

⁶⁰¹El párrafo 6) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo contiene la definición oficial del Japón de la orientación administrativa.

⁶⁰²Hiroshi Shiono, Ley Administrativa I, página 167, Ex. B-6 del Japón. Los Estados Unidos observan también que el Japón ha presentado sólo una parte del artículo del estudiante Ken Duck sobre el artículo para afirmar que las distinciones entre los diversos tipos de orientaciones administrativas modifican extraordinariamente los efectos jurídicos de la orientación; el artículo en realidad no respalda esa premisa. El artículo expresa asimismo que:

"Los métodos reglamentarios no transparentes y anticompetitivos de la burocracia económica del Japón impide la llegada de nuevos exportadores a los mercados japoneses. El sistema reglamentario japonés hace hincapié en los contactos estrechos e informales entre quienes dictan las reglamentaciones y las empresas objeto de las mismas. El principal método reglamentario del Japón es la *gyosei shido*, u orientación administrativa, que es el procedimiento mediante el cual los ministerios aplicaban amenazas implícitas de adopción o no adopción de medidas futuras para recabar el cumplimiento de las partes con el fin de obtener un objetivo administrativo. El estilo informal japonés de regulación normativa, incluidas las orientaciones administrativas, evolucionó a partir de medios informales de regulación a lo largo de la historia japonesa. El sistema jurídico japonés y otras disposiciones institucionales, como el sistema *amakudari* [designación en puestos prominentes del sector privado después de la jubilación] y los consejos *shingikai*, que se basan en los vínculos estrechos e informales entre el Gobierno y las empresas, perpetúan el sistema reglamentario informal del Japón y fomentan el cumplimiento de las orientaciones administrativas."

Ken Duck, Comment: Now That The Fog Has Lifted: The Impact of Japan's Administrative Procedure Law on the Regulation of Industry and Market Governance, 19 Fordham Int'l L.J. 1686 (1996), Ex. E-9 del Japón.

6.97 El **Japón** aduce que los precedentes del GATT confirman que no toda orientación administrativa reúne las condiciones para ser calificada como "medida" a los fines del GATT y que la distinción pertinente es si la orientación en cuestión equivale, en lo sustancial y no formalmente, a la imposición de una obligación vinculante. Concretamente, el Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Semiconductores*⁶⁰³ examinó si las orientaciones administrativas formalmente no vinculantes, es decir las solicitudes de que los productores japoneses de semiconductores eliminaran el dumping en los mercados de terceros países, podían constituir "medidas" a los fines del artículo XI. El Japón señala que no existe una distinción expresa entre una "medida" a los fines del artículo XI y una "medida" a los fines de las reclamaciones sin infracción de disposiciones. El Japón considera que, si no existe una razón que se oponga a ello, se puede interpretar que un término utilizado en una disposición del GATT tiene el mismo significado cuando es utilizado en otra disposición. El Japón alega que nada indica que se haya previsto que el término "medida" tendría un significado más amplio en el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII que en el artículo XI. A juicio del Japón, la interrelación textual entre los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo XXIII también respalda la conclusión de que no se puede recurrir a una reclamación sin infracción de disposiciones en el caso de recomendaciones que, tanto desde el punto de vista formal como de fondo, no son vinculantes. Concretamente, el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII se aplica a las "medidas", mientras que el apartado c) del párrafo 1 del artículo XXIII autoriza a las partes a formular reclamaciones en caso de "que exista otra situación". En opinión del Japón, el término "medidas", a diferencia de la expresión de amplio alcance "que exista otra situación", tiene un significado limitado y se refiere a las medidas oficiales, no a las decisiones privadas de aplicar o no recomendaciones no vinculantes.

6.98 Los **Estados Unidos** responden que los criterios expuestos por el Japón harían que las orientaciones administrativas -un instrumento tradicional de la política oficial japonesa- quedara fuera del alcance de las disciplinas del GATT. Según los Estados Unidos, el argumento del Japón no se apoya en el texto del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII y, si se aceptara, frustraría la finalidad de esa disposición. Los Estados Unidos explican que en todo el GATT, los redactores han utilizado diversos términos para describir las políticas o acciones oficiales en el contexto de normas distintas destinadas a resolver cuestiones particulares.⁶⁰⁴ El párrafo 1 del artículo XI se refiere a las "prohibiciones [o] restricciones a la importación o a la venta para la exportación de un producto". Los Estados Unidos subrayan que, en comparación, el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII hace referencia a "*una medida*", lo que refleja el propósito de los redactores de que el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII constituyera una red de seguridad que pudiera ofrecer resarcimiento ante cualquier política o acción oficial que anulara o menoscabara ventajas resultantes del Acuerdo General. Si los redactores hubieran tenido el propósito de que el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII abarcara sólo las políticas y acciones oficiales que directamente otorgaran una ventaja o impusieran una obligación jurídica, así lo habrían hecho, escogiendo las palabras que indicaran esas limitaciones, del mismo modo que han escogido los términos adecuados para limitar el alcance de otros artículos.

⁶⁰³IBDD 35/130, adoptado el 4 de mayo de 1988.

⁶⁰⁴Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo I hace referencia a "los derechos de aduana y cargas de cualquier clase"; el párrafo 2 del artículo III se refiere a "impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean"; el párrafo 4 del artículo III se refiere a "cualquier ley, reglamento o prescripción"; el párrafo 1 del artículo VIII se refiere a "[t]odos los derechos y cargas de cualquier naturaleza que sean [...] percibidos [...] sobre la importación o la exportación o en conexión con ellas"; el párrafo 2 del artículo IX se refiere a "las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen"; el párrafo 1 del artículo X se refiere a "[l]as leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general".

6.99 El **Japón** sostiene que, si bien el Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Semiconductores* reconoció la especial importancia de las orientaciones administrativas como instrumento de la política oficial japonesa⁶⁰⁵, dejó sin embargo en claro que "no se podía considerar que todas las peticiones carentes de obligatoriedad fuesen medidas".⁶⁰⁶ El Grupo Especial hizo hincapié en que la cuestión se debía resolver caso por caso.⁶⁰⁷ El Grupo Especial determinó dos "criterios esenciales" que se debían cumplir para que las peticiones carentes de obligatoriedad fuesen "medidas" comprendidas en el párrafo 1 del artículo XI:

- 1) "que había motivos fundados para pensar que los incentivos y desincentivos utilizados bastaban para asegurar la efectividad de medidas que no tenían carácter obligatorio"; y
- 2) que el cumplimiento de las peticiones gubernamentales dependiera "fundamentalmente de la acción o intervención gubernamental".⁶⁰⁸

En el caso *Japón - Semiconductores*, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que ambos criterios se habían cumplido. El Grupo Especial concluyó que el compromiso oficial del Gobierno japonés mediante un acuerdo formal para eliminar el dumping en terceros países creaba incentivos o desincentivos razonables para que los productores japoneses se comportaran de la forma apropiada, con lo que se cumplía el primer criterio. Sin embargo, el Grupo Especial observó que esta circunstancia no bastaba por sí sola para asegurar el cumplimiento, porque con posterioridad a la conclusión del acuerdo celebrado entre los Estados Unidos y el Japón sobre los semiconductores (en el que se adoptó este compromiso) en septiembre de 1986, algunos productores y exportadores siguieron realizando prácticas de dumping. Al solicitar la presentación de datos sobre precios y costos y al establecer previsiones regulares sobre la oferta y la demanda, el Gobierno del Japón se aseguró del cumplimiento efectivo. Por lo tanto, el Grupo Especial determinó que el Gobierno del Japón había creado una estructura administrativa que servía "para ejercer la máxima presión posible sobre el sector privado" a fin de que éste cumpliera la orientación administrativa no vinculante. En consecuencia, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la única diferencia existente entre esta orientación y las obligaciones formales jurídicamente vinculantes "era de forma y no de fondo"⁶⁰⁹, y que, por tanto, la orientación administrativa era una "medida" en el sentido del artículo XI.

6.100 Los **Estados Unidos** aducen que los precedentes del GATT no confirman que la orientación administrativa deba ser "vinculante" para constituir una medida en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. A juicio de los Estados Unidos, el único precedente que el Japón cita en este sentido es el del asunto *Japón - Semiconductores*, que trata de presentar como pertinente en este caso porque no se formula ninguna distinción entre las expresiones "una medida" del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII y "otras medidas" del artículo XI. Sin embargo, a juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial no

⁶⁰⁵*Japón - Comercio de semiconductores*, IBDD 35S/130, páginas 174 y 175, párrafo 107.

⁶⁰⁶*Ibíd.*, página 175, párrafo 108.

⁶⁰⁷*Ibíd.*

⁶⁰⁸*Ibíd.*, páginas 175 y 176, párrafo 109.

⁶⁰⁹*Ibíd.*, página 179, párrafo 117.

debe aplicar el doble criterio utilizado en ese caso para determinar si las contramedidas relativas a la distribución a las que se refiere el presente caso constituyen medidas en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

6.101 En primer lugar, según los Estados Unidos, el Japón alegó en esa diferencia que las "medidas" no obligatorias que habían dado motivo a la diferencia no eran restricciones en el sentido del párrafo 1 del artículo XI.⁶¹⁰ La cuestión planteada en la presente diferencia, por el contrario, es si la medida impugnada es "una medida" que anula o menoscaba ventajas en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. En segundo lugar, el significado del término "medidas" con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII no debe confundirse con la cuestión de si una medida tiene un efecto que el GATT se propone impedir. El Grupo Especial del caso *Japón - Semiconductores* se centró en determinar si la medida tenía el efecto de prohibir o limitar la exportación de semiconductores. Por lo tanto, examinó si las acciones adoptadas por el Gobierno del Japón prohibían a los fabricantes la exportación a precios de dumping o si les ofrecían incentivos para no hacerlo. En opinión de los Estados Unidos, se trata de una cuestión diferente de determinar si las contramedidas relativas a la distribución han tenido el efecto de alterar la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales. Una medida no obligatoria no puede tener el mismo efecto que las "restricciones" o "prohibiciones" en el sentido del párrafo 1 del artículo XI si no es jurídicamente vinculante o no impone una obligación equivalente. Pero una medida no obligatoria puede ciertamente tener la consecuencia de afectar negativamente a las oportunidades competitivas de los productos importados.

6.102 El **Japón** responde que, como tanto el caso *Japón - Semiconductores* como el presente se refieren a una orientación administrativa no obligatoria, la conclusión del Grupo Especial del caso *Japón - Semiconductores* brinda un punto de referencia útil para el caso presente al determinar lo que constituye una "medida" a los fines de las reclamaciones sin infracción de disposiciones. El Japón considera que los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para distinguir el artículo XI del artículo XXIII no son convincentes porque en ambas disposiciones el término "medida" es seguido por una puntualización que vincula la "medida" al propósito funcional de esa disposición, y no se introduce ninguna distinción expresa entre las "medidas" a los fines del artículo XI y una "medida" a los fines del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII. El Japón observa asimismo que, aunque los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial del caso *Semiconductores* no respalda el argumento del Japón porque llegó a la conclusión de que "todas las medidas [...] quedaban regidas, independientemente de su condición jurídica", el Grupo Especial declaró más adelante que "no se podía considerar que todas las peticiones carentes de obligatoriedad fuesen medidas comprendidas en el artículo XI.1" y aplicó sus "dos criterios esenciales" a las "peticiones carentes de obligatoriedad."

6.103 El Japón aduce asimismo que la cuestión de si una orientación administrativa japonesa constituye una "medida" también se planteó en el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Productos agropecuarios*.⁶¹¹ La cuestión se planteó en el marco del apartado c) i) del párrafo 2 del artículo XI, que establece una excepción al artículo XI

⁶¹⁰Ibíd., página 174, párrafo 106. El Grupo Especial observó "que el artículo XI.1, a diferencia de otras disposiciones del Acuerdo General, no hacía referencia a leyes o reglamentaciones sino, en términos más amplios, a medidas. De esa terminología se desprendía claramente que todas las medidas impuestas o mantenidas por una parte contratante que restringieran la explotación o la venta para la exportación de un producto quedaban regidas, independientemente de su condición jurídica, por esa disposición". Ibíd.

⁶¹¹Adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 35S/185.

respecto de las restricciones a la importación de productos agropecuarios que sean necesarias para la ejecución de "medidas" que tengan por efecto restringir la producción nacional. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que las restricciones a la producción con arreglo a una orientación administrativa no constituían "medidas" en el sentido de esa disposición. A juicio del Japón, este tipo de orientación reglamentaria, en la que se insta a los sujetos a actuar de forma contraria a su propio interés comercial, se puede distinguir claramente de la orientación indicativa de que se trata en el caso presente. El Japón observa asimismo que el no cumplimiento de la orientación en el caso *Japón - Productos agropecuarios* dio lugar a la pérdida de la posibilidad de recibir subvenciones o préstamos gubernamentales.⁶¹²

6.104 En respuesta al argumento del Japón en el sentido de que la orientación administrativa examinada por los Grupos Especiales de los casos *Japón - Productos agropecuarios* y *Japón - Semiconductores* instaba a la rama de producción a actuar de forma contraria a su propio interés, los **Estados Unidos** sostienen que no es necesario que una acción o política gubernamental sea adversa al interés de la rama de producción para que constituya una medida. Los Estados Unidos aducen que, si fuera así, ninguno de los casos anteriores relativos a subvenciones en el marco del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII hubiera sido favorable. A juicio de los Estados Unidos, el significado real de la cuestión planteada por el Japón es que un gobierno puede utilizar medios menos formales y menos enérgicos para llevar a cabo sus políticas si la rama de producción tiene una actitud receptiva a esas políticas. El hecho de que el gobierno pueda lograr fácilmente sus objetivos debido a la receptividad de la rama de producción no exonera al gobierno de la responsabilidad por la introducción de modificaciones en las condiciones de competencia resultantes de esas medidas. A juicio de los Estados Unidos, el Japón ha admitido que la orientación administrativa del MITI sobre las contramedidas relativas a la distribución interesaba a los fabricantes, que se beneficiarían de los canales de distribución sistematizados.

6.105 Los Estados Unidos sostienen asimismo que cuando el Gobierno del Japón imparte orientación a la industria, expresa la política del Gobierno y actúa para desarrollar, difundir y sancionar esa política. El Japón debe ser considerado tan responsable de los efectos derivados de ese tipo de medidas como de los efectos derivados de una medida que es "jurídicamente vinculante", en el sentido en que esa expresión es utilizada por el Gobierno del Japón. Una conclusión en contrario haría aceptable toda colaboración entre el Gobierno y la industria, inmunizando efectivamente las orientaciones administrativas, los ajustes concertados y la política industrial del Japón de toda impugnación ante la OMC. Tal resultado significaría que la OMC autorizaría un plan cuidadoso y calculado para contrarrestar y socavar las concesiones arancelarias. Esto haría que numerosos países que otorgaron difíciles concesiones en la Ronda Uruguay se preguntaran por qué ellos deben cumplir sus compromisos. Sería una invitación manifiesta a que los países practicasen nuevas formas de política industrial restrictiva de las importaciones y de intervención gubernamental proteccionista.

c) Imputabilidad de las medidas al Gobierno

6.106 El **Japón** alega que los informes, planes y manuales de los comités consultivos, la redacción de códigos y la constitución de consejos que reglamentan las promociones no son medidas en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII porque esas medidas son imputables al sector privado y no al Gobierno del Japón.

⁶¹²Ibíd., páginas 268 a 272, párrafos 5.3.5.1 a 5.3.8.1.

6.107 Los **Estados Unidos** responden que no están impugnando prácticas comerciales privadas, sino medidas del Gobierno del Japón. La expresión "una medida" que figura en el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII es suficientemente amplia como para abarcar no sólo las acciones del gobierno, sino las medidas concebidas, dictadas o aplicadas por diversos consejos, comités, centros, asociaciones comerciales y otras entidades paraestatales que incluyen a participantes del sector privado y actúan bajo la autoridad o de forma concertada con ministerios y organismos del Gobierno del Japón. En cada una de las esferas principales en las que el Japón ha aplicado contramedidas relativas a la liberalización, es decir, las contramedidas relativas a la distribución, la Ley de Grandes Tiendas y medidas conexas, y las contramedidas relativas a las promociones, el Gobierno del Japón ha recurrido ampliamente a organismos paraestatales para aplicar las políticas gubernamentales. Esas entidades no actúan con independencia de la autoridad o dirección gubernamental. Las medidas elaboradas o aplicadas por esas entidades son medidas en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

6.108 Según los Estados Unidos, para que la reestructuración del sistema de distribución de materiales fotográficos realizada por el Japón tuviera éxito, era necesaria "una estrecha relación entre el Gobierno y las empresas".⁶¹³ El Gobierno y el sector privado cooperan provechosamente porque "ha habido históricamente una estrecha relación entre el Gobierno y los círculos empresariales" y "existe en los círculos empresariales un fuerte deseo de evitar la confrontación con el Gobierno, incluso si ella estima que el organismo administrativo ha actuado sin tener facultades legales para hacerlo".⁶¹⁴ Dados los fuertes vínculos existentes entre el Gobierno y los círculos empresariales, el Gobierno del Japón ha podido basarse en métodos informales así como en medidas formales para imponer sus políticas.⁶¹⁵ Los Estados Unidos sostienen que el MITI a menudo se basa en las orientaciones administrativas informales para lograr sus objetivos en materia de políticas.⁶¹⁶

6.109 Los Estados Unidos aducen que el Gobierno del Japón ha fomentado, como parte de su mecanismo de política industrial, una estrecha relación entre el Gobierno y el sector privado, basada en el enfoque descrito en un documento del MITI titulado "El establecimiento de un Nuevo Orden Industrial".⁶¹⁷ Este documento introdujo el concepto de "ajuste concertado" entre el Gobierno y el sector privado para formular y aplicar la política industrial y las contramedidas relativas a la liberalización. De hecho, en la Historia del MITI se hace notar la importancia de la iniciativa del Nuevo Orden Industrial en la aplicación de las contramedidas relativas a la liberalización.

"Al plasmarse el nuevo orden industrial, podría resultar eficaz que la meta específica se establezca mediante la cooperación entre el Gobierno y las empresas; estas últimas realizan esfuerzos para alcanzar el objetivo, y mientras las empresas procuran alcanzar su objetivo, el Gobierno adopta medidas preferenciales en materia de tributación y financiación. Por supuesto, en este proceso el Gobierno y las

⁶¹³Matsushita Mitsuo, *El comercio internacional y la legislación sobre la competencia del Japón* (Oxford: Oxford University Press, 1993), página 276, Ex. 93-1 de los Estados Unidos.

⁶¹⁴Ibíd., páginas 67 y 276.

⁶¹⁵Ibíd., página 277.

⁶¹⁶Ibíd., página 60.

⁶¹⁷MITI, *El establecimiento de un Nuevo Orden Industrial*, Ex. 62-5 de los Estados Unidos.

empresas recurrirán reiteradamente a la persuasión y a la afirmación de sus pretensiones y este esfuerzo debe proseguir hasta que ambas partes queden satisfechas".⁶¹⁸

6.110 Aunque la Dieta japonesa no aprobó la "Ley de medidas especiales para la promoción de la reforma empresarial en determinadas ramas de actividad", que se basaba en el Establecimiento de un Nuevo Orden Industrial, el MITI adoptó medidas alternativas para aplicar la iniciativa del Nuevo Orden Industrial y el concepto de ajuste concertado. En junio de 1964, el Ministro de Comercio Exterior y de Industria, Sr. Takeo Fukuda, presentó una declaración de política ante el Consejo de Ministros, titulada "La política futura después del fracaso de las medidas especiales para la promoción en determinadas industrias", que el Consejo de Ministros aceptó.⁶¹⁹ En esa declaración se esbozó la manera en que el MITI aplicaría su sistema de coordinación entre el Gobierno y el sector privado, considerado en el Establecimiento del Nuevo Orden Industrial. La historia oficial del MITI, publicada en 1990, confirma que el Japón aplicó efectivamente el enfoque del Nuevo Orden Industrial a la coordinación entre el Gobierno y el sector privado:

"Se abría camino la idea de que había llegado el momento de adoptar contramedidas relativas a la liberalización y de trabajar en la creación de un Nuevo Orden Industrial. Por ende, se adoptó la decisión de llevar a la práctica el ideal de la cooperación entre el sector público y el sector privado en cada rama de producción, mediante una orientación administrativa."⁶²⁰

6.111 Los Estados Unidos alegan asimismo que en virtud del proceso de ajuste concertado, la decidida participación de las ramas de producción en las primeras etapas del proceso de elaboración de políticas ayuda a asegurar que la aplicación efectiva se pueda lograr más tarde utilizando medidas informales, tales como la orientación administrativa, sin que el Gobierno del Japón tenga que dictar leyes o reglamentos más formales. La participación de las asociaciones industriales, los consejos consultivos y otras entidades políticas paraestatales, a su vez, incrementan las "presiones del medio" generadas en el proceso de política industrial para asegurar el cumplimiento de las medidas adoptadas.

6.112 Los Estados Unidos sostienen que, teniendo en cuenta que la rama de producción nacional participa activamente y que sus intereses se tienen plenamente en cuenta en la etapa inicial de elaboración de las medidas, éstas a menudo confirman acciones que las empresas nacionales ya están adoptando en el mercado. Los Estados Unidos estiman que sólo cuando es imposible aplicar medidas mediante este enfoque el MITI aplica medidas formales. Los Estados Unidos expresan que, con este fin, una parte importante de la aplicación de las orientaciones administrativas es el seguimiento constante por parte del Gobierno, a fin de asegurar que se han adoptado las acciones deseadas, asistir a algunos segmentos del sector privado para que actúen en su propio interés, y seguir ejerciendo presión sobre las empresas que pueden sentirse inclinadas a mantenerse al margen de la orientación. Los Estados Unidos hacen notar que un método común de dicho seguimiento consiste en seguir estudiando la rama de producción y señalar y criticar públicamente a las empresas que no cumplen la orientación.

⁶¹⁸Ibíd., página 9, Ex. 62-5 de los Estados Unidos.

⁶¹⁹MITI, Historia de la política industrial, volumen 10, 31 de marzo de 1990, páginas 82 y 83, respuesta de los Estados Unidos a preguntas complementarias del Grupo Especial, Ex. 7 de los Estados Unidos.

⁶²⁰Ibíd.

6.113 A juicio de los Estados Unidos, la utilización en este caso del método de "ajuste concertado" inclusive la aplicación de orientaciones administrativas, hace recordar las conclusiones del Grupo Especial del asunto *Japón - Productos agropecuarios*, que afirmó que la práctica de la orientación administrativa "desempeñaba un papel importante" en el Japón y había sido "un instrumento tradicional de la política gubernamental del Japón basada en el consenso y en las presiones del medio".⁶²¹

6.114 El **Japón** sostiene que los Estados Unidos tratan de presentar al Japón como un país inusual que tiene prácticas únicas, diferentes a las de cualquier otro país del mundo. A juicio del Japón, los Estados Unidos han centrado una atención especial en las relaciones entre el Gobierno y las empresas, y sugieren que toda interacción entre el Gobierno y las empresas es algo de algún modo extraño. El Japón responde que los Estados Unidos tratan de deformar y exagerar las relaciones existentes entre el Gobierno y las empresas en el Japón. En realidad, todos los gobiernos, incluido el de los Estados Unidos, interactúan con las empresas.⁶²² La interacción entre el Gobierno y las empresas en el Japón no es inusual, en particular porque los propios Estados Unidos reconocen desempeñar ese papel con respecto a su sector privado.

d) Medidas "aplicadas" y medidas "en vigor"

6.115 El Japón señala que muchas de las alegaciones de los Estados Unidos en el caso presente se refieren a "medidas" que ya no están en vigor (es decir, las políticas de modernización de la distribución en los decenios de 1960 y 1970) o a la aplicación pretérita de medidas actualmente existentes (es decir, la Ley de Establecimientos Minoristas en Gran Escala y la Ley de Premios). El Japón hace hincapié en que el procedimiento de solución de diferencias de la OMC está destinado a resolver diferencias que versan sobre políticas actuales que afectan al comercio, y no para servir como un tribunal histórico o para tratar de castigar o dejar sin efecto supuestas transgresiones del pasado.

6.116 El Japón sostiene que la redacción del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII deja en claro que el concepto de anulación o menoscabo sin infracción se debe aplicar cuando se anula o menoscaba una ventaja mediante la aplicación de una medida, sea o no "contraria" a las disposiciones del GATT. Dado que el texto se refiere a la anulación o

⁶²¹*Japón - Productos agropecuarios*, adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 35S/185, párrafo 5.4.1.4.

⁶²²En una comunicación presentada en la OCDE en 1968, los Estados Unidos explicaron lo siguiente:

"El Departamento de Comercio ocupa un lugar central en las relaciones del Gobierno con las empresas. A lo largo de los años, el Departamento ha sido acusado de hablar en nombre de las empresas en el seno del Gobierno. Resulta claro que no es eso lo que ocurre actualmente: el Departamento habla con las empresas, y no en nombre de ellas, y esta diferencia está lejos de ser meramente verbal. Actualmente se considera que la tarea del Departamento consiste en identificar las cosas que se deben hacer en favor del interés público y a las cuales la comunidad empresarial no ha prestado atención suficiente, o que las empresas no pueden hacer porque no están adecuadamente organizadas con ese propósito. El Departamento reúne a los integrantes de las ramas de producción para examinar estos asuntos; cabe agregar que los empresarios son reacios a examinar algunos de tales asuntos en sus propias agrupaciones privadas a causa de las leyes antitrust." Véase US Industrial Policies: Observations Presented by the US Delegation before the Industry Committee at its 6th Session (OCDE, 1968), página 38, párrafo 113. Ex. F-3 del Japón.

menoscabo en tiempo presente, a consecuencia de la aplicación de una medida en tiempo presente, el sentido corriente de esta disposición, que utiliza los verbos en tiempo presente, limita, a juicio del Japón, el concepto de anulación o menoscabo sin infracción a las medidas que se aplican actualmente. Según el Japón, esta conclusión se ve reforzada por el párrafo 1 del artículo 26 del ESD, que establece que, aun cuando se haya llegado a la conclusión de que una medida anula o menoscaba ventajas con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, "no habrá obligación de revocar esa medida". En opinión del Japón, esta redacción indica claramente que se refiere a una medida controvertida que está actualmente vigente.

6.117 Según el Japón, como el GATT de 1994 "es jurídicamente distinto" del GATT de 1947, como se establece en el párrafo 4 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC, el GATT de 1994 no se debe aplicar retroactivamente a muchas de las supuestas "medidas" que ya no estaban en vigor antes de la entrada en vigor del GATT de 1994, el 1º de enero de 1995. Este criterio está en consonancia con el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativo al principio general de la no retroactividad de los tratados.⁶²³

6.118 El Japón alega asimismo que los precedentes del GATT respaldan el rechazo de las reclamaciones sin infracción formuladas por los Estados Unidos respecto de medidas japonesas pretéritas. En el caso *Estados Unidos - Gasolina*, el Grupo Especial estableció claramente que no se pronunciaría sobre medidas que no estaban en vigor y que era improbable que se renovaran.⁶²⁴

6.119 Los **Estados Unidos** no están en desacuerdo con el argumento básico del Japón, de que las medidas deben estar en vigor para anular o menoscabar concesiones arancelarias en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, aunque están en desacuerdo con algunos de los argumentos jurídicos del Japón y con su conclusión fáctica de que las medidas impugnadas en esta diferencia ya no están en vigor. En realidad, los Estados Unidos han demostrado que todas las medidas impugnadas están en vigor y están siendo reforzadas por el Gobierno del Japón. Los Estados Unidos han demostrado que el Japón ha seguido una línea de conducta constante a lo largo de más de 25 años y que sus acciones más recientes deben considerarse apropiadamente como medidas auxiliares que refuerzan las contramedidas relativas a la distribución, así como una prueba de que las medidas originales y las políticas en las que se basan siguen siendo aplicadas por el Gobierno del Japón. Los principios reconocidos de la responsabilidad de los Estados ofrecen un apoyo adicional a la conclusión de que el Japón debe ser apropiadamente considerado responsable por sus acciones, como consecuencia de su permanente línea de conducta.⁶²⁵

⁶²³El artículo 28 de la Convención de Viena estipula lo siguiente: "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo."

⁶²⁴"El Grupo Especial observó que los grupos establecidos de conformidad con el Acuerdo General no se habían pronunciado, por regla general, sobre medidas que en el momento en que se establecía el mandato del grupo no estaban en vigor ni lo estarían." WT/DS2/R, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, adoptado el 20 de mayo de 1996, página 43, párrafo 6.19.

⁶²⁵Véase, por ejemplo, el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, en el que se establece:

"2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos se producirá en el momento en que se realice la acción u omisión de la serie que determine la existencia del

6.120 Los Estados Unidos señalan que algunos grupos especiales han llegado incluso a la conclusión de que algunas medidas, antes de su revocación, eran contrarias a las normas del GATT, aunque ya no estaban en vigor en el momento en que el grupo especial realizaba sus deliberaciones.⁶²⁶ No sucede así en el caso de las medidas impugnadas en la presente diferencia.

6.121 Los Estados Unidos explican que cuando el Japón se basa en las conclusiones del asunto *Estados Unidos - Gasolina* para respaldar sus argumentos comete un error. Esa diferencia se refería a una medida que nunca se había aplicado, y que había expirado de forma positiva y oficial antes del establecimiento del grupo especial. Las partes reclamantes habían sostenido que la no aplicación de la medida no debía impedir que el grupo especial se pronunciara sobre ella porque "la mera existencia de [la medida] podía tener efectos inhibidores en decisiones relacionadas con el comercio y las inversiones" y "la posibilidad de su aplicación en el futuro bastaba para constatar la existencia de una violación del artículo I."⁶²⁷ A juicio de los Estados Unidos, los hechos fundamentales en la diferencia *Estados Unidos - Gasolina* son considerablemente diferentes de los hechos fundamentales planteados en la presente diferencia. En primer lugar, las contramedidas relativas a la distribución se han aplicado y se están aplicando, mientras que "la regla del 75 por ciento" que se impugnaba en el asunto *Gasolina* había expirado sin que se hubiese aplicado jamás. En segundo lugar, las contramedidas relativas a la distribución no tienen una fecha concreta de vencimiento, mientras que la duración de la regla del 75 por ciento se había establecido claramente en la reglamentación. Y, en tercer lugar, las contramedidas relativas a la distribución siguen estando en vigor, incluso después de establecido el mandato del Grupo Especial, mientras que el Grupo Especial del asunto *Gasolina* llegó a la conclusión de que la regla del 75 por ciento no surtiría efecto con posterioridad a su expiración.

6.122 Los Estados Unidos alegan asimismo que los grupos especiales que han examinado previamente la cuestión de las medidas que ya no están en vigor examinaron medidas que, de forma incuestionable, ya no estaban en vigor, lo que no sucede, en opinión de los Estados Unidos, en el caso planteado en la presente diferencia. Los Estados Unidos

hecho compuesto. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período desde la primera de las acciones u omisiones que en conjunto constituyan el hecho compuesto que no esté con conformidad con la obligación internacional y mientras se repitan esas acciones u omisiones."

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, volumen II, parte II, páginas 31 y 32 (Naciones Unidas 1981). Véase también el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1978, volumen II, parte II, páginas 88 a 96 (Naciones Unidas 1979) (comentario sobre el artículo 25).

⁶²⁶Véase, por ejemplo, el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* ("*Estados Unidos - Camisas de tejidos de lana*", adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/R, página 92, párrafo 8.1; Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Medidas de la CEE en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal*, adoptado el 14 de marzo de 1978, IBDD 25S/53; Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá*, adoptado el 22 de febrero de 1982, IBDD 29S/97, 114, párrafo 4.3.

⁶²⁷*Estados Unidos - Gasolina*, WT/DS2/R, página 8, párrafo 3.10. Los Estados Unidos añaden que el Grupo Especial no examinó la medida en el marco del párrafo 1 del artículo I por diversas razones, entre ellas la de que "el Grupo Especial se había establecido cuando [la medida] había dejado de surtir efecto". *Ibíd.*, página 43, párrafo 6.19.

sostienen que virtualmente todas las medidas aplicadas por el Japón están en vigor actualmente. El Japón no ha demostrado en absoluto lo contrario.

6.123 Los Estados Unidos explican también que las contramedidas relativas a la distribución adoptadas por el Japón, que bloquean el acceso de las películas extranjeras a los principales canales de distribución al por mayor, la Ley de Grandes Tiendas que apuntala estas medidas y limita los canales alternativos de acceso al mercado por medio de las grandes tiendas, y las contramedidas relativas a la promoción, que limitan las promociones innovadoras y eficaces destinadas a los consumidores japoneses, siguen surtiendo el efecto de limitar severamente las oportunidades competitivas de los productos importados en la actualidad.

6.124 Según los Estados Unidos, utilizando las contramedidas relativas a la distribución el Japón ha establecido un sistema de distribución al por mayor de carácter excluyente, que podría funcionar sin límite de tiempo con escasa intervención adicional del Gobierno, debido a la estructura oligopólica del sector japonés de las películas fotográficas y a la aplicación que realiza el Gobierno de la Ley de Grandes Tiendas y la Ley de Premios, así como de las contramedidas relativas a la promoción que guardan relación con ellas.

6.125 Los Estados Unidos aducen asimismo que, a pesar de que el sistema excluyente establecido por las contramedidas relativas a la distribución tiene la característica de perpetuarse a sí mismo, el Japón sigue reforzando y complementando esas medidas. En primer lugar, continúa aplicando la Ley de Grandes Tiendas y las contramedidas relativas a la promoción. En segundo lugar, el Gobierno del Japón sigue apoyando la estructura del sistema mediante programas de asistencia a las empresas. En tercer lugar, la aprobación de la Ley de Reforma de la Empresa y la designación inicial del sector de materiales fotográficos para recibir asistencia en el marco de esta medida general demuestran que el Japón sigue realizando esfuerzos para apuntalar la estructura del sistema siempre que se presenta la necesidad de ello. En opinión de los Estados Unidos, estas acciones del Gobierno del Japón demuestran la existencia de esfuerzos activos y continuados destinados a reforzar el sistema establecido por las contramedidas relativas a la distribución adoptadas inicialmente, de modo que siga siendo un baluarte contra la penetración de las importaciones.

6.126 Los Estados Unidos insisten en que un pronunciamiento de este Grupo Especial respecto de si las contramedidas relativas a la distribución están o no en vigor enviará una señal importante a los Miembros que contemplan la posibilidad de utilizar medios informales y efímeros con objetivos proteccionistas. Se debe establecer la responsabilidad de los Miembros respecto de las medidas que superficialmente pueden aparecer como de corta duración, pero que en realidad provocan distorsiones duraderas en la relación de competencia entre los productos nacionales e importados. Si se disculpa a los Miembros en estas circunstancias, ello crearía una importante excepción a las normas y disciplinas de la OMC.

6.127 El **Japón** aduce asimismo que, en relación con el requisito del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, en el sentido de la anulación o menoscabo de una ventaja debe resultar de la "aplicación" de una medida, la parte reclamante debe demostrar de qué manera la "aplicación" de una medida a productos concretos anula o menoscaba ventajas con respecto a esos productos. Como la ventaja consiste en expectativas legítimas relativas a las oportunidades de competencia de los *productos* importados, de ello se desprende que, para que una medida anule o menoscabe esa ventaja, se debe "aplicar" a los productos en cuestión. A juicio del Japón, como la reclamación sin infracción de disposiciones se basa en concesiones arancelarias sobre productos, no basta con nombrar una ley y afirmar que

existen algunas consecuencias económicas sobre determinados productos.

e) Las medidas y la estructura del mercado

6.128 Los **Estados Unidos** sostienen que la aplicación continuada de las contramedidas relativas a la distribución, la Ley de Establecimientos Minoristas en Gran Escala y las contramedidas relativas a la promoción han seguido anulando o menoscabando las ventajas de los Estados Unidos, debido a: 1) la exclusión respecto de los principales canales de distribución al por mayor como resultado de las contramedidas relativas a la distribución; 2) la marcada disminución de canales alternativos (es decir, grandes tiendas y mayoristas secundarios); y 3) la imposibilidad de fijar precios y promover los productos de manera eficaz y competitiva como consecuencia de las restricciones establecidas en la Ley de Premios y la Ley Antimonopolio. En opinión de los Estados Unidos, estas medidas anulan o menoscaban las ventajas resultantes para los Estados Unidos, no sólo de la Ronda Uruguay, sino también de la Ronda de Tokio y la Ronda Kennedy.

6.129 El **Japón** responde que los Estados Unidos de hecho están reclamando contra las estructuras del mercado, en particular las decisiones adoptadas por los mayoristas primarios de los fabricantes nacionales de películas fotográficas, de no vender otras marcas de películas, y las relaciones existentes entre los fabricantes nacionales y los laboratorios fotográficos, que están en vigor desde mediados del decenio de 1970. Según el Japón, los Estados Unidos no alegan la existencia de ninguna otra medida adicional a partir de aquella época, que supuestamente aliente la distribución de una sola marca.⁶²⁸ En opinión del Japón, al parecer los Estados Unidos consideran que la existencia continuada de una estructura de mercado -es decir, la distribución de marca única- supuestamente alentada por las políticas adoptadas en el pasado, constituyen una "aplicación continuada" de las medidas. El Japón aduce que una estructura de mercado no debe ser considerada como una medida. Como una "medida" debe ser aplicada por un Miembro de la OMC, el término "medida" debe referirse exclusivamente a las políticas y acciones de un gobierno.⁶²⁹ En opinión del Japón, las decisiones de ciertos mayoristas primarios de comprar películas sólo a determinados proveedores son, en tanto que tales, un asunto de carácter puramente privado. El Japón admite que los Estados Unidos pueden creer que estas decisiones de empresas privadas constituyen prácticas comerciales restrictivas. Sin embargo, a juicio del Japón no cabe duda de que las presuntas prácticas comerciales restrictivas no están abarcadas por el actual sistema de solución de diferencias del GATT.

6.130 El Japón aduce que los Estados Unidos no han señalado ningún obstáculo legal o impuesto por el Gobierno que impida que los mayoristas adquieran otras marcas de películas o que los laboratorios fotográficos utilicen otras marcas de papel. El Japón sostiene que los Estados Unidos ni siquiera han tratado de señalar ninguna participación

⁶²⁸El Japón hace hincapié en que las supuestas "contramedidas relativas a la distribución" de los decenios de 1960 y 1970 ya no están en vigor. Según el Japón, los propios Estados Unidos mencionan al pasar las Directrices de 1990. En opinión del Japón, dado que los propios Estados Unidos han instado a la rama de producción japonesa a aplicar estas directrices, no resulta sorprendente que los Estados Unidos mencionen esas directrices sólo al pasar, y que no hagan ningún esfuerzo por incorporarlas a su teoría jurídica.

⁶²⁹El artículo II del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio indica que la OMC constituirá el marco para el desarrollo de relaciones comerciales "entre sus Miembros" (párrafo 1 del artículo II) y explica que los acuerdos "son vinculantes para todos los Miembros (párrafo 2 del artículo II). Los recursos de la OMC deben girar asimismo en torno a los Miembros, es decir, los gobiernos.

activa del Gobierno japonés que actualmente siga alentando o mantenga las estructuras de mercado que son objeto de su reclamación. En consecuencia, el Japón considera que las reclamaciones estadounidenses relativas a la "aplicación continuada" de "contramedidas relativas a la distribución" se reducen a alegaciones acerca de prácticas comerciales privadas que están completamente al margen del alcance del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

6.131 Los **Estados Unidos** responden que no alegan en la presente diferencia que la estructura del mercado sea una medida, sino que el sistema de distribución japonés, sometido a estrangulamiento, brinda una prueba decisiva de los esfuerzos sistemáticos del Gobierno del Japón por impedir el acceso a los mercados de las películas y el papel importados. Aunque una estructura de mercado no es intrínsecamente una medida en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, las acciones adoptadas por el Gobierno del Japón para crear y mantener una estructura de mercado excluyente en el sector japonés de materiales fotográficos sí constituyen medidas. Por consiguiente, los Estados Unidos alegan que las características de la estructura del mercado de películas y papel fotográficos de consumo del Japón son claramente pertinentes en la presente diferencia. Si bien la existencia permanente de una estructura de mercado excluyente refleja, a juicio de los Estados Unidos, la aplicación continuada de las medidas, los Estados Unidos hacen hincapié en que no están reclamando en la presente diferencia que la conducta puramente privada sea una medida. En cambio, los Estados Unidos reclaman que las medidas concebidas dictadas o aplicadas por diversos consejos, comités, centros, asociaciones comerciales y otras entidades paraestatales, que han incluido a participantes del sector privado, y que actúan bajo la autoridad o de forma concertada con ministerios y organismos gubernamentales japoneses, sí constituyen medidas. Los Estados Unidos sostienen que en cada una de las principales esferas en las que el Japón ha aplicado las medidas relativas a la liberalización, el Gobierno japonés ha utilizado ampliamente a las entidades paraestatales con el objeto de aplicar las políticas oficiales. En opinión de los Estados Unidos, esas entidades no actúan con independencia de la autoridad o dirección gubernamental.⁶³⁰ En consecuencia, los Estados Unidos consideran que las medidas elaboradas o aplicadas por esas entidades son medidas en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

6.132 El **Japón** aduce que el apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII se centra en las "medidas" porque el Acuerdo sobre la OMC se aplica sólo a las acciones *oficiales* y no a las acciones privadas. Por lo tanto, el requisito de que existe una "medida" crea una línea divisoria fundamental entre las acciones sometidas a las disciplinas de la OMC y las acciones que quedan al margen de las obligaciones de la OMC. La OMC refleja adecuadamente la ausencia de un consenso internacional en el sentido de ir más allá de los actos oficiales para llegar a la conducta del sector privado. El Japón alega que las presuntas "medidas" identificadas por los Estados Unidos son únicamente análisis o sugerencias de órganos consultivos, así como la autorregulación de las ramas de producción, que constituyen meramente una conducta del sector privado.

2. **LAS "CONTRAMEDIDAS" RELATIVAS A LA DISTRIBUCIÓN**

6.133 Los **Estados Unidos** precisan las siguientes contramedidas relativas a la distribución como objeto de su reclamación conforme al apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII:

⁶³⁰Véase *Examen general previsto en el artículo XVI.5* - Informe del Grupo Especial, adoptado el 24 de mayo de 1960, IBDD 9S/202, 206, párrafo 12 (en el que se explica que "el GATT no se ocupa de los sistemas aplicados por particulares que actúen con independencia de su gobierno").

- 1) Decisión del Consejo de Ministros de 1967;
- 2) Notificación 17 de 1967 de la JFTC;
- 3) Sexto Informe Provisional del Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial de 1968;
- 4) Séptimo Informe Provisional del Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial de 1969;
- 5) Estudio sobre las condiciones de transacción de 1969;
- 6) Directrices para la racionalización de las condiciones de transacción en el sector de las películas fotográficas de 1970;
- 7) Reglamento N° 1 de la JFTC de 1971 (Notificación de contratos internacionales);
- 8) Plan Básico del Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución de 1971;
- 9) Manual del Centro de Desarrollo de la Sistematización de la Distribución de 1975;
- 10) financiación de los mayoristas de Konica por el JDB de 1976;
- 11) financiación de los laboratorios de tratamiento de las fotografías por la SMEA de 1977.

Estas medidas y los antecedentes que llevaron a su adopción se describen en detalle en la sección B de la parte II y en la sección A de la parte V *supra*.

6.134 Los Estados Unidos sostienen que las precedentes medidas son medidas gubernamentales y que siguen efectivamente en vigor.

6.135 El **Japón** responde que no son medidas gubernamentales a los efectos del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII y que no se hallan actualmente en vigor.

a) Imputabilidad al gobierno

6.136 El Japón admite que cuatro de los precedentes conceptos, es decir,

- 2) Notificación 17 de la JFTC;
- 7) Notificación de los contratos internacionales;
- 10) financiación por el Banco de Desarrollo del Japón;
- 11) financiación por la SMEA,

fueron en su tiempo "medidas". El Japón observa, no obstante, que los Estados Unidos aludieron por primera vez a estos cuatro conceptos en su primera comunicación al Grupo Especial, por lo que están sujetas a las objeciones del Japón en materia de procedimiento.

6.137 En opinión del Japón, la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 (concepto 1) no era una "medida" porque se trataba de una mera declaración de política emitida por el Consejo de Ministros, dirigida a los organismos públicos y que no obligaba jurídicamente a nadie ajeno a la administración a hacer nada. Sólo las actuaciones posteriores de los organismos podían constituir medidas, según las circunstancias particulares de cada actuación.

6.138 Los **Estados Unidos** replican que la Decisión del Consejo de Ministros contenía instrucciones tanto generales como concretas del Gobierno japonés para la puesta en práctica de contramedidas relativas a la liberalización y que los problemas a los que la Decisión se refería específicamente estaban relacionados con la liberalización del sector de la distribución.⁶³¹ Además, los Estados Unidos han demostrado también que los demás

⁶³¹Véase el párrafo 2.9 de la sección II.B.1.

documentos y actuaciones a que se refiere el Japón constituyen igualmente "medidas" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.⁶³²

6.139 A juicio del **Japón**, los restantes conceptos enumerados por los Estados Unidos no imponían obligaciones vinculantes ni su equivalente sustantivo. Ofrecían recomendaciones, que podían atenderse o no con carácter voluntario. El Japón sostiene que los Estados Unidos tratan de confundir una amplia gama de actuaciones en una única categoría omnicomprendensiva de "orientación administrativa". Pero, para el Japón, es decisivo tener presente que existe un solo caso de orientación administrativa en la lista de los Estados Unidos, es decir, las Directrices de 1970 (concepto 6). En opinión del Japón, los demás conceptos precisados por los Estados Unidos no llegan ni siquiera al nivel de la orientación administrativa.

6.140 Más concretamente, el Japón alega que las otras cinco pretendidas "medidas" referentes a las políticas en materia de distribución son informes o estudios:

- 3) Sexto Informe Provisional del Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial de 1968;
- 4) Séptimo Informe Provisional del Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial de 1969;
- 5) Estudio sobre las condiciones de transacción de 1969;
- 8) Plan Básico del Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución de 1971;
- 9) Manual del Centro de Desarrollo de la Sistematización de la Distribución de 1975.

6.141 El Japón hace hincapié en que ninguno de estos informes de consejos consultivos representa una declaración o política oficial del MITI ni del Gobierno japonés. Los consejos consultivos desempeñan simplemente una función de asesoramiento y sus informes se limitan a analizar cuestiones y a recomendar al Gobierno posibles respuestas normativas. Hay organizaciones privadas, como el Instituto de Investigaciones sobre la Distribución (Estudio de 1969), que hacen investigaciones y análisis y proporcionan información al Gobierno según convenga. Por lo tanto, el Japón llega a la conclusión de que estos informes no pueden considerarse como orientación administrativa.

6.142 El Japón explica que los informes de los consejos consultivos, como el Consejo de Estructura Industrial y el Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución, no reflejan la política oficial del Gobierno, sino que constituyen etapas en el proceso de formulación de esa política. Analizan cuestiones y recomiendan posibles respuestas normativas. Si bien estos informes arrojan luz sobre el proceso de elaboración de decisiones del MITI orientado a modernizar la distribución, en sí mismos no deciden nada, porque la legislación habilitante del Consejo de Estructura Industrial permite a éste únicamente presentar sus opiniones al Ministro de Comercio Exterior y de Industria. No existe pues, según el Japón, ninguna delegación de facultades en la adopción de decisiones. El Japón señala que, conforme a su derecho, los organismos administrativos no están jurídicamente obligados a atenerse a la opinión de sus consejos consultivos. Como observa un destacado estudioso del derecho administrativo japonés:

⁶³²Véanse las subsecciones VI.C.1 a) y c) sobre "Orientación administrativa" e "Imputabilidad de las medidas al Gobierno", y en particular los párrafos 6.94 y 6.108.

"Hablando en términos generales, la razón de ser de los consejos es democratizar la administración, introducir conocimientos profesionales, garantizar la equidad de los actos administrativos y/o poner de acuerdo a las partes interesadas [...] Un consejo es cosa diferente de un comité administrativo independiente. No expresa la intención del gobierno ante el público. Aunque, como consecuencia natural, el organismo administrativo tenga que respetar las opiniones del Consejo no está jurídicamente obligado por ellas."⁶³³

El Japón explica que, en la práctica, los organismos adoptan algunas veces las sugerencias y recomendaciones de sus consejos, y otras veces no. En consecuencia, el Japón llega a la conclusión de que sus informes no son declaraciones oficiales del Gobierno japonés y, por consiguiente, no pueden constituir "medidas" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.

6.143 En cuanto a la pretensión del Japón de que el Grupo Especial no considere los diversos estudios, informes u otras actuaciones distintas de las Directrices como medidas del Gobierno japonés, los **Estados Unidos** responden que cada una de las organizaciones cuasi gubernamentales que llevan a cabo los estudios, informes u otras actuaciones está estrechamente vinculada con el Gobierno y en muchos aspectos actúa como brazo del Gobierno en el proceso de "ajuste concertado". En muchos casos, el MITI dejó en claro que los informes y demás documentos debían considerarse como política oficial del Gobierno, muchas veces reeditando reiteradamente la encuesta o estudio a nombre del MITI y con la clara indicación de que el documento representaba la política del Ministerio.

6.144 Por ejemplo, con respecto al Consejo de Estructura Industrial, los historiadores oficiales del MITI han explicado que:

"El Consejo se integró en general con representantes de las industrias pertinentes y grupos de personas con experiencia universitaria (como estudiosos, periodistas y antiguos burócratas), mientras la dependencia o la división competente del MITI actuaba como oficina de secretaría. A este Consejo se solían presentar los materiales del MITI, se le indicaban las políticas, en él se oían las opiniones pertinentes de las industrias afectadas, los expertos hacían los ajustes, tras lo cual las oficinas pertinentes recopilaban la información. Éste era el proceso normal. Dadas sus grandes dimensiones e influencia, como resultado de su relación con el comercio y la industria, en 1964 se fusionó el Comité de Estudio de la Estructura Industrial con el Consejo de Racionalización Industrial, creando así el Consejo de Estructura Industrial (ISC). A medida que se hacía necesario, se fueron creando varios comités. Esta estructura hizo posible alcanzar el consenso dentro de la industria o entre la industria y la administración; y funcionó como una organización eficaz para obtener la cooperación entre los sectores público y privado."⁶³⁴

⁶³³Hiroshi Shiono, Gyoseiho I (Derecho Administrativo I) (2ª edición, 1994), página 265, Ex. B-6 del Japón.

⁶³⁴MITI, MITI History: "Public-Private Sector Cooperation", volumen 1 (31 de mayo de 1991), página 62, Ex. 69 de los Estados Unidos y First Panel Meeting, US Response to Supplemental Panel Questions, apéndice 22.

6.145 Los Estados Unidos observan además que los estudiosos japoneses confirman la función normativa desempeñada por las entidades cuasi gubernamentales en el logro de la cooperación entre los sectores público y privado:

"Hay una tendencia a criticar estos consejos considerándolos cautivos del ministerio y, ciertamente, los burócratas se esfuerzan por que las deliberaciones terminen por reflejar sus opiniones. En la práctica, sin embargo, no es cierto que sólo queden reflejadas en los informes de los grupos las cosas que quiere el ministerio, porque en cuestiones que afectan directamente a los intereses de las empresas, los representantes del sector suelen pronunciarse con energía. En realidad, sobre estas cuestiones, los consejos adquieren los matices de un foro en que las partes pueden poner a punto propuestas que reflejen sus intereses comunes. De este modo, las propuestas aprobadas por estos consejos, es decir, que se han negociado para que reflejen los intereses respectivos, pueden luego ponerse en práctica con relativa facilidad, por lo menos por lo que se refiere a las industrias representadas en los consejos pertinentes. En este sentido, el proceso mediante *Shingikai* [consejos deliberativos] es una novedad explícitamente democrática en el Gobierno japonés de la posguerra. Un punto que debe subrayarse acerca de estos consejos es su papel en el intercambio de información y en el logro de consensos sobre temas de política."⁶³⁵

i) Las Directrices de 1970: antecedentes, publicación y seguimiento

6.146 Los Estados Unidos argumentan que para desarrollar y ejecutar su política industrial, el Gobierno japonés se basa en gran parte en diferentes tipos de entidades cuasi gubernamentales, inclusive consejos deliberativos, comités consultivos, grupos de estudio, institutos de investigaciones, cámaras de comercio y asociaciones sectoriales. Estas organizaciones han desempeñado una función central en el empleo que ha hecho el Japón del método de la cooperación entre el Gobierno y la industria (*kanmin kyochō seido*) para poner en práctica sus contramedidas relativas a la liberalización. La participación de estas entidades en el proceso de "ajuste concertado" aumenta la "presión interna" del sector sobre las entidades que lo integran para que cumplan las políticas industriales adoptadas por el Gobierno.

6.147 Los Estados Unidos comunican que en 1963, el MITI instruyó a los cuatro fabricantes de películas y papel fotográficos para que establecieran el Consejo de Fomento de la Fotografía en Colores Naturales (NCPPC) para hacer frente a la competencia extranjera. Los funcionarios del MITI, inclusive el encargado del sector de los materiales fotosensibles, asistieron a las sesiones del Consejo y recomendaron políticas concretas para ayudar al Consejo a conseguir sus objetivos. Según los Estados Unidos, a mediados del decenio de 1960, el MITI trabajó en el desarrollo del "sistema de cooperación entre los sectores público y privado" en el sector de las películas y el papel fotográficos de consumo y echó los cimientos para trabajar con los fabricantes nacionales con miras a reestructurar el sistema de distribución a efectos de resistir la competencia extranjera tras la liberalización de las restricciones formales al comercio y las inversiones.

6.148 Los Estados Unidos afirman que, en 1968, tras el Sexto Informe Provisional del Comité de Distribución, el MITI encargó al Instituto de Investigaciones sobre la Distribución, como organización afiliada al MITI, que hiciera una encuesta sobre las condiciones de transacción en varios sectores, inclusive el de las películas fotográficas, encuesta que se terminó en 1969. Como conclusión del estudio se informó de que los

⁶³⁵Ryutaro Komiya, *Industrial Policy of Japan* (Academic Press Japan, Inc. 1988), páginas 15 a 18, Ex. 59 de los Estados Unidos.

fabricantes extranjeros planteaban una amenaza al sistema oligopolístico de distribución dominado por Fuji y Konica y se destacó que la racionalización y la normalización de las condiciones de transacción era importante para atender a esta inquietud.

6.149 Según los Estados Unidos, sobre la base del Estudio de 1969, la Oficina de Actividades Empresariales del MITI preparó para el sector fotográfico Directrices sobre las condiciones de transacción que se publicaron en septiembre de 1969 en una revista de esa industria. El proyecto de directriz abogaba por cada una de las tres condiciones de las operaciones de importancia para la keiretsunización de la distribución, es decir, el acortar los plazos de pago y utilizar más los descuentos por cantidad, así como las rebajas progresivas. Los Estados Unidos observan que, si bien el Japón niega el haber promovido las rebajas progresivas, este proyecto de directrices publicado afirmaba que, "con respecto a los descuentos, debían fomentarse agresivamente las rebajas progresivas para facilitar las operaciones de gran volumen".

6.150 Los Estados Unidos prosiguen afirmando que, en marzo de 1970, el MITI publicó la versión definitiva de las Directrices para la normalización de las condiciones de transacción en el sector de las películas fotográficas⁶³⁶ que abogaban por la normalización⁶³⁷ de las condiciones de transacción con el fin de "impedir la perturbación por el capital extranjero del orden comercial establecido". Las Directrices definitivas hacían notar que las condiciones entre fabricantes y mayoristas se hallaban ya en un estado conveniente, pero, en lo relacionado con los mayoristas primarios y los mayoristas secundarios y minoristas, repetían la exhortación a que se establecieran plazos de pago más breves y se aplicaran descuentos por cantidad.

6.151 El **Japón** admite que las Directrices de 1970 constituían una forma de orientación administrativa. Sin embargo, a su parecer, ese solo hecho no demuestra que se tratara de "medidas" a los efectos de las reclamaciones en casos en que no existe infracción. En este aspecto, el Japón recuerda su argumento de que los Estados Unidos se basan en una caracterización distorsionada de la orientación administrativa en el sistema japonés, porque tratan de agrupar toda la orientación administrativa en una única categoría omnicomprendensiva de reglamentaciones oficiosas pero obligatorias. El Japón sostiene que no toda la orientación administrativa es de la misma índole. Con respecto a la cuestión de si la orientación administrativa constituye el equivalente sustantivo de la reglamentación formalmente obligatoria, el Grupo Especial sobre *Japón - Semiconductores* falló que cada conjunto de orientaciones debía evaluarse caso por caso y no fundándose en una regla mecánica.⁶³⁸

6.152 A juicio del Japón, un examen del contenido de las Directrices de 1970 deja claro que la actuación del Gobierno en este caso se reducía a la formulación de unas recomendaciones. El Japón hace hincapié en que el MITI se limitó a dar orientaciones en materia de promoción sin 1) ningún beneficio otorgado por la Administración vinculado con su cumplimiento y sin 2) ninguna sanción vinculada con su incumplimiento. En consecuencia, la orientación administrativa reflejada en las Directrices de 1970 no satisfacía

⁶³⁶MITI, "Guidelines for the Standardization of Transaction Terms for the Photofilm Industry", 1970, reimpresas en Zenren Tsuho, julio de 1970, Ex. 70-4 de los Estados Unidos.

⁶³⁷El Japón observa que en los Estados Unidos traducen siempre "tekisei(-ka)" como "normalización" en vez de la solución más precisa "racionalización". En opinión del Japón, si el original japonés hubiese querido decir "normalización", habría utilizado el término "ityoujun-ka".

⁶³⁸*Japón - Semiconductores*, IBDD 35S / 116, 154, párrafo 108.

los dos criterios esbozados en *Japón - Semiconductores*. El Japón explica la diferencia entre la orientación administrativa en *Japón - Semiconductores* y las Directrices de 1970 como se muestra en el cuadro a continuación:

**COMPARACIÓN DE LA ORIENTACIÓN ADMINISTRATIVA
EN EL ASUNTO JAPÓN - SEMICONDUCTORES Y EN
LAS DIRECTRICES DE 1970**

Grupo especial sobre semiconductores	Directrices de 1970
Petición concreta a las empresas de que no exportasen semiconductores a mercados de terceros países a precios inferiores al costo de producción (párrafos 99, 115) ⁶³⁹	Varias sugerencias generales sobre principios básicos para racionalizar las condiciones de comercio, sin ninguna instrucción concreta cuyo cumplimiento pudiera verificar el Gobierno del Japón
Requisitos obligatorios de recogida de datos impuestos a cada productor de semiconductores (párrafo 99)	Un único estudio fáctico antes de las Directrices; ningún sistema de recogida de datos después de la elaboración de las Directrices para medir el grado de su cumplimiento
El Gobierno del Japón creó la "obligación legal" de suministrar datos y estableció "graves" para su incumplimiento, inclusive multas y penas de prisión (párrafos 99, 113)	Ninguna pena en absoluto por el incumplimiento; algunas sugerencias fueron atendidas, otras no; ninguna base jurídica para aplicar penas
Vigilancia sistemática de precios y costos para "identificar con precisión" las empresas que no cumplieran con los requisitos en materia de dumping (párrafos 99, 113)	Ningún seguimiento concreto en el plano de las empresas; únicamente la solicitud por una sola vez de que la asociación informase en general sobre lo que se hacía; sólo respondió una de las tres asociaciones
Prácticas más rigurosas en la concesión de licencias de exportación, para mejorar la eficacia de los esfuerzos de vigilancia (párrafos 112, 116)	Ningún esfuerzo por ampliar el alcance de alguna otra ley para mejorar la observancia o para someter el sector a otros regímenes reglamentarios
Creó un nuevo sistema de previsiones trimestrales de la oferta y la demanda, con el desempeño por el Gobierno del Japón de una "función decisiva" en la aplicación del sistema (párrafos 99, 114)	Ningún nuevo sistema para confeccionar datos que sirviesen de orientación a la industria ni para vigilar el cumplimiento
Aplicación de un arreglo oficial internacional, con el compromiso formal del Gobierno de "velar" por que no hubiese dumping por parte de un tercero (párrafo 110)	Ningún acuerdo oficial internacional para procurar la racionalización de las condiciones de comercio; ningún compromiso oficial ante otro país
El mismo Gobierno del Japón había encarecido por escrito la eficacia de las medidas para cumplir su obligación de "velar" por la ausencia de dumping de un	Ninguna manifestación por escrito a otros países acerca de la eficacia de las Directrices de 1970 para el logro del objetivo.

⁶³⁹ Las referencias a números de párrafo son del informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Semiconductores*. IBDD 35S/116.

tercer país (párrafos 112, 116)	
---------------------------------	--

6.153 El Japón explica que el texto de las Directrices de 1970 y su carta introductoria a la industria de las películas ponían en claro que la observancia de las Directrices, aunque, como es obvio, recomendada, era puramente voluntaria. Según el Japón, en algunos casos, en concreto con respecto a la limitación de las rebajas, la industria prescindió en absoluto de las Directrices. Señala además que ningún beneficio de origen oficial dependía de la aplicación de las recomendaciones de las Directrices de 1970 y que el MITI no incitó al acatamiento de sus recomendaciones.⁶⁴⁰ El Gobierno japonés no ha celebrado ningún acuerdo oficial con otro país extranjero que obligue a la modernización de la distribución. El Japón destaca que el MITI no estableció ningún mecanismo institucional permanente que fuera "indispensable" para lograr la observancia de sus recomendaciones. Por consiguiente, según el parecer de ese país, las Directrices del MITI eran fundamentalmente diferentes de los esfuerzos del Ministerio por controlar los precios de los semiconductores. En lo que se refiere a estos últimos, el MITI trataba de presionar a las partes privadas para que actuaran en contra de sus intereses, tal como ellas los entendían, y a favor de una meta de orden público, es decir, dar cumplimiento al compromiso formal del Japón ante los Estados Unidos. No obstante, con respecto a las Directrices de 1970, se pidió a sus destinatarios que presentaran por una sola vez un informe sobre los progresos realizados en la puesta en práctica las recomendaciones de las Directrices, pero el presentar o no un informe y su eventual contenido quedaban librados a su discreción. El Japón alega que nada hizo el MITI cuando resultó evidente que algunas de las recomendaciones de las Directrices eran dejadas de lado. Para el Japón, el hecho de que dos decenios más tarde, el MITI se ocupara todavía de las mismas prácticas comerciales tradicionales en sus Directrices de 1990 muestra la diferencia entre las sugerencias del Ministerio y unas obligaciones reales jurídicamente vinculantes. El Japón argumenta que si las Directrices de 1970 hubiesen sido jurídicamente vinculantes, se habrían eliminado las prácticas comerciales problemáticas y no hubieran sido necesarias las Directrices de 1990. El Japón concluye que no había indicios de un sistema permanente de vigilancia y observancia establecido y administrado por el MITI.

6.154 Respondiendo al argumento del Japón de que las Directrices de 1970 eran meras sugerencias que su industria podía adoptar o rechazar según estimara conveniente, los **Estados Unidos** aducen que las Directrices de 1970 fueron precedidas y seguidas por una serie casi continua de medidas, inclusive encuestas y estudios llevados a cabo por orden del Gobierno japonés por organizaciones que controlaba o dominaba, informes y vigilancia del MITI sobre la aplicación de sus Directrices, y promulgación de contratos normalizados y guías para sectores concretos, con miras a conseguir la aceptación y aplicación de las medidas por parte de los interesados.

6.155 Los Estados Unidos cuestionan la afirmación del Japón de que el MITI nada hizo para complementar la emisión de las Directrices de 1970. Observan que, cuando publicó las Directrices en una revista del sector, el MITI explicó que las Directrices eran "abstractas" y "el máximo común denominador" y que se pedía a las asociaciones que formularan y aplicaran condiciones de transacción más concretas basadas en las Directrices e informaran al respecto al MITI para noviembre de 1970. Los Estados Unidos manifiestan que, respondiendo a la demanda del MITI, la asociación de los mayoristas de artículos fotográficos publicó prontamente un "Esbozo de operación" para poner en práctica las propias condiciones de transacción de la asociación basadas en las Directrices del MITI e

⁶⁴⁰El Japón observa que la carta introductoria de las Directrices de 1970 dice, "Esperamos que las partes en las transacciones comprendan la necesidad de racionalizar el comercio y hagan esfuerzos voluntarios con esta finalidad".

informaron de ello al Ministerio. Con respecto a las condiciones de pago, el Esbozo daba contenido concreto a la exhortación de las Directrices de que se acortaran los plazos de pago. En cuanto a las rebajas, el Esbozo afirmaba que, "con respecto a las rebajas relacionadas con la cantidad [volumen] éstas se adoptarán para la distribución en masa de productos en condiciones de una competencia sana y equitativa". Los Estados Unidos sostienen que, aunque el Esbozo no mencionaba la normalización de las condiciones de transacción, no obstante, equivalía en sí mismo a una actividad de normalización porque había sido elaborado por una asociación empresarial y se refería a las prácticas comerciales que la asociación se proponía aplicar.

6.156 Los Estados Unidos afirman, asimismo, que en 1971, el MITI volvió a publicar el informe del Estudio de 1969 sobre las condiciones de transacción en el sector de las películas fotográficas escrito originalmente por el Instituto de Investigaciones sobre la Distribución.⁶⁴¹ La reedición contenía además un amplio informe en el que se exponían las condiciones particulares de transacción en uso entre los fabricantes y cada mayorista primario (identificados genéricamente) y entre cada mayorista primario y los mayoristas secundarios. En opinión de los Estados Unidos, la publicación de esta información concreta prestaba apoyo a la normalización de las condiciones de transacción al permitir a los mayoristas primarios conocer las condiciones que ofrecían sus competidores. Los Estados Unidos subrayan que la nueva publicación del Estudio bajo el membrete del MITI ponía de relieve que el Estudio y las recomendaciones reflejaban la política del Ministerio.⁶⁴²

6.157 El **Japón** observa que una información como la de ejemplos de condiciones reales de transacción es muy común en esos estudios objetivos. No hay ningún indicio de que la encuesta evaluara ningunas condiciones concretas favorable o desfavorablemente, por lo que no podían constituir "objetivos".

6.158 Los **Estados Unidos** subrayan que, como parte del esfuerzo del MITI por sistematizar la distribución, en 1971 el Ministerio encargó a la Cámara de Comercio, junto con el Comité de Normalización de las Condiciones de Transacción, creado por el MITI y las asociaciones nacionales del sector de los materiales fotográficos, que redactara un "contrato modelo" basado en las condiciones de transacción normalizadas esbozadas en las Directrices del MITI de 1970 para el sector de las películas fotográficas. Al publicar en la primavera de 1972, el contrato normalizado de transacción para las películas fotográficas, la Cámara destacó que sus actuaciones se habían desarrollado a raíz de un mandato del

⁶⁴¹MITI Business Bureau, *Actual Conditions of Transaction Terms in the Wholesale Industry*, 21 de agosto de 1971, Ex. 20 de los Estados Unidos.

⁶⁴²Los Estados Unidos observan que la versión nuevamente publicada del Estudio hace notar sin ambages que el sector de las películas fotográficas "ha establecido un sistema de distribución dirigido por los fabricantes oligopolísticos". Continúa luego citando como dos amenazas a ese sistema oligopolístico: "en cuanto a futuros problemas, podemos citar el 'crecimiento de las rutas de venta al por menor (especialmente cadenas regulares y supermercados) distintas del canal de venta al detalle de material fotográfico y los cambios en las condiciones de transacción debido a este papel predominante", y en segundo lugar "los efectos de la plena participación de Eastman Kodak". Según los Estados Unidos, el Estudio se centraba en las condiciones de transacción como respuesta a estos desafíos. Con respecto a las rebajas, la encuesta afirmaba que se hacía demasiado hincapié en las rebajas, que daban una discrecionalidad apreciable a los vendedores, y no se ponía suficientemente el acento en las rebajas progresivas con normas claras que funcionaran como descuentos por cantidad. Pero los Estados Unidos alegan que existe un error de traducción del pasaje relativo a las rebajas en Ex. B-1 del Japón. Los Estados Unidos facilitaron las correcciones en Ex. 20 de los Estados Unidos, páginas 308 a 309.

MITI.⁶⁴³ Para los Estados Unidos, este relieve dado a la política del MITI era importante porque la Cámara tiene en el Japón amplias facultades para actuar en nombre del MITI en muchos programas oficiales, inclusive la administración de subvenciones y otros beneficios oficiales.

6.159 Según los Estados Unidos, el MITI siguió fomentando las condiciones normalizadas de transacción. En 1973, ese Ministerio publicó a nombre propio materiales para el Comité de Estabilización de las Condiciones de Transacción, organismo de carácter cuasi gubernamental.⁶⁴⁴ Al volver a publicar este material del Comité, el MITI observaba que también él "preveía continuar con las medidas para la normalización de transacciones". En consecuencia, el MITI encargó a la Cámara que publicara, en 1975, una recopilación y un comentario titulados "Recomendación sobre los contratos normalizados de transacción" (la "Orientación de la Cámara").⁶⁴⁵ La Orientación de la Cámara se ocupaba también de las condiciones de pago y los descuentos, entre otras condiciones del contrato normalizado. En lo referente a las condiciones de pago la Cámara de Comercio abundaba sobre la necesidad del pago mensual en efectivo y la utilización de pagarés con condiciones e intereses fijos, abogando una vez más por el acortamiento de los plazos de pago. Propugnaba además los descuentos por pago al contado para premiar el pronto pago de las cuentas. En cuanto a los descuentos por cantidad y las rebajas, la Orientación de la Cámara afirmaba que los descuentos por cantidad en el sector de las películas tenían "el mismo efecto que las rebajas". La Cámara declaraba que debían estipularse las condiciones de esos descuentos, pero no incitaba por lo demás a que se modificasen o eliminasen.⁶⁴⁶

6.160 Los Estados Unidos argumentan que, si bien el contrato normalizado de la Cámara no menciona la normalización de las condiciones de transacción, la propia publicación por el sector de la industria japonesa de un contrato normalizado equivale por sí misma a una

⁶⁴³"Se terminó y publicó el texto de un contrato normalizado de transacción para películas fotográficas, encargado a la Cámara de Comercio del Japón y basado en las "Directrices de la normalización de las operaciones para las películas fotográficas" del MITI. Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 1º de julio de 1972, página 20, Ex. 24 de los Estados Unidos.

⁶⁴⁴Las conclusiones del Comité afirmaban que "la normalización de las condiciones de transacción es indispensable para [...] sistematizar las actividades de distribución así como en calidad de contramedidas frente al capital extranjero".

⁶⁴⁵La Orientación de la Cámara reiteraba que las razones para promover las condiciones normalizadas de transacción abarcaban "establecer las normas de condiciones de transacción apropiadas para impedir el desorden en las operaciones consiguiente a la liberalización de capitales". Cámara de Comercio del Japón, recomendaciones sobre contratos normalizados de transacción, encargo del Ministerio de Comercio Exterior y de Industria, julio de 1975, página 3, Ex. 32 de los Estados Unidos. La Cámara hacía notar que preparaba los 14 contratos normalizados en cooperación con las "industrias interesadas sobre la base de las Directrices [del MITI]" y expresaba su "expectativa de que esas medidas se difundiesen aún más de modo que la idea subyacente de las Directrices se generalizase en el mundo de la empresa en general". *Ibíd.*, página 4.

⁶⁴⁶Los Estados Unidos afirman que la Cámara publicó en 1975 un comentario sobre los contratos normalizados, en el que se examinaba la vinculación entre los descuentos y las rebajas en el sector de las películas fotográficas. El contrato normalizado preveía también la solución de diferencias mediante arbitraje ante la Asociación de Arbitraje Comercial del Japón. Los Estados Unidos señalan que el Presidente y el Director Ejecutivo de la Asociación de Arbitraje son también directivos de la Cámara, que sus oficinas están situadas en la Cámara y que la Asociación de Arbitraje ha sido una entidad que ha servido de retiro para los funcionarios del MITI. The Japan Commercial Arbitration Association, Dantai Meikan, página 427, Ex. 86 de los Estados Unidos.

actividad de normalización. Los Estados Unidos observan que, respecto de las condiciones de pago, el contrato normalizado de la Cámara exhorta al pago en efectivo con periodicidad mensual, lo que representa un marco cronológico breve para la liquidación de las cuentas. En lo referente a los descuentos, el contrato normalizado propugna la utilización de los descuentos por cantidad y los que premian el pronto pago de las cuentas. Además, para seguir la difusión y la aplicación del contrato normalizado, en 1974 y en 1975 la Cámara, en cooperación con las asociaciones comerciales, celebró en varias ciudades "Sesiones explicativas para la difusión del contrato normalizado".

6.161 En opinión de los Estados Unidos, la aplicación y la normalización de las condiciones de transacción abogadas por el Gobierno japonés interesaban a los fabricantes. No obstante, puede resultar difícil unificar las condiciones de transacción de diferentes fabricantes, ya que la competencia por obtener mayoristas puede inducir a los fabricantes a concertar diferentes tratos. Los Estados Unidos subrayan que la vigilancia por el Gobierno de las condiciones de transacción y el apoyo oficial a su "normalización" puede constituir una disciplina contra la eventual resistencia de algún mayorista o minorista a estas condiciones. Dado que las condiciones de transacción abogadas en particular por el MITI no sirven necesariamente a los intereses de los mayoristas⁶⁴⁷, a juicio de los Estados Unidos, el Gobierno japonés tendría que extender ulteriores esfuerzos hacia el logro de un "ajuste concertado" con los mayoristas para poder conseguir unas condiciones de transacción normalizadas a ese nivel del proceso de distribución. Por consiguiente, cabría esperar de los minoristas la resistencia más enérgica y, por tanto, la mayor necesidad de que el Gobierno japonés crease premios y castigos de importancia para conseguir que los minoristas se ajustaran al sistema.⁶⁴⁸ Dados estos antecedentes, según los Estados Unidos, el Japón adoptó una serie de medidas para aplicar y normalizar las condiciones de transacción en el sector de las películas y el papel fotográficos.

6.162 Los Estados Unidos hacen hincapié en que la larga interacción entre el Gobierno y el sector privado, por ejemplo, en lo relativo a las condiciones de transacción, demuestra que el Gobierno japonés realizó grandes esfuerzos por cerciorarse de que sus políticas eran adoptadas. La reiterada promoción y vigilancia al respecto aumentaron la presión entre iguales y sirvieron como recordatorio constante de que el Gobierno controlaba estos cambios y los impulsaba. Además, en el método clásico de "ajuste concertado", el MITI no sólo proclamaba oficialmente, sino que, con objeto de formar consenso, hacía participar en el estudio, así como en la supervisión y el proceso de aplicación, a grupos interesados del sector. Los Estados Unidos sostienen que el MITI hizo también presión sobre el proceso cuando era necesario, completada con información concreta sobre las condiciones de transacción aplicadas por las diversas empresas, en la que se exponía en qué medida las industrias no se atenían a las políticas del MITI. Los Estados Unidos subrayan que la exposición pública, con la turbación que puede ocasionar, es una de las herramientas que el MITI utiliza para forzar a la aplicación de su orientación administrativa. Además, dar a conocer esta información concreta de las empresas facilitaba la normalización al permitir a

⁶⁴⁷El acortamiento de los plazos de pago de los fabricantes aumentaría la presión financiera sobre los mayoristas y la utilización de rebajas y descuentos por cantidad los ataría a un fabricante en particular y limitaría sus opciones en materia de proveedores. Por otra lado, si los mayoristas pudiesen imponer el mismo tipo de sistema a niveles más bajos de la distribución, obtendrían los mismos beneficios con respecto a los minoristas que las que los fabricantes obtienen como consecuencia de la aplicación de estas condiciones a los mayoristas.

⁶⁴⁸Los minoristas experimentarían el desplazamiento hacia arriba del poder económico y una pérdida de autonomía, sin que les quedase otro nivel más bajo del sistema de distribución al que recurrir.

cada compañía permanecer al corriente de las condiciones ofrecidas por sus competidores. En opinión de los Estados Unidos, el MITI ejercía además presión por conducto de la Cámara de Comercio, la que dispone de facultades apreciables para influir en la concesión o denegación de beneficios públicos y actúa a menudo como brazo recolector de información para el MITI. Por estas razones, los Estados Unidos sostienen que las medianas y pequeñas empresas tendrían que pensárselo dos veces antes de prescindir de la Orientación de la Cámara en materia de condiciones de transacción. Los Estados Unidos señalan, finalmente, que el MITI utilizó el extendido temor a la liberación de las inversiones en el sector fotográfico para ejercer presión sobre el sector para que adoptase las políticas que propugnaba en materia de condiciones de transacción.⁶⁴⁹

Por consiguiente, los Estados Unidos concluyen que el MITI se aseguró muy eficazmente de que el sector pusiese en práctica sus directrices.

6.163 El **Japón** responde que no se dio ningún paso para cerciorarse de que se aplicasen las Directrices de 1970, no se efectuó ninguna vigilancia de la medida en que se adoptaron las Directrices ni el MITI impuso ninguna sanción ni ejerció otros tipos de presión aun en el caso de que las Directrices no fuesen respetadas. El Japón observa, por ejemplo, que el "contrato normalizado" presentado por la Cámara de Comercio e Industria del Japón se elaboró a fin de estimular al sector privado para que utilizase formularios escritos que hiciesen más transparente esos contratos, sin que hubiera intención de normalizar ninguna condición de transacción en concreto. El Japón hace también notar, que en cualquier caso, plantea un grave problema cronológico tratar de vincular las Directrices en 1970 y la reforma real de las condiciones de transacción o el desarrollo de una distribución de marca única como sostienen los Estados Unidos.

ii) El Manual de 1975

6.164 Los **Estados Unidos** aducen asimismo que en 1975 el Centro de Desarrollo de la Sistematización de la Distribución, afiliado al MITI, publicó el Manual de sistematización de la distribución por la industria: cámaras y películas fotográficas⁶⁵⁰, preparado en colaboración con grupos del sector, fabricantes de cámaras, fabricantes de películas, mayoristas de cámaras y películas, minoristas de cámaras y películas y editores de publicaciones de la industria de las cámaras y las películas. El Manual de 1975 informaba en detalle sobre las tendencias de la distribución en el sector y hacía varias recomendaciones concretas para combatir el aumento de la competencia de Kodak, inclusive la normalización de las condiciones de transacción, inclusive descuentos y rebajas, la creación del Comité de Materiales Fotosensibles para la sistematización de la distribución por parte del sector (cámaras-películas) en el marco del Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución⁶⁵¹ y la promoción de vinculaciones informáticas (realizada por el MITI en años

⁶⁴⁹Como expresa un artículo de una revista del sector de 1976 presentado por el Japón, "éste es el año [de la] liberalización del 100 por ciento del capital de la industria de fabricación de películas fotográficas [...] la novedad más temida por los fabricantes de material fotosensible". Los Estados Unidos informan también de que el artículo prosigue afirmando que, en previsión de las posibles inversiones de Kodak en el Japón, el sector había puesto en práctica hasta la perfección las contramedidas correspondientes".

⁶⁵⁰Véase la subsección II.B.2 e) *supra*, en particular los párrafos 2.23 a 2.25, y Ex. 75-5 de los Estados Unidos.

⁶⁵¹Véase la subsección II.B.2 d) para una descripción del Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución, en particular, el párrafo 2.20.

posteriores).⁶⁵²

6.165 El **Japón** señala que el Manual de 1975 es un informe preparado por una empresa pública, pero no por el MITI, por lo que no puede ser considerado como "orientación administrativa" ni como declaración de una política gubernamental oficial japonesa. El MITI encargó el trabajo como contribución a su política de aliento a la modernización de la distribución. El Japón señala que nada hay en el Manual mismo ni en el historial de las actuaciones posteriores de la industria que autorice a pensar que las recomendaciones del informe fuesen aprobadas por el MITI e impuestas luego como obligaciones formal o informalmente vinculantes. Aunque el Manual se terminó, el Japón subraya que el MITI nunca lo comunicó oficialmente al sector. Según el Japón, la prueba más concluyente de la actitud ambivalente del sector ante el Manual de 1975 le da la respuesta de dicho sector a la sistematización de la información. Fuji no estableció vinculaciones informáticas con sus mayoristas primarios hasta 1989.

b) Vigencia actual

6.166 Con respecto a las medidas concretas en materia de distribución de que se trata, el Japón subraya que sólo uno de los conceptos expresamente señalados por los Estados Unidos (es decir, la notificación de los contratos internacionales) seguía en vigor cuando el Grupo Especial inició sus actuaciones.

i) Informes, estudios, planes y manuales

Según el Japón, los siguientes cinco informes o estudios nunca constituyeron en absoluto actividades gubernamentales:

- 3) Sexto Informe Provisional del Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial de 1968;
- 4) Séptimo Informe Provisional del Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial de 1969;
- 5) Estudio sobre las condiciones de transacción de 1969;
- 8) Plan Básico del Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución de 1971;
- 9) Manual del Centro de Desarrollo de la Sistematización de la Distribución de 1975.

Además, toda pertinencia sustantiva que pudiesen tener estos informes terminó cuando el consejo fue atendido o dejado de lado.

ii) La financiación del JDB/SMEA y la notificación de los contratos internacionales

6.167 Con respecto a cuatro de los conceptos impugnados por los Estados Unidos, el Japón admite que constituyeron alguna vez "medidas", a saber:

- 2) Notificación 17 de 1967 de la JFTC;
- 7) Notificación de los contratos internacionales de 1971;
- 10) financiación del JDB en 1976;

⁶⁵²Véase la subsección VI.D.3 f) sobre "Vínculos electrónicos de información" *infra* para un análisis del fomento por el MITI de las vinculaciones informáticas, en particular, los párrafos 6.380 y 6.381.

11) financiación de la SMEA en 1967.

6.168 En cuanto a su vigencia actual, el Japón señala que las alegaciones acerca de la financiación por la SMEA en 1967 y el préstamo del JDB a Konica en 1976 fueron en realidad acontecimientos concretos que ocurrieron y concluyeron hace más de dos decenios.

6.169 Según el Japón, el requisito de la notificación de los contratos internacionales seguía teóricamente en vigor el 20 de mayo de 1997, pero existía ya una proposición de ley de abrogación de esta medida. La ley fue de hecho promulgada y entró en vigor en junio de 1997, haciendo innecesaria la notificación a la JFTC de los contratos internacionales. Simultáneamente, conforme al artículo 6 de la Ley Antimonopolio se abolió el Reglamento N° 1 de la JFTC. Además, según el parecer del Japón, esta medida nunca favoreció las películas o el papel fotográficos nacionales.

6.170 Los **Estados Unidos** destacan que el Japón puede señalar sólo dos contramedidas relativas a la distribución que, según afirma revocó la Notificación 17 de la JFTC y la Decisión del Consejo de Ministros de 1967. Queda mucho menos claro que lo que pretende el Japón en qué medida estas medidas son ineficaces y no se hallan ya en vigor.

iii) La Notificación 17 de 1967 de la JFTC

6.171 El **Japón** afirma que la Notificación 17 de la JFTC fue oficialmente abolida en abril de 1996, por lo que no puede estar en vigor y, en consecuencia, queda fuera del ámbito de las presentes actuaciones.

6.172 Aunque los **Estados Unidos** admiten que la Notificación 17 ha sido abrogada, sostienen que hay otras disposiciones que hacen irrelevante dicha abrogación. Según los Estados Unidos, las primas de los fabricantes a los mayoristas continúan sometidas a la Designación 9 de la JFTC de la Notificación 15 de 1982 de la JFTC, es decir, la disposición por la que se rige el empleo de "incentivos injustos" conforme a la Ley Antimonopolio. Esa designación prohíbe ofrecer premios que excedan de la "práctica comercial normal". Dado que la Notificación 17 fijó la práctica del sector durante 19 años, para los Estados Unidos es por lo menos dudoso si las restricciones actuales de la Designación 9 diferirán en algo de la situación existente conforme a la Notificación 17.

6.173 El **Japón** responde que la Designación 9 de la JFTC no viola los Acuerdos de la OMC. Además, sostiene que los Estados Unidos mencionan una medida o política que no fue enumerada en su solicitud de un grupo especial. Por esta razón, el Japón alienta al Grupo Especial para que desestime las reclamaciones de los Estados Unidos relativas a todas las medidas y políticas que ese país no indicó expresamente en su solicitud de un grupo especial, inclusive las reclamaciones concernientes a la Designación 9 de la JFTC.

iv) La Decisión del Consejo de Ministros de 1967

6.174 El Japón aduce que la Decisión del Consejo de Ministro de 1967 fue oficialmente abrogada el 26 de diciembre de 1980.

6.175 Si bien los **Estados Unidos** admiten que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 ha sido revocada, argumenta que la abrogación afecta únicamente a la parte de la decisión referente a los controles sobre las inversiones internacionales en el Japón. Los Estados Unidos no ven, sin embargo, indicio alguno que sugiera que la Decisión de 1980 revocó las políticas en materia de distribución y las contramedidas relativas a la liberalización aconsejadas por la Decisión de 1967. La Decisión de 1980 menciona

únicamente las medidas que se adoptarán para levantar las restricciones a las inversiones extranjeras en el país en armonía con la OCDE, pero no las contramedidas ni las políticas en materia de distribución. Las contramedidas relativas a la distribución derivan de un conjunto de medidas mucho más amplias y más recientes que la mera Decisión del Consejo de Ministros de 1967. Finalmente, los Estados Unidos pretenden que las Directrices del MITI de 1990 no han cambiado las políticas y medidas restrictivas del Ministerio.

6.176 El **Japón** responde que hay pruebas más que suficientes de que ninguna de las políticas en materia de distribución aludidas por los Estados Unidos está actualmente en vigor y que es imposible responder adecuadamente a esta afirmación porque los Estados Unidos no precisan qué medidas creen que son consecuencia de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967. No obstante, en opinión del Japón, si los Estados Unidos quieren dar a entender que la Decisión del Consejo de Ministros tuvo como consecuencia actuaciones gubernamentales distintas de las enumeradas en la solicitud de un grupo especial formulada por los Estados Unidos, no corresponde que este Grupo Especial se ocupe de esas actuaciones.

v) Las Directrices de 1970 y las Directrices de 1990

6.177 Aunque el Japón admite que las Directrices de 1970⁶⁵³ eran un acto gubernamental relativo a la industria de las películas, explica de la siguiente manera las razones por las que esta anterior actuación concreta del Gobierno carece ya de efecto: en opinión del Japón, las Directrices de 1970 nunca tuvieron un efecto vinculante, oficial u oficioso, por lo que nunca constituyeron "medidas" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, porque esas Directrices no estuvieron "en vigor", ni siquiera en un principio. Pero, incluso si se aceptase que las Directrices de 1970 constituyeron alguna vez "medidas" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII, el Japón arguye que, evidentemente, no están más en vigor dado que tras casi 30 años, el entorno empresarial ha cambiado tanto durante este largo período que ni el MITI ni la industria privada consideran que las Directrices de 1970 tengan ya ninguna pertinencia o efecto.

6.178 El Japón manifiesta además que los acontecimientos posteriores confirman que las Directrices de 1970 han perdido ya pertinencia desde hace tiempo. En 1984, la racionalización de las condiciones del comercio no constituía ya una cuestión prioritaria. El informe del Consejo de Estructura Industrial titulado "La distribución en el decenio de 1980"⁶⁵⁴, ni siquiera menciona las diversas directrices de racionalización del comercio emitidas en el período comprendido entre 1970 y 1972. El informe hace especial hincapié en responder a las necesidades de los consumidores y prestar apoyo a las empresas pequeñas y medianas.

6.179 Según el Japón, durante las conversaciones sobre la Iniciativa de los Estados Unidos y el Japón sobre obstáculos estructurales (SII), cuando los Estados Unidos abogaron por un renovado esfuerzo dirigido a incitar al sistema de distribución japonés que abandonase algunas prácticas tradicionales para adoptar otras económicamente más racionales, el MITI emitió en 1990 un nuevo conjunto de directrices sobre la distribución.⁶⁵⁵ Según el Japón, si las anteriores Directrices de 1970 hubiesen estado aún en vigor en algún sentido, cabría

⁶⁵³Ex. B-24 del Japón y Ex. 70-4 de los Estados Unidos. Véase la subsección II.B.2 c) *supra*.

⁶⁵⁴Industrial Structure Council, 80 Nendai no Ryuutsuu Sangyou Bijon (Distribution Vision for the 1980s), enero de 1984, Ex. F-6 del Japón.

⁶⁵⁵Ex. 90-5 de los Estados Unidos, Ex. B-22 del Japón.

esperar que las Directrices de 1990 analizaran las sugerencias anteriores, pero no fue así. En opinión del Japón, no es creíble que estas sugerencias del MITI de hace 27 años continúen constituyendo una actuación gubernamental en curso que sea hoy objeto apropiado del examen de la OMC.

6.180 Los **Estados Unidos** responden que ninguno de los argumentos presentados por el Japón conduce a la conclusión de que las contramedidas en relación con la distribución no se hallan actualmente en vigor y que han cambiado las políticas y medidas restrictivas del MITI. Los Estados Unidos sostienen que el Japón nunca ha dejado de intervenir en el sistema de distribución para el sector de los materiales fotográficos. Según los Estados Unidos, el Japón sólo puede señalar dos contramedidas relativas a la distribución que según alega haya revocado, es decir, la Notificación 17 de la JFTC y la Decisión del Consejo de Ministros de 1967. Los Estados Unidos afirman que la revocación de dos contramedidas relativas a la distribución y la promoción no significa que ninguna de las medidas comprendidas en estos dos grupos esté más en vigor. Tampoco la emisión de una directriz posterior sustituye las anteriores directrices y medidas relacionadas con la distribución. En consecuencia, los Estados Unidos no están de acuerdo en que estas medidas concretas, y en particular las políticas que les subyacen, hayan sido revocadas.

6.181 El **Japón** estima que las Directrices de 1990 del MITI se ocupaban exactamente de los mismos tipos de prácticas empresariales "irracionales" que los que fueron objeto de las Directrices de 1970, por ejemplo, rebajas, devoluciones y personal volante. Pero, para las Directrices de 1990, el estímulo de las importaciones fue el propósito que orientaba la atención hacia estas prácticas. El Japón señala que estas Directrices nacieron de la Iniciativa sobre obstáculos estructurales. En el Informe Final Conjunto de la SII, el MITI asumió el siguiente compromiso: "En cuanto a las prácticas comerciales relativas a la distribución, se procurará crear un entorno mejor desde el punto de vista del fomento de la competencia y la garantía de la apertura de los mercados".⁶⁵⁶ Más adelante en el informe, el MITI detallaba sus planes de emitir directrices sobre prácticas en materia de distribución.⁶⁵⁷

6.182 El Japón hace hincapié en que, en 1990, el MITI emitió directrices sobre la distribución en las que, a solicitud directa de los Estados Unidos, se instaba a la reforma de las prácticas comerciales "irracionales", para hacer que el mercado japonés fuese más accesible a las importaciones. En la diferencia actual, no obstante, los Estados Unidos argumentan que unas directrices de hace 20 años, que tratan del mismo asunto y hacen las mismas recomendaciones, estuvieron de algún modo implicadas en dificultar las importaciones. Para el Japón, es inconcebible que las mismas recomendaciones pudieran ser políticas antiimportaciones en 1970, para transformarse luego, de alguna manera, en 1990, en políticas proimportaciones.

6.183 Los **Estados Unidos** rechazan la afirmación del Japón de que las Directrices de 1990 del MITI revelan que las políticas del MITI en materia de distribución durante los últimos tres decenios no han tenido por fin fomentar una distribución excluyente y verticalmente oligopolística. Los Estados Unidos confirman que las Directrices de 1990 resultaron de la presión internacional sobre el Japón para que aumentase el acceso a su mercado, inclusive las conversaciones de la SII entre el Japón y los Estados Unidos. Sólo reaccionando ante esa presión, sostienen los Estados Unidos, introdujo el Japón directrices en las que se indicaba que "se necesitaba una armonía internacional" y que las empresas "deben velar por que sus

⁶⁵⁶Final Report on the Japan - US Structural Impediments Initiatives (SII), Actions on the Government of Japan Side, 28 de junio de 1990, página III-1, Ex. B-30 del Japón.

⁶⁵⁷Ibíd., página III-14, Ex. B-30 del Japón.

prácticas comerciales no se transformen en obstáculos para terceros [incluidos los proveedores extranjeros]".⁶⁵⁸ Los Estados Unidos señalan que esta declaración contrasta con las repetidas exhortaciones del Japón a que se adopten contramedidas "tendientes a impedir el desorden derivado de" la entrada de empresas de capital extranjero formuladas en muchos de los documentos clave de finales del decenio de 1960 y principios del de 1970.

Los Estados Unidos llegan a la conclusión de que las Directrices de 1990 se apartan en un importante aspecto de los múltiples documentos de política de finales del decenio de 1970 referentes a las condiciones de transacción.⁶⁵⁹

6.184 Los Estados Unidos explican que, sobre la base de las afirmaciones positivas del Japón en el contexto de la SII, han adoptado la postura de que las Directrices de 1990 encierran la posibilidad de ayudar a mejorar el acceso al mercado del sector de la distribución (como el Japón prometió) si el Japón aplica realmente las políticas indicadas en estas afirmaciones positivas. Sin embargo, en opinión de los Estados Unidos, el Japón no ha aplicado estas políticas en el sector de los materiales fotográficos ni en ningún otro sector. Ante la falta de aplicación por el Japón de estas políticas, los Estados Unidos declararon, en su comunicación al Japón sobre aspectos de la desreglamentación de noviembre de 1996⁶⁶⁰, que el Japón debe aplicar el contenido de estas Directrices. Como resultado de esta falta de aplicación, los Estados Unidos han concluido que el Japón, de hecho, no ha cambiado sus políticas básicas en materia de distribución ni tampoco ha aplicado en realidad las posturas declaradas en las Directrices de 1990 para corregir las estructuras restrictivas en el sistema de distribución de las películas y el papel fotográficos.

6.185 Para los Estados Unidos, al examinar la aplicación de las Directrices de 1990, es importante tener presente que el Japón aplicó sus políticas de distribución, a partir de los decenios de 1960 y 1970, no mediante un mero aviso de las Directrices en 1970, sino sobre la base del proceso de ida y vuelta del "ajuste concertado" entre el Gobierno y el sector. Ese proceso duró años y entrañó una permanente vigilancia del Gobierno y la consulta con la industria nacional, la formación de consenso, la publicación de informes y directrices, el seguimiento con más estudios y orientaciones para el sector. Los Estados Unidos subrayan que se necesitarían esfuerzos aun mayores del MITI para deshacer lo que ha hecho, en particular porque la formación de un acceso limitado de los extranjeros al sistema de distribución japonés era de interés para los fabricantes japoneses, mientras que su desmantelamiento plantearía un desafío directo al oligopolio de dos empresas, Fuji y Konica.

6.186 Los Estados Unidos sostienen que, hasta donde están informados, el Japón no ha emprendido ninguna medida en el sector de las películas y el papel fotográficos para vigilar la aplicación de las Directrices de 1990. En concreto, los Estados Unidos afirman que el MITI no ha puesto en práctica ninguna medida significativa para contrarrestar sus políticas sobre las condiciones de transacción ni para enfrentarse con la estructura restringida del

⁶⁵⁸Directrices de 1990, página 2, Ex. 90-5 de los Estados Unidos.

⁶⁵⁹En concreto, en lo relativo a las rebajas, las Directrices de 1990 subrayan que: "Es conveniente que los fabricantes se abstengan voluntariamente de ofrecer rebajas orientadas a mantener una relación basada en un *keiretsu* con objeto de impedir que los fabricantes ejerciten una influencia excesiva en las actividades comerciales de los detallistas". Directrices de 1990, página 8, Ex. 90-5 de los Estados Unidos.

⁶⁶⁰Submission by the US Government to the Japanese Government Regarding Deregulation, Administrative Reform and Competition Policy in Japan, 15 de noviembre de 1996, Ex. B-23 del Japón.

sistema de distribución de las películas y el papel fotográficos en el Japón. Además, según los Estados Unidos, el sistema de distribución excluyente permanece en pie en la forma en que existía en 1990 y continúa aplicándose en el sector un complejo sistema de rebajas y descuentos en diversos niveles del sistema de distribución.⁶⁶¹ En la interpretación que el Japón hace de la Ley Antimonopolio, se sigue previendo que la utilización de condiciones de transacción que se aparten de las condiciones normalizadas del sector puede constituir una práctica de comercio desleal y la Ley Antimonopolio continúa exigiendo que se comuniquen todos los contratos entre fabricantes extranjeros y distribuidores japoneses.

6.187 Por consiguiente, los Estados Unidos llegan a la conclusión de que -si bien las Directrices de 1990 diferían de las de 1970 en su intención de evitar algunos efectos negativos de los *keiretsu*- el Japón no ha aplicado las Directrices de manera que se obtengan resultados, como lo hizo con las Directrices de 1970. Los Estados Unidos adoptan la postura de que no hay ninguna incoherencia en pedir al Japón que aplique las políticas anunciadas en las Directrices de 1990, mientras observa que, hasta el momento, el Japón no lo ha hecho.

6.188 En cuanto a la opinión de los Estados Unidos de que las Directrices de 1990 están en conflicto directo con la pretensión relativa a las Directrices de 1970, el **Japón** se refiere a la solicitud de los Estados Unidos dirigida al Gobierno japonés y a las últimas recomendaciones de los Estados Unidos sobre desreglamentación, emitidas en cumplimiento del Acuerdo Marco entre los Estados Unidos y el Japón.⁶⁶² En opinión del Japón, los Estados Unidos instan a las empresas japonesas a acatar la actual orientación administrativa de 1990 sobre la reforma de prácticas comerciales irracionales e insisten simultáneamente ante este Grupo Especial en que la orientación análoga de 1970 ha violado los derechos de los Estados Unidos conforme al GATT. Según el parecer del Japón, las Directrices de 1990 no son diferentes de las de 1970 en cuanto promueven "un sistema de distribución libre, transparente y competitivo".

vi) Conclusiones

6.189 A juicio del Japón, las reclamaciones de los Estados Unidos se centran en el pasado y no en el presente. El Japón afirma que los conceptos concretos precisados por los Estados Unidos no están ya en vigor. Las políticas del MITI dieron como resultado en los decenios de 1960 y 1970 recomendaciones al sector sobre la manera de modernizar las prácticas de distribución. Esas recomendaciones se hicieron hace varios decenios y las empresas privadas las aplicaron o prescindieron de ellas siguiendo su propio criterio. Según el Japón, los cinco informes o estudios no constituyeron nunca en absoluto actuaciones de gobierno y la pertinencia sustantiva que pudiesen tener terminó cuando el asesoramiento fue atendido o dejado de lado.

6.190 El Japón admite que la prescripción de la notificación de los contratos internacionales en el Reglamento N° 1 de la JFTC seguía teóricamente en vigor al 20 de mayo de 1997, pero había una propuesta pendiente de la aprobación de la Dieta de abrogar

⁶⁶¹ Actual Rebate Conditions: Fuji Photo Film Co. Ltd., versus Eastman Kodak, Co., Toyo Keizai (24 de junio de 1995), Ex. 90 de los Estados Unidos.

⁶⁶² "Monitor and report on adherence by the Japanese business community to the MITI 1990 Guidelines on Business Practices in order to promote a free, transparent and competitive distribution system". Submission by the US Government to the Japanese Government Regarding Deregulation, Administrative Reform and Competition Policy in Japan, 15 de noviembre de 1996, página 7, Ex. B-23 del Japón.

esta medida a partir de junio de 1997. El Japón añade que esta ley en realidad se promulgó en junio de 1997, haciéndose así innecesario notificar los contratos internacionales a la JFTC. Simultáneamente, el Reglamento N° 1 de la JFTC fue abolido por el artículo 6 de la Ley Antimonopolio.

6.191 El Japón señala que las alegaciones sobre la financiación por la SMEA (1967) y el préstamo del JDB a Konica (1976) fueron acontecimientos relacionados con hechos concretos que ocurrieron y se acabaron hace más de dos decenios. A juicio del Japón, los Estados Unidos no han controvertido este hecho.

6.192 El Japón señala además que el documento *1995 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers* ("Informe NTE") de la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales establece que "las contramedidas relativas a la liberalización se aplicaron entre 1967 y 1984".⁶⁶³ Por lo tanto, según el parecer del Japón, los Estados Unidos dieron a entender que las políticas de distribución de que se trata terminaron hace unos 13 años. El Japón observa además que, en este Informe NTE, la expresión "contramedidas relativas a la liberalización" parece referirse a las políticas en materia de distribución y a las restricciones a las inversiones del MITI.⁶⁶⁴ No obstante, según el Japón, los Estados Unidos no han señalado ni pueden señalar ninguna actuación o política actuales del MITI referentes al sector de la distribución que de algún modo neutralicen o menoscaben ninguna concesión arancelaria. El Japón señala que los Estados Unidos no indican ni un solo concepto que se haya registrado después de 1977, es decir, hace casi 20 años y antes de las primeras concesiones arancelarias sobre películas y papel fotográficos en color como resultado de la Ronda de Tokio de 1979.

6.193 Los **Estados Unidos** argumentan que la larga vida de las contramedidas relativas a la distribución no entraña que no estén ya en vigor. Los Estados Unidos sostienen que la postura del Japón sugeriría que la legislación imperativa codificada hace tiempo ha de estimarse revocada si no se han adoptado medidas conforme a ella transcurrido un cierto tiempo. Los Estados Unidos objetan esta proposición porque no contempla la posibilidad de que una ley pueda ser observada por sí misma cuando ninguna parte la viola. Por consiguiente, los Estados Unidos rechazan la afirmación del Japón de que prácticamente ninguna de las contramedidas relativas a la distribución y la promoción está ya en vigor.

6.194 A juicio de los Estados Unidos, el Japón continúa reforzando y complementando estas contramedidas de diversas maneras decisivas. Primeramente, sigue haciendo cumplir la Ley de Grandes Tiendas y contramedidas relativas a la promoción que impiden la erosión del sistema al limitar las presiones competitivas que los grandes minoristas y fabricantes que tratan de irrumpir en él ejercerían de no permanecer estas limitaciones. En segundo lugar, el Gobierno japonés continúa prestando apoyo a la estructura del sistema mediante programas de asistencia a las empresas. En tercer término, el texto de la Ley de Reforma de la Empresa y su designación inicial del sector de los materiales fotográficos como objeto de asistencia en el marco de esta amplia medida demuestran el permanente esfuerzo del Japón por reforzar la estructura del sistema establecido con las contramedidas iniciales relativas a la distribución, a fin de que siga siendo un baluarte contra la penetración de las importaciones.

⁶⁶³United States Trade Representative (USTR), National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers (NTE Report) (1996) publicado en marzo de 1996, antes de que los Estados Unidos iniciaran este procedimiento ante un grupo especial.

⁶⁶⁴USTR, 1996 NTE Report, página 209, Ex. F-5 del Japón.

6.195 Los Estados Unidos destacan que estas medidas necesarias para mantener la estructura excluyente de la distribución son diferentes de las que se necesitan para empezar por crear la estructura. Por ejemplo, una vez que Konica hubo recibido una subvención del JDB y creado un nuevo centro conjunto de distribución con sus mayoristas, llegó a un nuevo y más estrecho grado de integración con esos mayoristas, en cumplimiento de la finalidad de la subvención. A partir de ese momento, ya no necesitó una subvención con el mismo propósito. Análogamente, las dimensiones del esfuerzo que el Gobierno japonés desarrolló para prestar su asistencia en la vinculación informativa inicial de Fuji con sus mayoristas sobrepasa lo que esa empresa necesita actualmente para mantener esos vínculos de información y el control sobre el sistema de distribución.

6.196 Los Estados Unidos afirman que, con respecto a la promoción de servicios conjuntos de distribución y vínculos de información entre fabricantes y distribuidores, no hay indicios de que haya cambiado la política que subyace a las actuaciones del Japón que, por el contrario, continúa siendo la política oficial del Japón.⁶⁶⁵ El hecho de que Fuji y Konica hayan creado estos sistemas y servicios de conformidad con las políticas del Japón y de que, por lo tanto, tal vez ahora necesiten menos asistencia y fomento de parte del Gobierno japonés sólo prueba que estas empresas se han ajustado a los deseos del Gobierno. Según los Estados Unidos, no ha habido esfuerzos apreciables del Japón por sugerir a alguna de estas dos empresas que cambie su manera de actuar en relación con los vínculos de información y los servicios conjuntos de distribución.

6.197 Los Estados Unidos arguyen además que, en el caso de las condiciones de transacción, no hay indicio alguno de que el Japón haya modificado sus políticas a favor de las condiciones normalizadas y ese país no ha hecho ningún esfuerzo significativo para poner en práctica cambios en las prácticas de rebajas y descuentos en el sector de las películas fotográficas. Según los Estados Unidos, Fuji continúa manteniendo un sistema altamente complejo de rebajas y descuentos. A falta de la enérgica aplicación de un cambio en la política por parte del Japón, el sistema de bonificaciones de Fuji continuará favoreciendo la "exclusividad de canal", las condiciones de transacción normalizadas continuarán sirviendo de patrón para juzgar si las condiciones no normalizadas son "prácticas de comercio desleal" y los reglamentos de notificación de contratos internacionales de la JFTC seguirán permitiendo el escrutinio automático de los contratos entre fabricantes extranjeros y mayoristas japoneses.⁶⁶⁶

6.198 En resumen, los Estados Unidos concuerdan con el Japón en la proposición de que una constatación de neutralización y menoscabo en casos en que existe infracción no sólo puede basarse en medidas que se hallen actualmente en vigor. Los Estados Unidos, no obstante no creen que el Japón haya presentado pruebas convincentes de que su intervención en la distribución del material fotográfico es meramente cosa del pasado.

6.199 El **Japón** argumenta que los Estados Unidos pueden adoptar la postura de que las

⁶⁶⁵Los Estados Unidos observan que el programa del JDB que proporcionó el préstamo a Konica sigue estando en vigor y que el Japón ha seguido en general propugnando y apoyando financieramente los servicios conjuntos de distribución y los vínculos electrónicos de información entre fabricantes, mayoristas y minoristas. Véanse, por ejemplo, las Directrices de 1990 del MITI, página 9, Ex. 90-5 de los Estados Unidos y el Photo Industry Information System Manual, Ex. 96 de los Estados Unidos.

⁶⁶⁶El Japón sostiene que en junio de 1997 se aprobó un proyecto de ley por el que se derogaba el requisito de notificación de los contratos internacionales y simultáneamente se abolió el Reglamento N° 1 de la JFTC, en virtud del artículo 6 de la Ley Antimonopolio.

medidas aducidas, incluso si ya no están en vigor son aún impugnables, porque sus "efectos" o "consecuencias" son sostenidos por otros conceptos no incluidos en el mandato. Pero el Japón entiende que no debe permitirse a los Estados Unidos que formulen esta argumentación. El Japón pone de relieve que lo importante sería saber si las supuestas medidas enumeradas por los Estados Unidos están *ellas mismas* en vigor o no. Ningún concepto ajeno al mandato de este Grupo Especial puede sustituir a los conceptos en él comprendidos. El Japón observa que los Estados Unidos no argumentaron que las supuestas medidas dentro del mandato y los conceptos fuera de él, en combinación, hayan ejercido ciertos presuntos efectos. Si los Estados Unidos creen que las supuestas medidas (en el mandato) están aún en vigor, tendría que haber presentado una "justificación detallada" para sostener que las presuntas medidas mismas siguen en vigor. En opinión del Japón, el intento de los Estados Unidos de señalar otros conceptos no satisface el requisito de la "justificación detallada".

3. ***LAS "CONTRAMEDIDAS" RELATIVAS A LA PROMOCIÓN***

a) Los consejos y los códigos

6.200 En cuanto a las cuestiones relacionadas con la JFTC, el **Japón** concuerda con los Estados Unidos en que las siguientes constituyen "medidas" gubernamentales en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII:

- i) la Ley de Premios (modificada);
- ii) las Notificaciones de la JFTC; y
- iii) la aprobación por la JFTC de códigos de competencia leal.

6.201 Los **Estados Unidos** indican que el sector privado desempeña una importante función en la observancia de las contramedidas del Japón relativas a la promoción en virtud del sistema de los llamados códigos de competencia leal y los consejos de comercio leal. Se afirma que, conforme a la Ley de Premios, el Japón ha delegado en consejos de comercio leal la función de sustitutos de la JFTC en materia de observancia. Los Estados Unidos aseguran que las asociaciones de los diversos sectores desempeñan una importante función en los consejos de comercio leal y que, en algunos casos, dominan los asuntos de un consejo determinado. Los Estados Unidos aclaran que en la presente diferencia les preocupan las actuaciones de las asociaciones sectoriales sólo en cuanto se refieren a un código o un consejo. En opinión de los Estados Unidos, el Japón debería considerarse responsable de un consejo cuya formación fomentó y aprobó, así como de las normas y los códigos promulgados por ese consejo.

6.202 Los Estados Unidos razonan que, aunque determinados aspectos de las contramedidas del Japón relativas a la promoción se aproximan a las facetas de las medidas en otros países, los Estados Unidos no conocen ningún caso de una nación cuyo régimen sea el del Japón. En particular, ninguna nación tiene un mecanismo para hacer cumplir la cooperación entre gobierno e industria análogo al sistema japonés de los "consejos de comercio leal" y los "códigos de competencia leal". Este sistema permite a las empresas poderosas y las asociaciones sectoriales formular un conjunto de normas sobre la competencia y, con ayuda del gobierno, imponer esas normas no sólo a los miembros de sus grupos sino también a los que no pertenecen a ellos.⁶⁶⁷ Los Estados Unidos arguyen

⁶⁶⁷Severe Restrictions Placed on Businesses for Premium Offers: Shatokuren Hears JFTC Explanations at Jyosui Kaikan on the 12th, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 20 de junio de 1967, Ex. 67-8 de los Estados Unidos.

que los "códigos de competencia leal" desempeñan un papel decisivo en la evaluación por la JFTC de la que constituyen "prácticas comerciales normales" en la aplicación de contramedidas relativas a la promoción. Si existe un código de competencia leal, el código se utilizará como norma. Si no existe ninguno, la JFTC hará una determinación tras investigar las prácticas comerciales de ese sector o emitirá una orientación al sector para que elabore un código de competencia leal. Esta estrecha relación entre gobierno e industria ha sido utilizada para ahogar la competencia extranjera, como cuando el Consejo de Promociones trabajó junto con la JFTC para socavar la campaña de las películas VR de Kodak incluso antes de que empezara.⁶⁶⁸

6.203 Según los Estados Unidos, el sector de los materiales fotográficos del Japón cuenta con cuatro consejos competentes:

- 1) el Consejo de Comercio Leal de los Fabricantes,
- 2) el Consejo de Comercio Leal de los Mayoristas,
- 3) el Consejo de Promoción Leal del Comercio en la Industria Fotográfica, y
- 4) el Consejo de Comercio Leal de los Minoristas.

Los Estados Unidos subrayan que con respecto a los dos consejos más pertinentes a su argumentación, es decir, el Consejo de Promoción y el Consejo de Comercio Leal de los Minoristas, las asociaciones sectoriales dominan las actividades y políticas de esos consejos.

6.204 El **Japón** sostiene que un código de competencia leal no constituye en sí mismo una "medida" del Gobierno del Japón por las razones siguientes: un código de competencia leal es un acuerdo, o contrato, entre miembros no gubernamentales del sector. Su observancia quedará, en definitiva, a cargo de la judicatura y la JFTC no tiene ninguna función que desempeñar en ese proceso. Sólo cuando las partes en el código dejen de observar la Ley de Premios, las Notificaciones, u otras reglamentaciones de la JFTC, será cuando la Comisión adopte alguna medida. Los miembros del sector pueden libremente optar por participar o no en el código. La JFTC no pide afiliaciones. Según el Japón, el fundamento de ese mecanismo es igualmente bien entendido en el extranjero: por ejemplo, las "Directrices sobre códigos de prácticas" preparados por la Oficina de Comercio Leal del Reino Unido afirman que "el código o los estatutos fijarán también las penalidades por el incumplimiento, comprendida la expulsión de la asociación".⁶⁶⁹ Análogamente, el Informe anual para 1987-1988 de la Comisión de Prácticas Comerciales de Australia expresa que "los códigos deben contener sanciones comercialmente significativas y realistas para asegurar su observancia".⁶⁷⁰

i) El Consejo de los Fabricantes

6.205 Los **Estados Unidos** argumentan que antes de la creación del Consejo de los Minoristas, el Japón estableció dos consejos de comercio leal en cooperación con las asociaciones de fabricantes y mayoristas. De conformidad con el artículo 10 de la Ley de Premios, la JFTC aprobó el 15 de octubre de 1965 el "Código de competencia leal sobre restricciones a las ofertas de premios en el sector de los fabricantes de cámaras fotográficas

⁶⁶⁸En opinión de los Estados Unidos, el Japón no adujo prueba alguna que contradijera el relato de los Estados Unidos de los acontecimientos relativos a la campaña de las películas VR. El Japón sostiene que las afirmaciones contenidas en la declaración jurada del Sr. Ishikawa Sumio esgrimida por los Estados Unidos no son en sustancia pruebas objetivas ni, por lo tanto, merecen fe.

⁶⁶⁹Ex. D-72 y Ex. D-73 del Japón.

⁶⁷⁰Trade Practices Commission, Annual Report 1987-1988, página 114, Ex. D-74 y Ex. D-44 del Japón.

y productos conexos" ("Código de los Fabricantes") "para permitir que este Código se cumpla fácil y eficazmente". El artículo 4 del Código de los Fabricantes estableció el Consejo de Comercio Leal del sector de los fabricantes de cámaras fotográficas ("Consejo de los Fabricantes"). El artículo 4 define los deberes del Consejo de los Fabricantes, entre los que figura la responsabilidad de "investigar a quien pueda haber violado el Código" y "adoptar las medidas necesarias contra los que hayan violado el Código".

6.206 El **Japón** hace notar que Kodak Japan Limited (Nagase Sangyo, hasta 1988) ha estado participando desde 1988 en el Consejo de los Fabricantes como fabricante de cámaras.

ii) El Consejo de los Mayoristas

6.207 Según los **Estados Unidos**, la JFTC aprobó análogamente el 29 de octubre de 1966 el "Código de competencia leal sobre restricciones a las ofertas de premios en el sector mayorista de las cámaras y productos conexos" ("Código de los Mayoristas"). El artículo 4 del Código de los Mayoristas estableció el Consejo de Comercio Leal en el sector mayorista de las cámaras y productos conexos ("Consejo de los Mayoristas"). El artículo 4-3 define los deberes del Consejo de los Mayoristas. Los artículos 5 y 6 autorizan al Consejo de los Mayoristas a investigar las violaciones y adoptar medidas contra los violadores, inclusive la imposición de multas.

iii) El Consejo de Promoción

6.208 Los Estados Unidos entienden que el Consejo de Promoción Leal del Comercio en la Industria Fotográfica ("Consejo de Promoción") es una asociación sectorial verticalmente integrada que representa todas las etapas de la distribución de materiales y equipo fotográficos, y en la que la asociación de distribuidores de materiales fotosensibles (*Shashoren*) y la Asociación de Minoristas (Zenren) son los principales beneficiarios de la organización. Los Estados Unidos señalan que la JFTC creó el Consejo de Promoción mediante orientación administrativa.⁶⁷¹

6.209 Según los Estados Unidos, el hecho de que la JFTC supervise el Consejo de Comercio Leal lo ilustra el artículo 17 de los Estatutos del Consejo de Promoción, donde se dispone que:

"La promulgación o la abolición de las disposiciones del presente Estatuto y los cometidos de este Consejo requerirán la aprobación previa de la Comisión de Comercio Leal del Japón."⁶⁷²

6.210 Según el parecer de los Estados Unidos, la delegación de facultades de la JFTC al Consejo de Promoción queda explicitada en el artículo 4, que confiere a este último varias facultades de aplicación. El artículo 4 dispone:

⁶⁷¹La directiva oficial del Consejo de Promoción declara que: "Este Consejo fue creado siguiendo la orientación de la Comisión de Comercio Leal del Japón en diciembre de 1982, con el fin de garantizar un sistema de comercio leal en la industria fotográfica, ahondar el intercambio de ideas y el entendimiento entre las empresas y contribuir al desarrollo de la industria". National Photographic Industry Fair Trade Promotion Council, N° 1, 29 de agosto de 1992, Ex. 92-7 de los Estados Unidos.

⁶⁷²Fair Trade Promotion Council Establishment: An Attempt to Improve the Structure of the Industry, Zenren Tsuho, enero de 1983, páginas 46 y 47, Ex. 83-3 de los Estados Unidos.

"Para el logro de los objetivos descritos en el artículo 3 *supra*, el Consejo creará un comité encargado de lo siguiente: [...] velar por un orden equitativo de las operaciones entre todos los elementos del sistema de distribución, fabricantes, mayoristas y minoristas. Aprobar las actuaciones necesarias contra quienes violen las Medidas de autorregulación. Servir de enlace con las autoridades competentes. Todos los demás cometidos necesarios para lograr los objetivos del Consejo."

En consecuencia, existe la misma dinámica asociación-consejo entre el Consejo de Promoción y la JFTC que la que se da con respecto al Consejo de los Minoristas y la JFTC y que más adelante se describe. El Consejo de Promoción ha recibido una delegación de facultades análoga del Gobierno japonés.

6.211 El **Japón** responde que la autorreglamentación de la industria es un comportamiento del sector privado y no una "medida" del Gobierno. Explica que el Consejo de Promoción es una organización del sector privado, establecida por la industria de las cámaras para aplicar normas voluntarias sobre personal volante y no goza de facultades oficiales.

6.212 Los **Estados Unidos** responden que el Consejo de Promoción y su primer conjunto de normas, que rige a los empleados volantes, fueron establecidos bajo la orientación de la JFTC.⁶⁷³ Según los Estados Unidos, el Japón admitió que "el Consejo de Promoción fue creado tras consultar con la JFTC" y que "el Consejo de Promoción se remite a la 'aprobación' u 'orientación' de la JFTC para las medidas que adopta en relación con sus normas".⁶⁷⁴ Independientemente de que el Consejo de Promociones sea una asociación sectorial puramente privada o una asociación cuasigubernamental, el artículo 8-2 de la Ley Antimonopolio exige que "cada asociación sectorial [...] presente un informe [a la JFTC] dentro de los tres días siguientes a la fecha de su formación". La Notificación 2 de 1953 de la JFTC, modificada, requiere que esas asociaciones presenten información básica como copia de sus estatutos, su plan de trabajo, sus miembros y sus medidas de autorregulación.⁶⁷⁵

6.213 El **Japón** señala además que la JFTC no tiene facultades legales para aprobar acuerdos subyacentes al Consejo de Promoción. Su actuación con respecto a estos acuerdos sobre personal volante o representaciones del precio del revelado y positivado⁶⁷⁶ fue una expresión no vinculante del parecer según el cual los acuerdos no violarían directamente la Ley Antimonopolio. En ese aspecto, la condición del Consejo de Promoción no difiere de las asociaciones sectoriales "ordinarias". En consecuencia, el Japón concluye que las diversas actividades del Consejo de Promoción no pueden constituir "medidas" a los efectos

⁶⁷³Ex. 92-7 de los Estados Unidos ("El Consejo fue establecido bajo la orientación de la JFTC en diciembre de 1982"); Ex. 83-3 de los Estados Unidos ("La JFTC manifestó su asentimiento [acerca de] establecer el Consejo").

⁶⁷⁴En el momento de la formación del Consejo de Promoción, el Presidente del Consejo declaró que el Consejo tenía "el sello de aprobación de la Comisión de Comercio Leal". Shashin Kogyo Junpo, 20 de octubre de 1982, Ex. 46 de los Estados Unidos.

⁶⁷⁵Los Estados Unidos mencionan que han solicitado al Gobierno japonés copias del informe presentado por el Consejo de Promoción. Si bien el informe no contendría normalmente información comercial confidencial, el Gobierno japonés se negó a facilitar ninguna documentación relativa al Consejo de Promoción.

⁶⁷⁶El Japón afirma que Kosei Torihiki Joho, la publicación que los Estados Unidos citan como de carácter oficial, no es en realidad una publicación oficial.

de las reclamaciones en casos en que no existe infracción.⁶⁷⁷

6.214 Los **Estados Unidos** responden que la exención creada por la sección 5 del artículo 10 de la Ley de Premios no se aplica únicamente a la elaboración de un código de la competencia leal sino también a "los actos realizados por los empresarios o por una asociación comercial de conformidad con él". Los Estados Unidos no ven tampoco razón alguna para considerar al Consejo de Promociones diferente de los demás consejos pertinentes a la presente diferencia.

iv) El Consejo de los Minoristas

6.215 Según los Estados Unidos, el ejemplo del Consejo de Comercio Leal de los Minoristas ("Consejo de los Minoristas") muestra la relación entre una asociación sectorial y el Consejo de Comercio Leal además de constituir un ejemplo de las facultades efectivamente delegadas a las asociaciones por el Gobierno japonés.

6.216 Los Estados Unidos entienden que, desde sus comienzos, el Código de Competencia Leal de los Minoristas ("Código de los Minoristas")⁶⁷⁸ ha sido en sustancia administrado por la asociación del sector de los minoristas fotográficos, o la Zenren, actuando como Consejo de los Minoristas. Según los Estados Unidos, fue la Zenren quien pidió a la JFTC que aprobara la creación del Código de los Minoristas y, desde entonces, los funcionarios de la Zenren han dominado la Junta de Directores del Consejo de Comercio Leal.⁶⁷⁹ Además, la revista oficial de la Zenren, Zenren Tsuho, se utiliza para difundir información relativa a las actividades del Consejo.⁶⁸⁰ La Zenren y el Consejo de los Minoristas celebran sesiones anuales al mismo tiempo y en el mismo lugar, e incluso ocupan las mismas oficinas.⁶⁸¹

6.217 El **Japón** señala que el Consejo de los Minoristas, que responde de la observancia del Código del sector, ha sido creado aparte de la "Zenren", federación nacional de las organizaciones prefecturales de minoristas de productos fotográficos. El Consejo de los Minoristas tiene una asamblea y una junta independientes, así como su propia secretaría y su presupuesto. En los países extranjeros, las organizaciones sectoriales sirven a menudo como órgano de ejecución de las limitaciones voluntarias.

6.218 Los **Estados Unidos** aducen que el Código de los Minoristas prevé facultades muy amplias de aplicación para el Consejo de los Minoristas, inclusive facultades ejecutivas conforme a la Ley de Premios y otras leyes sobre el "comercio leal".⁶⁸² El artículo 15 del

⁶⁷⁷Los Estados Unidos confirmaron que las actuaciones del Consejo que creen problemáticas son la reacción de éste a la campaña VR y la Circular de 1996. El Japón observa, empero, que la Circular de 1996 es únicamente una encuesta y no da instrucciones a los miembros de que suspendan el servicio de personal volante.

⁶⁷⁸Ex. 87-4 de los Estados Unidos.

⁶⁷⁹Véase, por ejemplo, Zenren Tsuho, junio de 1987, páginas 6 a 11, Ex. 87-5 de los Estados Unidos.

⁶⁸⁰Véanse los planes de actividades para los ejercicios de 1994 y 1995 del Consejo de Comercio Leal de los Minoristas.

⁶⁸¹Zenren Tsuho, agosto de 1987, páginas 16 a 20, Ex. 87-7 de los Estados Unidos.

⁶⁸²El artículo 14 del Código de los Minoristas dispone: "El Consejo de Comercio Leal de los Minoristas desempeñará las siguientes funciones:

Código esboza las facultades del Consejo de los Minoristas para investigar supuestas violaciones⁶⁸³ y el artículo 16 especifica penas⁶⁸⁴ en el caso de incumplimiento del Código por parte de un operador comercial.

6.219 El **Japón** afirma que el Código de los Minoristas constituye una autorregulación entre entidades empresariales aprobado por la JFTC de conformidad con la Ley de Premios. A juicio del Japón, el Consejo de los Minoristas es un órgano voluntario creado por el Código para llevar a la práctica la autorregulación. Tampoco el párrafo 7 del artículo 14 del Código de los Minoristas sirve como fundamento para conferir al Consejo de los Minoristas facultades para hacer cumplir la Ley de Premios. Sólo le asigna la tarea de hacer que la Ley de Premios o la Ley Antimonopolio sean más ampliamente comprendidas y observadas.

v) La Federación de Consejos de Comercio Leal

6.220 Los **Estados Unidos** señalan además que la JFTC ha delegado ciertas facultades a una organización que agrupa a los consejos de comercio leal, es decir, la Federación de Consejos de Comercio Leal (la "Federación"), para gestionar la aplicación de códigos. La Federación fue establecida por el Gobierno en 1979 para promover, coordinar y cooperar en la aplicación de códigos de competencia leal, efectuar estudios sobre el grado en que se observan y cumplir otros deberes relacionados con la prevención de las violaciones de la

-
- 1) Actividades tendientes a hacer que el Código sea perfectamente entendido.
 - 2) Actividades tendientes a responder a consultas y dar instrucciones en relación con el Código.
 - 3) Actividades tendientes a hacer ajustes sobre la manera de lograr que el Código sea observado.
 - 4) Actividades tendientes a investigar los hechos cuando haya sospecha de violación del Código.
 - 5) Actividades tendientes a tomar las medidas necesarias contra aquellos que hayan violado el Código.
 - 6) Actividades tendientes a tramitar las quejas recibidas del consumidor en general.
 - 7) Actividades tendientes a hacer que la ley que prohíbe los premios injustificados y las representaciones que inducen a error y demás leyes y órdenes relativas al comercio leal sean ampliamente conocidas e impedir su violación.
 - 8) Actividades tendientes a establecer enlaces con las autoridades competentes.
 - 9) Actividades tendientes a suministrar información a sus miembros.
 - 10) Actividades tendientes a otras actividades relacionadas con la observancia del Código".

⁶⁸³El artículo 15 del Código de los Minoristas dispone:

"el Consejo de Comercio Leal podrá citar a las partes interesadas para oír sus explicaciones, encargar las indagaciones necesarias, obtener las opiniones de testigos y efectuar las investigaciones necesarias para otras circunstancias".

⁶⁸⁴El artículo 16 del Código de los Minoristas establece:

"cuando se halle a un operador comercial en violación [...] el Consejo de Comercio Leal podrá enviarle una advertencia escrita [...] cuando se compruebe que el operador comercial al que se haya notificado la advertencia antes indicada no la ha atendido, el Consejo de Comercio Leal podrá imponer al operador una pena de hasta 500.000 yen o privarlo de su condición de miembro del Consejo de Comercio Leal o, de ser necesario, solicitar a la Comisión de Comercio Leal del Japón que adopte las medidas necesarias".

Ley de Premios.⁶⁸⁵ La JFTC convoca anualmente la Federación para determinar la política referente a los códigos de competencia leal y los consejos de comercio leal e informa sobre las actividades de la Federación en su Informe anual, legalmente imperativo, al Parlamento japonés.⁶⁸⁶ Según los Estados Unidos, el Director Ejecutivo del Consejo de los Minoristas participa normalmente en reuniones sobre política con funcionarios superiores de la JFTC. Además, la JFTC otorga periódicamente premios por conducto de la Federación en reconocimiento de las actividades de los consejos de comercio leal.

b) Imputabilidad al gobierno

i) Los códigos de competencia leal

6.221 Los Estados Unidos sostienen que el Gobierno japonés debería hacerse responsable de los efectos de los códigos de competencia leal y las actividades de los consejos de comercio leal, inclusive las asociaciones sectoriales que actúan bajo la égida de un código o un consejo porque los códigos y los consejos son creación de la ley japonesa, en concreto, el artículo 10 de la Ley de Premios. El párrafo 1) de esa disposición establece:

⁶⁸⁵The Fair Competition Code System and Status of Establishing Fair Competition Codes, Kosei Torihiki, N° 390, abril de 1983, páginas 37 y 38, publicado por Japan Fair Trade Institute, JFTC, Trade Practice Department, Ex. 83-8 de los Estados Unidos.

⁶⁸⁶1995 JFTC Annual Report Antimonopoly White Paper, julio de 1996, páginas 247 a 251.

"Tras obtener la pertinente autorización de la Comisión de Comercio Leal de conformidad con los Reglamentos de la Comisión, las empresas podrán concertar o una asociación comercial establecer, en relación con las cuestiones que afectan a los premios o representaciones, un acuerdo o código para evitar la captación desleal de clientes y mantener la libre competencia. Esta regla será aplicable en caso de que se trate de introducir modificaciones."⁶⁸⁷

En opinión de los Estados Unidos, el párrafo 1) del artículo 10 aclara que el establecimiento del código está sometido a la aprobación de la JFTC. Análogamente, el párrafo 3) del artículo 10 estipula que la vigencia de los códigos y el funcionamiento de los consejos está sujeta a la supervisión de la JFTC.

6.222 Los Estados Unidos subrayan que la facultad del Consejo de los Minoristas y la Zenren -como de todos los demás consejos y asociaciones sectoriales de empresarios- es aún mayor porque el artículo 10 de la Ley de Premios exonera sus actividades de la aplicación de las normas antimonopolísticas. El párrafo 5) del artículo 10 de la Ley de Premios establece que:

"Las disposiciones de los artículos 48 [recomendación, decisión sobre la recomendación], 49 [iniciación del procedimiento oral], 67 1) [interdicto urgente] y 73 [acusación] de la Ley relativa a la prohibición de los monopolios privados y a la observancia de la Ley de Comercio Leal no serán aplicables a los códigos de competencia leal autorizados de conformidad con lo previsto en el párrafo 1) ni a los actos realizados por empresarios o por una asociación comercial de conformidad con dichos códigos."

6.223 El **Japón** responde que las actuaciones de un consejo con arreglo a un código aprobado no están exentas de la eficacia de las disposiciones sustantivas, como por ejemplo, prohibiciones de prácticas de comercio desleal, de la Ley Antimonopolio. Para la JFTC, todo lo que haga un consejo es impugnabile, exactamente igual que las actividades de otras asociaciones. La única consecuencia jurídica de la aprobación por la JFTC es que ésta debe revocar la aprobación antes de hacer valer la Ley Antimonopolio contra un código aprobado o su aplicación.

6.224 El Japón explica que de acuerdo con el párrafo 10 de la Ley de Premios los empresarios pueden concertar o una asociación sectorial establecer un código ("código de competencia leal"), con objeto de impedir la captación desleal de clientes y mantener la libre competencia. La Ley dispone asimismo que ese código se ocupará de asuntos relacionados con los premios o representaciones, y que debe ser aprobado por la JFTC.⁶⁸⁸ En consecuencia, con respecto a otros asuntos, como el envío de personal volante, los empresarios no pueden concertar un "código". El Japón afirma que la JFTC puede aprobar un "código" sólo cuando éste satisfaga condiciones estrictas.⁶⁸⁹ Antes de decidir si aprueba

⁶⁸⁷Ex. 62-6 de los Estados Unidos (cursiva añadida).

⁶⁸⁸Párrafo 1) del artículo 10 de la Ley de Premios.

⁶⁸⁹Según el párrafo 2) del artículo 10 de la Ley de Premios sólo se podrá aprobar un "código" cuando:

- i) es adecuado para prevenir la captación desleal de clientes y para mantener la competencia leal;
- ii) no es probable que afecte desfavorablemente y de forma irrazonable a los intereses de determinados consumidores en general o de las empresas conexas;
- iii) no es injustificadamente discriminatorio; y
- iv) no limita de forma irrazonable la participación en el Código de Competencia Leal o

o no un "código", la JFTC celebra audiencias públicas para recibir opiniones de los consumidores en general y personas informadas y expertas, así como representantes de las empresas afectadas. La Ley de Premios confiere además a la JFTC facultades de supervisión permitiéndole que revoque más adelante su aprobación. Cuando la JFTC aprueba un "código", el hecho se publica en el Diario Oficial. El Japón sostiene que la aprobación de la JFTC tiene por efecto confirmar que el contenido del "código", así como los actos realizados de conformidad con él, no violan la Ley Antimonopolio.⁶⁹⁰

ii) Los consejos de comercio leal

6.225 El Japón explica que, con el fin de aplicar y observar eficazmente el código, las partes (empresarios) en el "código" suelen organizarse en un organismo privado llamado consejo de comercio leal, integrado por los miembros del código y jurídicamente distinto de la asociación sectorial ya existente. Si bien los códigos aprobados pueden contener disposiciones sobre la creación y el funcionamiento de los consejos, en opinión del Japón, los consejos siguen siendo organizaciones privadas, porque la aprobación del establecimiento de una organización integrada por partes privadas no la convierte en una entidad pública. Muchos códigos prevén que el consejo puede o debe hacer las siguientes cosas:

- a) Informar a la JFTC de las decisiones adoptadas en las reuniones anuales del consejo.
- b) Informar a la JFTC de la adopción de medidas como
 - i) pedir daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en razón de la desobediencia al código, o
 - ii) expulsar a un miembro que no acató el código.
- c) Solicitar a la JFTC que adopte las medidas necesarias contra los miembros que no acaten el Código de Competencia Leal.

Las actividades previstas en a) y b) tienen por objeto garantizar que la JFTC esté al corriente de los principales acontecimientos en relación con el funcionamiento del Código. Con respecto a los actos contenidos en el apartado c) *supra*, la JFTC no está obligada a adoptar ninguna medida en respuesta a esas solicitudes de los consejos.

6.226 El Japón afirma, no obstante, que no es obligatorio que un código contenga disposiciones acerca de los actos mencionados. Figuran en el Código por decisión voluntaria de los miembros del Código. El Japón observa además que los consejos no están obligados, y realmente no lo hacen, a procurar la aprobación de la JFTC sobre asuntos como su plan de acción anual o su presupuesto, el nombramiento de personal o sus actuaciones concretas. El Japón hace además hincapié en que los consejos de comercio leal no son organizaciones gubernamentales y ni siquiera semigubernamentales y que ni los miembros de su comité ejecutivo ni su personal son funcionarios públicos.

6.227 Los **Estados Unidos** alegan que, en realidad, el Gobierno japonés ha delegado facultades de aplicación conforme a la Ley de Premios a los consejos de comercio leal y las asociaciones sectoriales de la industria que los comprenden. Según los Estados Unidos, a

la posibilidad de denunciarlo.

⁶⁹⁰Párrafo 5) del artículo 10 de la Ley de Premios.

tenor de la misma, la Ley de Premios delega facultades de aplicación a las asociaciones sectoriales que actúan como consejos de comercio leal, habilitándolas para aplicar los códigos de competencia leal aprobados por la JFTC. Según los Estados Unidos, a la luz de estos hechos, el Director de la División de Premios de la JFTC ha explicado que

"la aprobación del Código significa que la función que desempeñamos de adoptar medidas de coerción relativas a violaciones quedará a cargo del Consejo de Comercio Leal. Si esta expectativa no se ve satisfecha, [la aprobación] carecerá de sentido".⁶⁹¹

⁶⁹¹Zenren Tsuho, julio de 1987, página 7, Ex. 87-5 de los Estados Unidos. El Japón sostiene que "teki-hatsu" debe traducirse por "divulgación" y no como "medida para hacer cumplir". Véase la cuestión 20 de traducción.

Según los Estados Unidos, por ejemplo, los miembros del Consejo de los Minoristas han hecho oír su parecer, afirmando que "el Consejo de Comercio Leal de los Minoristas es una especie de subcontratista de la JFTC".⁶⁹²

6.228 Los Estados Unidos señalan además que la JFTC, mediante su aprobación del Código, confiere no sólo amplias facultades a las partes privadas para actuar como sustitutos suyos para hacer cumplir la ley, sino que además los exonera de responsabilidad judicial por sus actividades. Como lo ha explicado la JFTC, "incluso si el contenido de los códigos o las actividades basadas en ellos violan la Ley Antimonopolio, no se adoptarán medidas de control basadas en esta última".⁶⁹³

6.229 El **Japón** sostiene que las facultades de aplicación de la JFTC no pueden ser delegadas a un órgano privado. Los actos del tipo de los que los Estados Unidos citan como ejemplo de la delegación de facultades son los que cada consejo puede realizar a título propio.⁶⁹⁴

6.230 En cuanto a la naturaleza de la relación entre la JFTC y los consejos de comercio leal, el Japón observa que la JFTC hace cumplir únicamente la Ley de Premios y no los códigos. Puesto que los códigos de competencia leal son acuerdos entre empresarios privados, el cumplimiento en concreto de los códigos por parte de sus miembros es, en definitiva, misión del tribunal. El Japón explica que la JFTC está facultada por el artículo 10 de la Ley de Premios para aprobar un código de competencia leal redactado por los empresarios o por una asociación sectorial. La modificación del Código requiere igualmente la aprobación de la JFTC. La Ley de Premios no contiene ninguna disposición referente a los consejos como tales. Aunque los códigos aprobados por la JFTC suelen contener disposiciones sobre los consejos, la relación jurídica de la Comisión con los consejos es la misma que con las organizaciones o empresas privadas corrientes. La JFTC estaría dispuesta a adoptar las medidas adecuadas si resultara que los consejos obstaculizan la competencia leal.

6.231 El Japón subraya que la JFTC no ha delegado ninguna facultad en los consejos de comercio leal. Con respecto a las relaciones entre la JFTC y los gobiernos prefecturales, los párrafos 2) a 5) del artículo 9 de la Ley de Premios disponen que se delegan ciertas facultades a esos gobiernos. No obstante, no existe disposición análoga en el artículo 10 de la Ley de Premios, que se refiere a los códigos de competencia leal. Es por ello evidente para el Japón que la JFTC no puede delegar ninguna facultad a órganos no gubernamentales sin autorización expresa de la ley.

6.232 El Japón señala que no puede obligarse a los miembros a cumplir los códigos de autorregulación si éstos no han sido aprobados y publicados por la JFTC. Naturalmente, tampoco puede obligarse a que los cumplan los que no son miembros. El Japón señala que esos códigos de autorregulación son eficaces en la medida en que no contradigan la Ley Antimonopolio.⁶⁹⁵ Sea como fuere, los códigos aprobados por la JFTC son aplicables a los

⁶⁹²Shukan Shashin Sokuho, 7 de agosto de 1987, página 3, Ex. 87-9 de los Estados Unidos.

⁶⁹³Jirei Dokusen Kinshi Ho, 15 de diciembre de 1995, página 442, Ex. 95-20 de los Estados Unidos.

⁶⁹⁴El Japón afirma que, por ejemplo, todo el mundo puede establecer "una autorregulación para la prevención de incendios" y tomar medidas para ponerla en práctica, como una encuesta, la imposición de una penalidad o la solicitud de una actividad por parte de las autoridades correspondientes.

⁶⁹⁵La JFTC reglamentará los acuerdos de autorregulación cuando incidan en alguno de los siguientes casos:

i) si los acuerdos de autorregulación constituyen "una limitación no razonable del

miembros y los tribunales pueden obligarles a cumplirlos. Según el Japón, muchos códigos contienen una disposición que habilita al Consejo a adoptar ciertas medidas contra los que no acaten los códigos, como reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de contrato o la expulsión del código. En este sentido, cabría decir que el Código es "coercitivamente aplicable" por el Consejo de Comercio Leal. El Japón hace, sin embargo hincapié en que la JFTC no está facultada para aprobar medidas concretas adoptadas por la organización compuesta por los miembros del Código (el Consejo de Comercio Leal). Además, muchos códigos disponen que las tareas del Consejo comprenden:

- i) hacer que el Código se conozca mejor,
- ii) vigilar la posible inobservancia de los códigos y adoptar ciertas medidas contra ella, y

-
- ii) si los acuerdos de autorregulación constituyen o bien
 - a) una limitación sustancial de la competencia por una asociación sectorial, o bien
 - b) una limitación injusta de la función o de las actividades de los miembros del Código (artículo 8 de la Ley Antimonopolio).

iii) prevenir la violación de la Ley de Premios.⁶⁹⁶

A juicio del Japón, dado que todas estas medidas se toman de conformidad con un acuerdo entre partes privadas (es decir, el Código) con miras a cumplir las normas del Código y la Ley de Premios, no pueden considerarse como la utilización de facultades delegadas al Consejo por la JFTC.

6.233 En opinión del Japón, el hecho de que los consejos estén facultados para imponer "multas penales" a los miembros que violen los códigos, no es un caso de facultades delegadas. Las personas privadas son básicamente libres de acordar a) que se atendrán a determinada norma y b) que los que hayan quebrantado la norma pagarán daños y perjuicios por incumplimiento del contrato. No es necesaria ninguna delegación de facultades públicas para celebrar y cumplir ese acuerdo. En muchos casos, el Código prevé que cuando el Consejo haya reclamado daños y perjuicios por incumplimiento de contrato a raíz de la inobservancia del Código, el Consejo debe dar cuenta de este hecho a la JFTC. Con esa disposición se procura asegurarse de que la JFTC está al corriente de las principales novedades referentes a la aplicación del Código. No es más que una notificación *ex post facto* y no indica ninguna "participación en" ni "responsabilidad por" las actividades de los consejos por parte de la JFTC.

iii) Conclusiones

6.234 Los **Estados Unidos** sostienen que el Gobierno japonés creó su sistema de códigos aplicados coercitivamente por el sector privado, por lo menos en parte, para contrarrestar las capacidades de comercialización y los presupuestos de promoción de las empresas extranjeras que se estimaban superiores. Los Estados Unidos cita a un destacado estudioso japonés de la legislación antimonopolios que explicaba que "los códigos de competencia pueden también resultar eficaces para controlar a las empresas cuando éstas perturban el mercado."⁶⁹⁷ En vista de estas circunstancias, los Estados Unidos adoptan la postura de considerar que las actividades de estos consejos y asociaciones es imputable al Gobierno japonés y cae dentro del ámbito de la OMC y de este Grupo Especial.

6.235 Los Estados Unidos subrayan que la postura actual del Japón, es decir, que los efectos de los códigos y consejos no pueden imputarse al Gobierno, contradice la que adoptó en el asunto *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*.⁶⁹⁸ En su comunicación a ese Grupo Especial, el

⁶⁹⁶Los conceptos comúnmente enumerados en el Código como tareas del Consejo son los siguientes:

- i) hacer que los códigos sean mejor conocidos;
- ii) evacuar consultas y asesorar sobre asuntos relacionados con el código;
- iii) realizar estudios sobre la situación respecto de la observancia del código;
- iv) realizar estudios acerca de la posible inobservancia del código;
- v) adopción de medidas contra los miembros que no acaten el código;
- vi) atender a las quejas de los consumidores;
- vii) hacer que la Ley de Premios y otras leyes relacionadas con el comercio leal sean mejor conocidas y prevenir su violación; y
- viii) establecer contacto con los organismos públicos competentes.

⁶⁹⁷Matsushita Mitsuo, *Antimonopoly Law and International Transactions*, 25 de mayo de 1970, páginas 83 y 84, Ex.70-2 de los Estados Unidos.

⁶⁹⁸Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Derechos de aduana, impuestos y*

Japón afirmó que el "etiquetado de las bebidas alcohólicas en el Japón está *reglamentado* por una serie de *controles jurídicos* de la siguiente manera: [...] iii) códigos de competencia leal de conformidad con dicha Ley [que prohíbe los premios injustificados y las representaciones que tienden a inducir a error].⁶⁹⁹ El Japón explicó además que:

"el artículo 10 de la [Ley de Premios] establece el sistema de códigos de competencia leal. Aunque el Código es una norma fijada de manera facultativa por el sector de que se trate con miras a contribuir a la correcta selección por los consumidores y a garantizar una competencia leal, necesita la aprobación de la Comisión de Comercio Leal. Este Código de Competencia Leal prevé sanciones (imposición de una pena pecuniaria) por la inobservancia de las obligaciones estipuladas, a efectos de conseguir su adecuado cumplimiento."⁷⁰⁰

6.236 A este respecto, el Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados* afirmaba en la sección sobre "elementos de hecho":

"El Japón ha sancionado varias disposiciones legales destinadas a impedir que los nombres comerciales se usen de manera tal que tienda a inducir a error con respecto al verdadero origen de un producto, por ejemplo: la Ley de Prevención de la Competencia Desleal, la Ley que prohíbe las primas injustificadas y las representaciones que tienden a inducir a error, diversos "códigos de competencia leal" establecidos de manera facultativa por las distintas industrias interesadas, en virtud del artículo 10 de esta última Ley y aprobados por la Comisión de Comercio Leal, y la Ley relativa a la Asociación de Empresas del Sector de las Bebidas Alcohólicas y las Medidas para la Recaudación del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas."⁷⁰¹

6.237 Según los Estados Unidos, el Japón adoptó esta postura para demostrar que había cumplido sus obligaciones conforme al párrafo 6 del artículo IX del GATT, que requiere que los Miembros colaboren entre sí para proteger los nombres comerciales de los productos extranjeros. En opinión de los Estados Unidos, el Japón no debería poder ostentar como un mérito su sistema de códigos y consejos a favor de su postura en unas actuaciones anteriores sólo para pretender luego que los códigos y consejos no tienen nada que ver con el Gobierno.

6.238 El **Japón** responde que un "código de competencia leal" es un acuerdo entre partes privadas con miras a un control autónomo. El pasaje en el informe del Grupo Especial citado afirma expresamente que los "códigos de competencia leal [son] establecidos de manera facultativa por las distintas industrias interesadas". Al mismo tiempo, un código aprobado por la JFTC es también un acuerdo exigible. En opinión del Japón, la expresión "disposiciones legales" se utilizó en este sentido en el mencionado informe.

prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados ("Japón - Impuestos sobre vinos y las bebidas alcohólicas"), adoptado el 10 de noviembre de 1987, IBDD 34S/83.

⁶⁹⁹Comunicación del Japón al Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, anexo 9, página 15 (cursiva añadida).

⁷⁰⁰Ibíd., página 26.

⁷⁰¹Informe del Grupo Especial sobre *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas y prácticas de etiquetado*, adoptado el 10 de noviembre de 1987, IBDD 34S/83, página 99, párrafo 2.7.

6.239 El Japón sostiene además que un código de competencia leal no constituye en sí mismo una "medida" del Gobierno japonés por las siguientes razones:

- i) Un código de competencia leal es un acuerdo, o contrato, entre miembros no gubernamentales del sector. Su observancia queda, en definitiva, a cargo de la judicatura y la JFTC no desempeña ningún papel en el proceso de su aplicación. Sólo si las partes en el Código dejan de observar la Ley de Premios, las Notificaciones u otras reglamentaciones de la JFTC, la Comisión adopta alguna medida.
- ii) Los miembros del sector pueden decidir libremente si participan o no en un código. La JFTC no exige que se pertenezca a ninguno de ellos.

6.240 El Japón manifiesta también que las actividades individuales que lleva a cabo un consejo de comercio leal u otra asociación industrial no son "medidas". El Japón observa que la Ley no concede a los consejos de comercio leal ninguna condición jurídica especial ni los somete al control o la orientación del Gobierno:

- i) El concepto o la condición de consejo de comercio leal no está definido ni regulado por la Ley. Es un establecimiento definido y previsto en un código. Se le trata como una "asociación sectorial" sin ninguna diferencia con respecto a otras organizaciones análogas.
- ii) No existe ninguna presunción de licitud *de jure* ni *de facto* sobre las actividades concretas de un consejo de comercio leal. Y a la inversa, a menos que el Consejo cometa un acto ilícito, la JFTC no está autorizada a pedir informes a ese órgano.
- iii) No es obligatoria la participación en un consejo de comercio leal.

6.241 El Japón subraya además que no hay ningún código de competencia leal aplicable a las películas y el papel fotográficos.

6.242 En resumen, el Japón llega a la conclusión de que las actividades de los consejos de comercio leal y demás asociaciones industriales de este tipo no pueden constituir una "medida" gubernamental en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII.