

X. CONSTATAACIONES**A. CUESTIONES PRELIMINARES**

10.1 Como cuestión preliminar, el Japón solicita al Grupo Especial que se abstenga de examinar las ocho¹¹⁷⁶ "medidas"¹¹⁷⁷ siguientes, que a su juicio exceden del mandato del Grupo Especial por no haber sido identificadas concretamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos:

- 1) el Sexto Informe Provisional del Consejo de Estructura Industrial, de 1968, "Perspectivas y aspectos de la modernización de la distribución";
- 2) la ayuda financiera concedida en 1976 por el JDB a Konica para el establecimiento de servicios conjuntos de distribución;
- 3) la ayuda financiera concedida en 1967/1977 por la SMEA a los laboratorios fotográficos (para la adquisición de nuevo equipo para trabajos fotográficos en color);
- 4) el Reglamento N° 1 de 1971 de la JFTC de conformidad con el artículo 6 de la Ley Antimonopolio (obligación de notificar los contratos internacionales);
- 5) la Notificación 17 de 1967 de la JFTC sobre premios a las empresas;
- 6) la Notificación 34 de 1967 de la JFTC sobre sorteos abiertos;
- 7) la Notificación 5 de 1977 de la JFTC sobre premios a los clientes; y
- 8) las Directrices de 1983 de la JFTC, sobre el establecimiento de normas relativas a la publicidad mediante ventas con pérdida y dumping.

10.2 El Japón sostiene que esas "medidas" fueron mencionadas por primera vez por los Estados Unidos en su comunicación inicial al Grupo Especial, y que ese país no las planteó nunca en el curso de las consultas previstas en el párrafo 4 del artículo 4 del ESD ni las identificó específicamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Señalamos, a este respecto, que, aunque el Japón expone argumentos en relación con el supuesto hecho de que los Estados Unidos no celebraran consultas sobre las ocho "medidas" que el Japón desea que el Grupo Especial se abstenga de examinar en este procedimiento, la decisión solicitada por el Japón se refiere únicamente a la supuesta omisión por los Estados Unidos de la

¹¹⁷⁶En su solicitud de que el Grupo Especial adoptara una decisión previa al respecto, el Japón se opuso al examen de nueve de las "medidas" a que se refería la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial. Tras la respuesta de los Estados Unidos a una pregunta del Grupo Especial, respuesta en la que los Estados Unidos especificaron las medidas objeto de sus reclamaciones, el Japón se opuso al examen de otra medida más, pero retiró sus objeciones con respecto a las dos medidas no especificadas en la respuesta de los Estados Unidos.

¹¹⁷⁷Una de las cuestiones capitales de nuestras constataciones es si determinados actos o políticas gubernamentales citadas por los Estados Unidos son o no medidas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT. Al ocuparnos de las alegaciones y argumentos de las partes, utilizamos el término "medida" entre comillas. Únicamente lo utilizamos sin comillas cuando hacemos una referencia más general a ese término o en los casos en que hemos decidido o supuesto que esos actos o políticas son medidas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

identificación específica de esas ocho "medidas" en su solicitud de establecimiento del presente Grupo Especial. En consecuencia, prescindiremos de examinar la conformidad de la actuación de los Estados Unidos con las prescripciones relativas a las consultas del párrafo 4 del artículo 4 del ESD, para centrarnos en la alegación formulada por el Japón al amparo del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

10.3 Los Estados Unidos responden que han cumplido las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6, por lo que las "medidas" en cuestión están comprendidas en el mandato del Grupo Especial. En concreto, los Estados Unidos aducen que: 1) el Japón tenía suficiente conocimiento de las "medidas" a las que afectaba la solicitud de establecimiento del grupo especial presentada por los Estados Unidos; 2) el Japón no ha alegado que alguna de las "medidas" no esté relacionada con las "medidas" examinadas en las consultas e identificadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial; y 3) los medios utilizados por los Estados Unidos para describir esas "medidas" vienen impuestos por la naturaleza de las propias "medidas". El Japón rechaza todos y cada uno de esos argumentos.

1. ESPECIFICIDAD DE LAS "MEDIDAS" IDENTIFICADAS EN LA SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DEL GRUPO ESPECIAL

a) El párrafo 2 del artículo 6 y la solicitud de establecimiento del Grupo Especial

10.4 El punto de partida de nuestro análisis es el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, que en su parte pertinente, establece lo siguiente:

"Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, *se identificarán las medidas concretas en litigio* y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad [...]" (la cursiva es nuestra).

10.5 El texto de la parte pertinente de la solicitud de establecimiento de este Grupo Especial presentada por los Estados Unidos es el siguiente:

"El Gobierno del Japón ha aplicado y sigue aplicando leyes, reglamentos, prescripciones y medidas (en general "medidas") que afectan a la distribución, la oferta para la venta y la venta en el mercado interno de películas y papel fotográficos de consumo importados, y que incluyen: contramedidas de liberalización; medidas relativas a la distribución, entre ellas la decisión del Gabinete, directrices administrativas y demás medidas enumeradas en el apéndice A; la Ley de ajuste de las actividades comerciales del sector minorista para los establecimientos minoristas en gran escala, N° 109 de 1973 (*Daiten Ho*); las medidas especiales para el ajuste de las actividades comerciales del sector minorista, N° 155 de 1959 (*Shocho Ho*); la Ley que prohíbe las primas injustificadas y las representaciones que tiendan a inducir a error, N° 134 de 1962; las medidas relativas a los trabajadores desplazados, en aplicación de la Ley relativa a la prohibición de monopolios privados y al mantenimiento de un comercio equitativo, N° 54 de 1947; la Ley relativa a la reforma empresarial para determinadas industrias, N° 61 de 1995; la Ley por la que establece el Ministerio de Comercio Exterior y de Industria, N° 275 de 1952; y otras medidas conexas.

Los Estados Unidos consideran que las medidas citadas anulan o menoscaban ventajas resultantes para ellos, en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo XXIII, a consecuencia del incumplimiento del Gobierno del Japón de las obligaciones

que imponen a ese país los artículos III y X del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT). En concreto, las medidas del Gobierno japonés:

- se han aplicado y se mantienen en vigor de manera que se proteja, en el sentido del párrafo 1 del artículo III del GATT, la producción nacional de películas y papel fotográficos de consumo;
- están en contradicción con el párrafo 4 del artículo III del GATT, por cuanto afectan a las condiciones de competencia en lo concerniente a la distribución, oferta para la venta y venta en el mercado interior de películas y papel fotográficos de consumo de tal forma que se da un trato menos favorable a las películas y el papel importados y a los productos comparables de origen nacional; y
- están en contradicción con los párrafos 1 y 3 del artículo X del GATT, porque las medidas adolecen de falta de transparencia, al no haber sido publicadas rápidamente ni aplicadas de manera uniforme, imparcial y razonable.

Además, la aplicación de las medidas en cuestión por el Gobierno del Japón anula o menoscaba en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT, concesiones arancelarias que el Gobierno del Japón ha hecho en relación con las películas y el papel fotográficos en blanco y negro y en color en las negociaciones arancelarias multilaterales de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay.

[Se omite la descripción de las consultas]

En consecuencia, de conformidad con los artículos 4 y 6 del ESD, los Estados Unidos solicitan respetuosamente el establecimiento de un grupo especial con el mandato uniforme previsto en el artículo 7 del ESD.

[No se reproduce la solicitud de celebración de una reunión extraordinaria del OSD]

APÉNDICE A

- MITI, "Administrative Guidance to Promote Rationalization of Distribution System", 1966.
- Cabinet Decision, "Liberalization of Foreign Investment", 6 de junio de 1967.
- MITI Industrial Structure Council Distribution Subcommittee, "Distribution Systemization", 1969. (*Tsusansho Koho*, 13 y 14 de agosto de 1969.)
- MITI Preparatory Survey, "The Actual State of Trade Practices in Photo Film", 1969.
- MITI, "Film Trade Normalization Guidelines", 1970.
- MITI, "Business Bureau Report on Film Prices", 1970.
- MITI, "Basic Plan for Distribution Systemization", 1971.
- MITI, "Manual for Systemization of Distribution", 1975.
- MITI, "Guidelines for Improving Business Practices", 1990.
- MITI and the Small and Medium Enterprises Agency, "Distribution Vision for the 21st Century", 1995 (y las versiones anteriores correspondientes a los decenios de 1970, de 1980 y de 1990).
- Photo Industry Distribution Information Systemization Council [Kyogikai], "Comprehensive Manual for Photo Distribution Industry Distribution

- Information Systemization", 1996 (y las versiones de 1989, 1990, 1991 y 1992).
- Otras medidas conexas, incluidas las directrices pertinentes."¹¹⁷⁸

b) Análisis del párrafo 2 del artículo 6

10.6 Pasamos a continuación a analizar la objeción de procedimiento del Japón a la luz de las reglas de interpretación de la Convención de Viena¹¹⁷⁹ y del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.¹¹⁸⁰ En este contexto, examinaremos, cuando proceda, i) el sentido corriente de los términos del párrafo 2 del artículo 6; ii) el contexto y el objeto y fin del párrafo 2 del artículo 6; y iii) la práctica anterior en el marco del párrafo 2 del artículo 6 y de la disposición que le precedió.¹¹⁸¹

10.7 El párrafo 2 del artículo 6, en la parte pertinente a la objeción del Japón, establece que, "en [las peticiones de establecimiento de grupos especiales] [...] se identificarán las medidas concretas en litigio [...]". Ambas parte admiten, y la lectura de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos así lo confirma, que la solicitud no identifica expresamente las ocho "medidas" a las que se refiere la objeción del Japón.

10.8 Se plantea por consiguiente la cuestión de si es posible considerar que se ha cumplido lo exigido, conforme al sentido corriente de sus términos, por el párrafo 2 del artículo 6, es decir, que en la solicitud de establecimiento del grupo especial se han identificado las "medidas concretas en litigio", cuando no se haya descrito expresamente en la solicitud una determinada "medida". Parece evidente que para que una "medida" no descrita expresamente en la solicitud esté comprendida en los términos del párrafo 2 del artículo 6 es imprescindible que dicha "medida" tenga una relación clara con otra descrita expresamente en la solicitud, de forma que quepa decir que está "incluida" en la "medida" especificada. A nuestro parecer, las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 se cumplirían en el caso de una "medida" subsidiaria de una "medida" identificada expresamente, o que

¹¹⁷⁸WT/DS44/2.

¹¹⁷⁹En sus primeras dos decisiones, el Órgano de Apelación aclaró que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, el punto de partida para la interpretación de las disposiciones de la OMC es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de la Convención de Viena, en su parte pertinente, dispone lo siguiente: "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin." Véanse los informes del Órgano de Apelación sobre *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* ("*Japón - Bebidas alcohólicas*"), adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8, 10 y 11/AB/R, páginas 13-15 y sobre *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* ("*Estados Unidos - Gasolina*"), adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, páginas 19-20.

¹¹⁸⁰El artículo XVI establece lo siguiente: "Salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo."

¹¹⁸¹En lo que respecta a los informes adoptados de grupos especiales, el Órgano de Apelación ha declarado lo siguiente: "Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio." *Japón - Bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, página 18.

tuviera una relación tan estrecha con ella que pudiera considerarse razonablemente que la parte demandada había tenido suficiente conocimiento del alcance de las reclamaciones formuladas por la parte reclamante. Esos dos elementos clave -relación estrecha y conocimiento- están interrelacionados: sólo podrá tenerse suficiente conocimiento de una "medida" si ésta es subsidiaria de otra "medida" identificada expresamente o guarda una estrecha relación con ella. Por ejemplo, a nuestro parecer, si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se especifica una ley marco básica cuyo objeto está estrictamente delimitado y en la que se prevén "medidas" de aplicación, cabe considerar, en circunstancias apropiadas, que esas "medidas" de aplicación están de hecho incluidas en la solicitud de establecimiento del grupo especial a los efectos del párrafo 2 del artículo 6. Entre esas circunstancias está la de que una ley marco básica especifique la forma de las "medidas" de aplicación y delimite su posible contenido y alcance. Como hemos explicado antes, esta interpretación del párrafo 2 del artículo 6 es compatible tanto con el contexto como con el objeto y fin de ese precepto, así como con la práctica seguida anteriormente por los grupos especiales.

10.9 El Grupo Especial que examinó el asunto *Bananos III* constató que el objeto y fin del requisito de especificidad del párrafo 2 del artículo 6 es garantizar la claridad del mandato de los grupos especiales, normalmente determinado por la solicitud de establecimiento del grupo especial de conformidad con el artículo 7 del ESD, e informar al demandado y a los posibles terceros del alcance del asunto que promueve contra él la parte reclamante (es decir, de las "medidas" impugnadas por la parte reclamante y de las disposiciones de la OMC en que ésta se basa).¹¹⁸² El objeto y fin del párrafo 2 del artículo 6 se cumplen si se interpreta que el párrafo 2 del artículo 6 requiere que la "medida" impugnada esté indicada expresamente en la solicitud de establecimiento del grupo especial, sea subsidiaria de las "medidas" especificadas o esté estrechamente relacionada con ellas.

10.10 La interpretación propuesta es compatible asimismo con la práctica anterior seguida por los grupos especiales de la OMC y del GATT. El Grupo Especial que examinó el asunto *Bananos III* es el único Grupo Especial de la OMC que ha interpretado el aspecto del párrafo 2 del artículo 6 de que se trata en este asunto, es decir, qué "medidas" deben considerarse incluidas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. En la solicitud de establecimiento de ese grupo especial se habían identificado, por lugar y fecha de publicación, las reglamentaciones básicas de las CE en litigio. Además, la solicitud se refería, en general, a "el régimen [del banano de la CE]". El Grupo Especial que examinó el asunto *Bananos III* consideró que esa referencia era suficiente para considerar cumplido el requisito de especificidad del párrafo 2 del artículo 6, ya que, aunque no se enunciaran expresamente, las medidas que impugnaban los reclamantes estaban adecuadamente identificadas.¹¹⁸³ El Órgano de Apelación coincidió en que la solicitud de establecimiento del grupo especial "identifica las medidas concretas en litigio de forma suficiente para cumplir las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6".¹¹⁸⁴ A nuestro parecer, puede considerarse que las "medidas" subsidiarias de "medidas" especificadas o que guardan una estrecha relación con ellas han sido "identificadas de forma suficiente", en el sentido en que se aplicó este concepto en el asunto *Bananos III*.

¹¹⁸²Informe del Grupo Especial sobre *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos ("Bananos III")*, adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/R, párrafo 7.35, modificado por otras razones por el Órgano de Apelación en el documento WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997. Véanse también los informes del Órgano de Apelación sobre *Bananos III*, WT/DS27/AB/R, párrafo 142; y sobre *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado ("Brasil - Coco desecado")*, adoptado el 20 de marzo de 1997, WT/DS22/AB/R, página 25.

¹¹⁸³*Bananos III*, WT/DS27/R, párrafo 7.27.

¹¹⁸⁴*Bananos III*, WT/DS27/AB/R, párrafo 140.

10.11 La interpretación propuesta es compatible también con la práctica seguida en otros asuntos sustanciados en el marco de la OMC/GATT en los que se abordaron cuestiones relativas al mandato. En un asunto sustanciado en el marco de la OMC, se consideró que una medida excedía del mandato del Grupo Especial cuando no se había hecho ninguna referencia a ella en la solicitud de establecimiento.¹¹⁸⁵ En un asunto sustanciado en el marco del GATT en 1984, un grupo especial se abstuvo de examinar las medidas relacionadas con la "fabricación" de bienes habida cuenta de que su mandato "sólo se refería a la compra de mercancías en el Canadá y/o a la exportación de mercancías del Canadá".¹¹⁸⁶ De forma análoga, se ha constatado que las reclamaciones basadas en disposiciones del GATT o de otros acuerdos no mencionadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial, no estaban comprendidas en el ámbito del mandato del grupo especial.¹¹⁸⁷

c) Las ocho "medidas" a la luz del párrafo 2 del artículo 6

10.12 Analizaremos ahora las ocho "medidas" a las que se refiere la objeción del Japón en el contexto del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Teniendo presente el análisis que hemos hecho del texto de ese párrafo de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados de la Convención de Viena, consideramos conveniente dividir en cuatro grupos las ocho "medidas" en cuestión.

10.13 Dentro del primer grupo estarían incluidas dos medidas que, aunque no fueron identificadas expresamente en la solicitud de establecimiento del grupo especial, pueden considerarse, a nuestro parecer, subsidiarias o estrechamente relacionadas con la Ley de Premios, que se identifica expresamente en esa solicitud. Las dos medidas en cuestión son la Notificación 17 de la JFTC sobre premios a las empresas y la Notificación 5 de la JFTC sobre premios a los clientes, que se publicaron ambas de conformidad con la Ley de Premios en aplicación de las disposiciones generales de esta Ley. El contenido de esas notificaciones está predeterminado en forma general por la Ley de Premios, que a su vez es una Ley relativamente concreta, que se ocupa detalladamente de una cuestión delimitada de forma bastante estricta. El artículo 1 de la Ley de Premios indica su finalidad:

"La presente Ley, con objeto de evitar la captación de clientes por medio de premios injustificados y representaciones que inducen a error en conexión con las transacciones de un producto o servicio [...] trata de garantizar la competencia leal, protegiendo así los intereses de los consumidores en general."¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁵Japón - *Bebidas alcohólicas*, párrafo 6.5. En la solicitud de establecimiento del grupo especial se hacía referencia a la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas; la medida adicional era la ley de Medidas Fiscales Especiales.

¹¹⁸⁶Informe del Grupo Especial sobre *Canadá - Aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera ("Canadá - Inversión extranjera")*, adoptado el 7 de febrero de 1984, IBDD 30S/151, 171, párrafo 5.3. Véase también el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta ("Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta")*, adoptado el 19 de junio de 1992, IBDD 39S/242, párrafos 3.1 a 3.5. (El Grupo Especial no examinó las "medidas que puedan entrar en vigor durante las deliberaciones del Grupo Especial".)

¹¹⁸⁷Véanse, por ejemplo, *Bananos III*, WT/DS27/R, párrafo 7.30; *Coco desecado*, WT/DS22/R, párrafo 290; informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Denegación del trato de nación más favorecida con respecto al calzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil*, adoptado el 19 de junio de 1992, IBDD 39S/150, 174-175, párrafos 6.1 y 6.2.

¹¹⁸⁸Ley que prohíbe los premios injustificados y las representaciones que inducen a error, Ley N°

Según el artículo 3 de la Ley la JFTC podrá, cuando lo considere necesario para impedir la captación desleal de clientes:

"[...] limitar el valor máximo de cada premio, la cuantía total de los premios, el tipo de premios, los sistemas de oferta de premios o cualquier otro aspecto relacionado con ellos, o prohibir la oferta de premios".¹¹⁸⁹

Las dos Notificaciones en cuestión establecen límites a los premios de conformidad con la Ley de Premios. Dada la estrecha relación de esas Notificaciones de la JFTC con la Ley de Premios, y en consonancia con el razonamiento seguido en *Bananos III*, consideramos que el Japón tenía suficiente conocimiento de que esas Notificaciones estaban comprendidas dentro del ámbito de las reclamaciones estadounidenses. En consecuencia, no consideramos que pueda afirmarse que la inclusión de esas dos medidas en el asunto sometido a este Grupo Especial perjudique en forma alguna al Japón. Por consiguiente, constatamos que la Notificación 17 de la JFTC sobre premios a las empresas y la Notificación 5 de la JFTC sobre premios a los clientes están comprendidas en el ámbito de nuestro mandato y forman parte del asunto sometido a este Grupo Especial.

10.14 Al segundo grupo pertenecería una "medida" que, aunque no es subsidiaria de una "medida" enunciada en la solicitud de establecimiento del grupo especial, está estrechamente relacionada con ella, el Sexto Informe Provisional del Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial. El Sexto Informe Provisional no está mencionado en la solicitud de establecimiento del grupo especial, aunque forma parte de una serie de informes, otro de los cuales (el Séptimo Informe Provisional) figura entre las "medidas" indicadas en la solicitud. En este sentido, cabe considerar que el Sexto Informe Provisional está estrechamente relacionado con una "medida" enunciada en la solicitud. A este respecto, observamos que el Japón tenía conocimiento de que las reclamaciones estadounidenses se referían a los informes del Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial. No encontramos ninguna razón para pensar que el hecho de que examinemos el informe entrañe un perjuicio para el Japón o para terceros en el presente asunto, dada la naturaleza análoga del Sexto y el Séptimo Informes Provisionales y el considerable grado de solapamiento entre ambos. En consecuencia, constatamos que hay una relación suficientemente estrecha entre el Sexto y el Séptimo Informes Provisionales y que el primero está comprendido en el ámbito de nuestro mandato y forma parte del asunto sometido a este Grupo Especial.

10.15 En el tercer grupo podrían clasificarse dos medidas que sólo tienen una relación indirecta con otra medida mencionada en la solicitud de establecimiento del grupo especial. Las dos medidas en cuestión son: el Reglamento N° 1 de la JFTC de conformidad con el artículo 6 de la Ley Antimonopolio (Obligación de notificar los contratos internacionales) y la Notificación 34 de la JFTC sobre sorteos abiertos (1971). El Reglamento N° 1 y la Notificación 34 de la JFTC fueron publicados de conformidad, respectivamente, con el artículo 6 y con el párrafo 7) del artículo 2 de la Ley Antimonopolio, que no figura separadamente en la lista de medidas impugnadas por los Estados Unidos, pero a la que se

134 de 15 de mayo de 1962, Ex. D-1 del Japón.

¹¹⁸⁹Ibíd.

hace referencia en la solicitud de establecimiento del grupo especial en conexión con la identificación de una "medida" relativa al personal volante.

10.16 Al examinar si esas dos medidas han sido identificadas de forma suficiente en la solicitud de establecimiento del grupo especial, señalamos que, a diferencia de la Ley de Premios, que tiene un objeto delimitado de forma relativamente estricta (premios), la Ley Antimonopolio tiene un alcance sumamente amplio y se ocupa de una amplia gama de cuestiones. Por esa razón, no nos atreveríamos a afirmar que una simple referencia a la Ley Antimonopolio basta para que todas las medidas adoptadas por el Japón de conformidad con dicha Ley estén comprendidas en el ámbito de la solicitud de establecimiento del grupo especial. Por ejemplo, el texto del párrafo 7) del artículo 2 no especifica y predetermina claramente la forma, el contenido y el alcance de los reglamentos subsidiarios. No obstante, no es necesario que nos pronunciemos al respecto, ya que en este caso no se ha hecho ninguna referencia de carácter general a esta Ley, sino que la referencia de establecimiento del grupo especial a la Ley Antimonopolio se hace a los efectos de identificar una "medida" relativa al personal volante, cuestión que no tiene ninguna relación con la obligación de notificar los contratos internacionales o con los sorteos abiertos. Normalmente, tal referencia no sería suficiente para que el Japón tuviera conocimiento de que esas medidas preocupaban a los Estados Unidos. Además, no vemos que haya ninguna razón por la que, como han sugerido los Estados Unidos, la naturaleza de esas medidas impidiera a ese país especificarlas en la solicitud de establecimiento del grupo especial. A nuestro parecer, ni la obligación de notificar los contratos internacionales ni la Notificación 34 de la JFTC sobre sorteos abiertos (1971) son subsidiarias de una "medida" en litigio especificada en la solicitud del grupo especial ni están relacionadas estrechamente con ella. En consecuencia, constatamos que esas medidas no forman parte del asunto sometido a este Grupo Especial.

10.17 En el cuarto grupo situaríamos a las otras tres "medidas" a que se refiere la objeción de procedimiento planteada por el Japón al amparo del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Es evidente que esas tres "medidas" no están relacionadas con ninguna "medida" identificada expresamente en la solicitud de establecimiento del grupo especial. Las medidas en cuestión son las siguientes: la ayuda financiera concedida a Konica por el JDB para el establecimiento de servicios conjuntos de distribución; la ayuda financiera concedida por la SMEA a los laboratorios fotográficos para la adquisición de nuevo equipo para trabajos de laboratorio en color; y la Orientación de la JFTC sobre publicidad mediante ventas con pérdida y dumping (1983).

10.18 En el caso de las subvenciones del JDB y de la SMEA, los Estados Unidos sostienen que el Japón tenía conocimiento suficiente de las reclamaciones estadounidenses al respecto porque el Plan Básico de Sistematización de la Distribución del MITI de 1971, elaborado durante las consultas con el Japón y que figura entre las "medidas" enunciadas en la solicitud, hace referencia a la necesidad de "apoyo positivo y orientación del Gobierno" para llevar a cabo la sistematización. A nuestro parecer, la relación entre las dos medidas antes citadas y el Plan Básico de 1971 es demasiado tenue para que quepa considerar que la solicitud de establecimiento del grupo especial abarca esas dos medidas. No parece haber ninguna conexión entre las fechas de las "medidas" -de 1967 a 1976-¹¹⁹⁰ y un plan de 1971. Además, coincidimos con el Japón en que la expresión "apoyo positivo" del Plan Básico no se refiere necesariamente a contribuciones financieras y es demasiado vaga para que el Japón pudiera tener conocimiento de que la solicitud de establecimiento del grupo especial abarcaba las ayudas financieras del JDB y la SMEA. Además, no vemos ninguna razón por la que, como han sugerido los Estados Unidos, la naturaleza de esas "medidas" impidiera a los Estados Unidos especificarlas. En consecuencia, constatamos que esas "medidas" no forman parte del asunto sometido a este Grupo Especial.

¹¹⁹⁰El crédito del JDB data de 1976; las subvenciones de la SMEA comenzaron a concederse en 1967.

10.19 En lo que respecta a la Orientación de la JFTC sobre el establecimiento de normas relativas a la publicidad mediante ventas con pérdidas y dumping, observamos que la objeción de procedimiento al examen de esa "medida" se planteó en la segunda comunicación del Japón, como consecuencia de su inclusión en la lista de "medidas" impugnadas presentada por los Estados Unidos tras la primera reunión en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, por lo que no fue objeto, como las demás "medidas", de una argumentación detallada de las partes. A los fines que nos ocupan, basta señalar que es probable que esa Orientación, que en todo caso resulta difícil de comprender y cuya traducción es en parte objeto de una diferencia, no sea una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII y que no parece guardar ninguna relación con ninguna "medida" enunciada en la solicitud de establecimiento del grupo especial. En consecuencia, constatamos que esta Orientación de la JFTC no forma parte del asunto sometido a este Grupo Especial.

2. RESUMEN

10.20 En síntesis, basándonos en el examen que hemos hecho de la objeción de procedimiento del Japón a la inclusión en el mandato del Grupo Especial de ocho "medidas" concretas, constatamos que las siguientes "medidas" están comprendidas en el ámbito de nuestro mandato:

- el Sexto Informe Provisional del Consejo de Estructura Industrial, de 1968, "Perspectivas y aspectos de la modernización de la distribución";
- la Notificación 17 de 1967 de la JFTC sobre premios entre empresas; y
- la Notificación 5 de 1977 de la JFTC sobre premios a los clientes.

10.21 Constatamos además que las siguientes "medidas" no están comprendidas en el ámbito de nuestro mandato y no forman parte del asunto sometido a este Grupo Especial:

- la ayuda financiera concedida por el JDB a Konica en 1976 para el establecimiento de servicios conjuntos de distribución;
- la ayuda financiera concedida en 1967/1977 por la SMEA a los laboratorios fotográficos, para la adquisición de nuevo equipo para trabajos de fotografía en color;
- el Reglamento N° 1 de 1971 de la JFTC de conformidad con el artículo 6 de la Ley Antimonopolio (obligación de notificar los contratos internacionales);
- la Notificación 34 de 1971 de la JFTC sobre sorteos abiertos; y
- la Orientación de la JFTC de 1983 de la JFTC, sobre el establecimiento de normas relativas a la publicidad mediante ventas con pérdida y dumping.

B. ALEGACIONES DE LAS PARTES

10.22 Los Estados Unidos alegan que durante más de 30 años el Gobierno japonés, mediante la aplicación de tres grandes grupos de "contramedidas" relativas a la liberalización¹¹⁹¹ ha impedido la distribución y venta en el Japón de películas y papel

¹¹⁹¹Hay que señalar que hay discrepancia entre las partes acerca de la traducción correcta de la palabra japonesa *taisaku*. Los Estados Unidos utilizan *contramedida*, en tanto que el Japón aduce que es más apropiado traducirla por *medida* o *política en respuesta a*. Sobre ésta y otras cuestiones de traducción, nos remitimos, en la medida en que proceda, a las opiniones de los dos expertos en traducción designados por el Grupo Especial, el Profesor Zentarō Kitagawa y el Profesor Michael

fotográficos de consumo importados.¹¹⁹² Esos tres grandes grupos de "medidas" abarcan: 1) "medidas" relativas a la distribución, que, según se alega, promueven y facilitan la creación para las películas y el papel fotográficos de una estructura de mercado en la que las importaciones quedan excluidas de los canales tradicionales de distribución; 2) restricciones aplicadas a los establecimientos de venta al por menor en gran escala, que supuestamente restringen la expansión de un canal alternativo de distribución de las películas importadas; y 3) "medidas" relativas a la promoción, que se alega que colocan en una situación desventajosa a las importaciones mediante la restricción de la utilización de técnicas de promoción de ventas.

10.23 A la luz de la decisión precedente sobre la objeción de procedimiento formulada por el Japón, se indican a continuación las "medidas" concretas objeto de las alegaciones de los Estados Unidos. En la parte II se describen detalladamente tales "medidas".

"Contramedidas" relativas a la distribución

- Notificación 17 de 1967 de la JFTC sobre premios a las empresas;
- Decisión del Consejo de Ministros sobre la liberalización de las inversiones directas en el país, de 1967;
- Sexto Informe Provisional sobre "Perspectivas y aspectos de la modernización de la distribución", de 1968;
- Séptimo Informe Provisional sobre "Sistematización de las actividades de distribución", de 1969;
- informe del Estudio de 1969 sobre las condiciones de transacción;
- Directrices para la racionalización de las condiciones de comercio de las películas fotográficas de 1970;
- Plan Básico de Sistematización de la Distribución, de 1971;
- Manual de sistematización de la distribución por la industria: cámaras y películas fotográficas, de 1975.

Restricciones aplicadas a los establecimientos de venta al por menor en gran escala

- Ley de Grandes Tiendas de 1974;
- reforma de la Ley de Grandes Tiendas de 1979.

"Contramedidas" relativas a la promoción

Young. Véanse la parte I y el "Anexo sobre los problemas de traducción" de la parte XI. Los expertos en traducción consideran que *taisaku* puede traducirse, según el contexto, por *medida* o *contramedida*. En nuestras constataciones utilizamos ambos términos, pero en el último caso el término aparece siempre entre comillas.

¹¹⁹² Hay que señalar que la expresión "películas fotográficas de consumo" utilizada por los Estados Unidos abarca las películas en color y en blanco y negro destinadas a su utilización por los consumidores para tomas fotográficas fijas. Incluye la utilización de películas en negativo (positivos) y en positivo (diapositivas), así como las películas incorporadas a las denominadas "cámaras desechables". No están incluidas, en cambio diversas películas especiales utilizadas por los fotógrafos profesionales y otras películas especiales (películas de rayos X, microfilmes). Señalamos además que la expresión "papel fotográfico de consumo" utilizada por los Estados Unidos se refiere al papel fotosensible utilizado para hacer positivos fotográficos en color y en blanco y negro a partir de películas fotográficas de consumo. En adelante nos referiremos a las películas fotográficas de consumo y de papel fotográfico de consumo con los términos "películas" y "papel".

- Notificación 17 de 1967 de la JFTC sobre premios a las empresas;
- Decisión del Consejo de Ministros sobre la liberalización de las inversiones directas en el país, de 1967;
- Notificación 5 de 1977 de la JFTC sobre premios a los consumidores;
- Orientación de la JFTC sobre personal volante, de 1981;
- Medidas de autorregulación relativas a la lealtad en el comercio con empresas, de 1982;
- establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio, en 1982;
- Normas de autorregulación de la indicación de los precios de los trabajos fotográficos para películas en negativo en color, de 1984;
- aprobación por la JFTC del Código de Competencia Leal de los Minoristas y del órgano encargado de su aplicación de 1987, el Consejo de Comercio Leal de los Minoristas.

10.24 Los Estados Unidos alegan que todas y cada una de las "medidas" citadas anulan o menoscaban ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Sostienen además que las "medidas" relativas a la distribución antes citadas son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT. Por último alegan que i) las medidas de aplicación de la JFTC y de los consejos de comercio leal adoptadas al amparo de la Ley de Premios y de los códigos de competencia leal pertinentes y no publicadas por las que se establecen criterios aplicables en casos futuros, o se modifican esos criterios, y ii) las orientaciones no publicadas en virtud de las cuales las autoridades japonesas obligan, al amparo de la Ley de Grandes Tiendas, a quienes solicitan el establecimiento de una nueva tienda o la ampliación de una tienda existente, a coordinar sus planes con los competidores locales antes de presentar una notificación para su examen por el Gobierno, son incompatibles con el párrafo 1 del artículo X.

10.25 El Japón rechaza todas las alegaciones de los Estados Unidos.

C. ORDEN EN QUE DEBEN EXAMINARSE LAS RECLAMACIONES

10.26 Observamos que, tradicionalmente, en los asuntos en los que se formulan reclamaciones por infracción de disposiciones y reclamaciones no basadas en la infracción de disposiciones, los grupos especiales examinan en primer lugar las alegaciones de incompatibilidad con un acuerdo abarcado, en relación con el párrafo 1 a) del artículo XXIII, para proceder posteriormente a examinar las alegaciones de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones al amparo del párrafo 1 b) de dicho artículo.¹¹⁹³ No obstante, observamos que, en tanto que en la solicitud de establecimiento del presente Grupo Especial presentada por los Estados Unidos¹¹⁹⁴ se enumeran en primer lugar las reclamaciones basadas en la infracción de disposiciones, en el curso del procedimiento del Grupo Especial, los Estados Unidos y el Japón han abordado en primer lugar las reclamaciones estadounidenses de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII, y a continuación las alegaciones de incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo X.

10.27 Aun cuando el sistema tradicional de examinar en primer lugar las reclamaciones

¹¹⁹³Véase por ejemplo "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"), informe adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93, párrafo 142. Véase también el informe del Grupo de Trabajo sobre *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*, adoptado el 3 de abril de 1990, BISD II/188, párrafos 1, 12 (texto en inglés).

¹¹⁹⁴WT/DS44/2.

basadas en la infracción de disposiciones antes de proceder a examinar las reclamaciones de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones parece presentar ventajas, dado que en el asunto concreto que nos ocupa los Estados Unidos y el Japón han comenzado en sus comunicaciones escritas y orales por analizar estas últimas y han dedicado la mayor parte de sus argumentos a esta parte del asunto, consideramos más eficaz seguir el mismo orden que han seguido las partes al analizar las alegaciones de los Estados Unidos. Por consiguiente, examinaremos en primer lugar las alegaciones de los Estados Unidos relativas a la anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII y a continuación las alegaciones estadounidenses basadas en la infracción de los párrafos 4 del artículo III y 1 del artículo X.

D. CARGA DE LA PRUEBA

10.28 Dada la naturaleza de esta diferencia compleja desde el punto de vista fáctico y, especialmente las reclamaciones que en ella se formulan de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones con respecto a 16 "medidas" distintas, consideramos que reviste especial importancia la resolución de las cuestiones relativas a la atribución adecuada de la carga de la prueba.

10.29 Observamos que, como en todos los asuntos sometidos al sistema de solución de diferencias de la OMC/GATT -y, en realidad, como ha declarado recientemente el Órgano de Apelación¹¹⁹⁵, en la mayoría de los sistemas jurisprudenciales- la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma determinado hecho, reclamación o defensa. Una vez que esa parte haya presentado pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que ha de refutar esa presunción. El Órgano de Apelación expuso de forma sintética este principio, en los siguientes términos:

"Al abordar esta cuestión, encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba. Por consiguiente, no resulta sorprendente que diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, hayan aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el *common law* y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.

En el contexto del GATT de 1994 y en el Acuerdo sobre la OMC, la cuantificación precisa y la determinación del tipo de pruebas que se necesitará para establecer esa presunción variará necesariamente para cada medida, para cada disposición y para cada caso."¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁵Véase el informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India ("Estados Unidos - Camisas y blusas de tejidos de lana")*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 16.

¹¹⁹⁶Ídem (no se reproducen las notas a pie de página).

Así pues, en el asunto que nos ocupa, incumbe a los Estados Unidos la carga de probar sus alegaciones. Una vez que haya establecido una presunción de que lo alegado es cierto, corresponderá al Japón aportar pruebas suficientes para refutar esa presunción.

10.30 En el caso de la anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones a que se refiere el párrafo 1 b) del artículo XXIII, el párrafo 1 a) del artículo 26 del ESD y la jurisprudencia del GATT confirman que se trata de una acción excepcional, en la que la parte reclamante ha de apoyar con una *justificación detallada* sus reclamaciones. Concretamente, el párrafo 1 del artículo 26 del ESD establece, en la parte pertinente, lo siguiente:

"En los casos y en la medida en que esa parte considere, y un grupo especial o el Órgano de Apelación determine, que un asunto afecta a una medida que no está en contradicción con las disposiciones de un acuerdo abarcado al que sean aplicables las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994, se aplicarán los procedimientos previstos en el presente Entendimiento, con sujeción a lo siguiente:

- a) *la parte reclamante apoyará con una justificación detallada* cualquier reclamación relativa a una medida que no esté en contradicción con el acuerdo abarcado pertinente [...]" (la cursiva es nuestra).

10.31 Esta prescripción del ESD había sido codificada anteriormente, en términos prácticamente idénticos, en el *Anexo al Entendimiento de 1979 relativo a la solución de diferencias*.¹¹⁹⁷ Dicha prescripción ha sido reconocida y aplicada por diversos grupos especiales del GATT. Por ejemplo, el Grupo Especial sobre *Recurso del Uruguay al artículo XXIII* indicó que en los casos de anulación o menoscabo sin que haya habido violación de las disposiciones del Acuerdo General

"el país que invoque el artículo XXIII tendrá que demostrar el fundamento y las razones de su recurso a él. Así pues, es indispensable que presente sobre esos puntos conclusiones detalladas para que pueda formularse un juicio de conformidad con el artículo citado".¹¹⁹⁸

Asimismo, el Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Exención relativa a productos agrícolas* señalaba, al aplicar la codificación de 1979 de esta norma, lo siguiente:

"De la parte que presente una reclamación al amparo [del párrafo 1 b) del artículo XXIII] se espera normalmente que explique detalladamente que han sido anuladas o menoscabadas ventajas resultantes para ella de una concesión arancelaria."¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁷Véase *Anexo al Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia* ("*Anexo al Entendimiento de 1979 relativo a la solución de diferencias*"), adoptado el 28 de noviembre de 1979, IBDD 26S/229, página 234.

¹¹⁹⁸Informe del Grupo Especial sobre *Recurso del Uruguay al artículo XXIII* ("*Recurso del Uruguay*"), adoptado el 16 de noviembre de 1962, IBDD 11S/95, 100, párrafo 15.

¹¹⁹⁹Informe del Grupo Especial sobre *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 relativa a productos agrícolas*"), adoptado el 7 de noviembre de 1990, 37S/255, páginas 294-296, párrafos 5.20-5.23, cita del párrafo 5.21. Véase también *Japón - Comercio de semiconductores* ("*Japón - Semiconductores*"), informe adoptado el 4 de mayo de 1988, IBDD 35S/130, páginas 183-184, párrafo 131.

10.32 Así pues, en consonancia con los términos expresos del ESD y con la jurisprudencia establecida de la OMC/GATT, y teniendo presente la declaración del Órgano de Apelación de que "la cuantificación precisa y la determinación del tipo de pruebas que se necesitará para establecer una presunción [de que lo alegado es cierto] variará necesariamente [...] para cada disposición", consideramos que incumbe a los Estados Unidos, con respecto a su alegación de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII, la carga de justificar detalladamente su alegación para establecer una presunción de que lo alegado es cierto, y al Japón refutar esa presunción.

E. PÁRRAFO 1 b) DEL ARTÍCULO XXIII - ANULACIÓN O MENOSCABO SIN INFRACCIÓN DE DISPOSICIONES

10.33 Recordamos la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII según la cual determinadas "medidas" del Gobierno del Japón -ocho "contramedidas" relativas a la distribución, dos restricciones aplicadas a los establecimientos minoristas en gran escala y ocho "contramedidas" relativas a la promoción- tanto individualmente como en su conjunto, anulan o menoscaban ventajas resultantes para los Estados Unidos de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en relación con las películas y el papel fotográficos en blanco y negro y en color al término de tres rondas multilaterales sucesivas de negociaciones comerciales -la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay.¹²⁰⁰

10.34 Pasamos a analizar esta alegación de los Estados Unidos, examinando, en la medida en que resulte procedente, el sentido corriente de los términos del párrafo 1 b) del artículo XXIII, su contexto y el objeto y fin de ese precepto, así como la práctica seguida anteriormente en el GATT en relación con el párrafo 1 b) del artículo XXIII.¹²⁰¹

1. ANÁLISIS GENERAL DE LA ACCIÓN POR ANULACIÓN O MENOSCABO SIN INFRACCIÓN DE DISPOSICIONES

10.35 El Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* explicó de forma convincente la finalidad a que responde el párrafo 1 b) del artículo XXIII:

"La idea subyacente [a las disposiciones del párrafo 1 b) 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.¹²⁰²

¹²⁰⁰El mandato del Grupo Especial abarca solamente 16 "medidas" distintas en total, ya que dos de las "contramedidas" relativas a la distribución (la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 y la Notificación 17 de 1967 de la JFTC) figuran también entre las "contramedidas" relativas a la promoción.

¹²⁰¹Véase el artículo 31 de la Convención de Viena.

¹²⁰²*CEE - Semillas oleaginosas*, informe adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93, página 140, párrafo 144.

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.¹²⁰³

Resulta evidente que la preservación del proceso y de los resultados de la negociación de concesiones arancelarias recíprocas en el marco del artículo II es fundamental para el equilibrio de derechos y obligaciones estipulado por todos los Miembros de la OMC.

10.36 Señalamos que aunque la acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones constituye un instrumento importante y aceptado del mecanismo de solución de diferencias de la OMC/GATT y ha figurado "en los textos" durante casi 50 años, sólo en ocho asuntos grupos especiales o grupos de trabajo han realizado un examen sustantivo de reclamaciones formuladas al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII.¹²⁰⁴ De ello se

¹²⁰³Ibid., párrafo 148.

¹²⁰⁴Informe del Grupo de Trabajo sobre *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*, adoptado el 3 de abril de 1950, BISD II/188; informe del Grupo Especial sobre *Alemania - Régimen de importación de sardinas ("Alemania - Sardinas")*, G/26, adoptado el 31 de octubre de 1952, BISD 1S/53; *Recurso del Uruguay*, adoptado el 16 de noviembre de 1962, IBDD 11S/100; informe del Grupo Especial sobre *CEE - Trato arancelario concedido a las importaciones de productos cítricos procedentes de algunos países de la región del Mediterráneo ("CEE - Productos cítricos")*, documento L/5576 del GATT, de fecha 7 de

desprende que tanto las partes contratantes del GATT como los Miembros de la OMC han adoptado al respecto un enfoque prudente y que, de hecho, han considerado que esa acción es un instrumento excepcional de la solución de diferencias. A este respecto señalamos que en el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* las dos partes en ese asunto, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, confirmaron la necesidad de adoptar un enfoque prudente respecto de la acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones y de considerar que ese concepto es excepcional.¹²⁰⁵ La razón de esta prudencia es evidente. Los Miembros negocian las normas que convienen en seguir y sólo excepcionalmente prevén la posibilidad de que se dirijan contra ellas impugnaciones por medidas que no infringen esas normas.

10.37 Aunque consideramos que la acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones debe ser objeto de un enfoque prudente y seguir siendo una acción excepcional, hay que analizar las circunstancias que concurren en cada caso, teniendo presente la necesidad a que antes se ha hecho referencia de preservar el proceso de negociación de concesiones arancelarias recíprocas. Nuestra misión en calidad de grupo especial encargado de examinar reclamaciones formuladas al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII consiste, por consiguiente, en evaluar objetivamente si, a la luz de todos los hechos y circunstancias pertinentes al asunto que se nos ha sometido, determinadas medidas adoptadas por el Japón han anulado o menoscabado ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

febrero de 1985 (no adoptado); informe del Grupo Especial sobre *CEE - Ayudas concedidas para la producción de melocotones en lata, peras en lata, macedonias de frutas en lata y pasas ("CEE - Frutas en lata")*, documento L/5778 del GATT, de fecha 20 de febrero de 1985 (no adoptado); *Japón - Semiconductores*, adoptado el 4 de mayo de 1988, IBDD 35S/130; *CEE - Semillas oleaginosas*, adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93; *Estados Unidos - Exención relativa a productos agrícolas*, adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/255.

¹²⁰⁵En *CEE - Semillas oleaginosas*, 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 ser objeto de aplicación cautelosa". *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, página 129, párrafo 114. En ese mismo asunto, la CEE manifestó 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", *Ibíd.*, párrafo 113.

10.38 En la jurisprudencia del GATT, la mayoría de las reclamaciones por anulación o menoscabo sin violación de disposiciones han tenido por objeto situaciones en las que a raíz del otorgamiento de una concesión arancelaria sobre un producto determinado se ha introducido o modificado una subvención interna compatible con el GATT en beneficio de los productores del producto en cuestión.¹²⁰⁶ En el asunto que nos ocupa en este momento hay un tipo distinto de reclamación por anulación o menoscabo sin infracción. No obstante, queremos aclarar desde un principio que no consideramos *a priori* improcedente aplicar la acción basada en el párrafo 1 b) del artículo XXIII a otros actos del gobierno, como los destinados a fortalecer la competitividad de determinados sectores industriales o de distribución mediante una asistencia no financiera. El hecho de que la asistencia sea financiera o no financiera, directa o indirecta, no es un factor determinante de la posibilidad de que sus efectos alteren el resultado previsto de las negociaciones arancelarias. Así pues, la política industrial de un Miembro, orientada a incrementar la eficiencia de un sector, puede, en determinadas circunstancias, trastornar la relación de competitividad en el mercado entre productos nacionales e importados en una forma que puede dar lugar a una acción basada en el párrafo 1 b) del artículo XXIII. Por ejemplo, es concebible que, en el contexto del sistema de distribución de un Miembro, medidas que no infringen las normas del GATT puedan aplicarse en una forma que dé lugar de hecho a una repercusión desproporcionada en las condiciones del mercado para los productos importados. No obstante, hemos de tener presente a este respecto que nunca se ha considerado que las concesiones arancelarias garanticen volúmenes de comercio, sino que, como se ha aclarado antes, únicamente generan expectativas en cuanto a la relación de competitividad.

10.39 Los Estados Unidos han presentado numerosas pruebas sobre la estructura del mercado japonés de películas. Al examinar las alegaciones de los Estados Unidos, señalamos que la cuestión no estriba en si la estructura descrita por los Estados Unidos existe o no de hecho, sino en si medidas imputables al Gobierno del Japón han contribuido a la creación o mantenimiento de esa estructura en una forma que anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.40 Aun reconociendo la posibilidad de aplicación del párrafo 1 b) del artículo XXIII en este contexto, señalamos también que el asunto que examinamos presenta algunos rasgos pocos habituales. Muchas de las "medidas" citadas datan de una fecha bastante anterior y su situación actual no siempre es clara. Además, muchas de esas medidas son, a primera vista, neutrales en cuanto al origen de los productos. Esos rasgos pueden hacer que sea más difícil apoyar en una justificación detallada una reclamación por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones.

2. LOS TRES ELEMENTOS EXIGIDOS

10.41 Pasamos ahora a examinar más detenidamente el alcance del párrafo 1 b) del

¹²⁰⁶Véanse *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*, BISD II/188; informe del Grupo de Trabajo sobre *Otras barreras comerciales*, adoptado el 3 de marzo de 1955, IBDD 3S/113, página 115, párrafo 13; informe sobre *Aplicación de las disposiciones del artículo XVI*, adoptado el 21 de noviembre de 1961, IBDD 10S/217, página 227, párrafo 28; *CEE - Frutas en lata*, documento L/5778 del GATT (no adoptado); *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93.

artículo XXIII. Dicho precepto, en la parte pertinente, dispone lo siguiente:

"En caso de que [un Miembro] considere que una *ventaja* resultante [para él] directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle *anulada o menoscabada* [...] a consecuencia de [...] b) que [otro Miembro] *aplique* una *medida*, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo [...]" (la cursiva es nuestra).

El texto del párrafo 1 b) del artículo XXIII establece tres elementos que la parte reclamante ha de demostrar que concurren para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII que pueda ser admitida a trámite: 1) la aplicación de una medida por un Miembro de la OMC; 2) una ventaja resultante del acuerdo pertinente; y 3) anulación o menoscabo de la ventaja a consecuencia de la aplicación de la medida.¹²⁰⁷ En nuestro análisis examinaremos sucesivamente cada uno de esos tres elementos.

a) **Aplicación de una medida**

10.42 Al analizar los elementos de una reclamación de esta naturaleza, el punto de partida lógico es la exigencia de que un Miembro de la OMC haya aplicado una medida. En primer lugar, es necesario definir qué se entiende por *medida*. En el asunto que examinamos, algunos de los elementos incluidos por los Estados Unidos en su lista de "medidas" son leyes o reglamentos; otros son actos menos formales o concretos del gobierno, como declaraciones de política general de organismos y funcionarios públicos de diverso rango, y por último, otros son actos del gobierno por los que se autorizan de forma general determinadas actividades del sector privado, y que suscitan la cuestión del grado en que esas actividades son imputables al gobierno. En relación con los dos últimos tipos citados de supuestas "medidas" se plantean varias cuestiones generales teóricas, así como cuestiones concretas en relación con cada "medida". En el siguiente apartado estudiamos las cuestiones generales relacionadas con la definición de *medida*.

i) **Aspectos generales**

10.43 No cabe duda de que el sentido corriente del término *medida* utilizado en el párrafo 1 b) del artículo XXIII abarca las leyes o reglamentos publicados por un gobierno, pero, a nuestro parecer, su alcance es más amplio e incluye otros actos del Gobierno distintos de la publicación de normas legalmente exigibles.¹²⁰⁸ Al mismo tiempo, es cierto que no cabe considerar que cualquier declaración de un funcionario público o cualquier estudio preparado por una institución no gubernamental a instancia del gobierno o con cierto grado de apoyo del mismo constituya una medida de un gobierno Miembro.

10.44 En el Japón, se admite que el Gobierno actúe en ocasiones por medio de lo que se denomina orientación administrativa. En tal caso, aunque la empresa que recibe la orientación del Gobierno del Japón no esté obligada legalmente a actuar de conformidad con ella, cabe prever que lo haga, dado el poder del Gobierno y el sistema de incentivos y desincentivos gubernamentales derivados de la amplia gama de actividades del Gobierno y de la intervención de éste en la economía japonesa. Como señalan las partes, la orientación

¹²⁰⁷Véanse por ejemplo, *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, párrafos 142 a 152; *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*, BISD II/188, páginas 192-193 del texto inglés.

¹²⁰⁸Las dos definiciones de *measure* pertinentes a nuestro examen que da el *Concise Oxford Dictionary (Ninth Edition 1995)* son "legislative enactment" (promulgación de una norma legal) y "suitable action to achieve some end" (acto adecuado para alcanzar un fin).

administrativa adopta diversas formas en el Japón. Por ejemplo, el Japón hace referencia a lo que denomina "orientación administrativa reguladora", que reconoce que puede sustituir de hecho a actos formales del Gobierno.¹²⁰⁹ También hace referencia a la orientación administrativa indicativa, en la que se insta a las empresas a hacer algo que en todo caso tienen interés en hacer. En opinión del Japón, este tipo de orientación no puede asimilarse a una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. A los efectos de nuestro análisis, esas distinciones son pertinentes a la cuestión que examinamos, pero no determinantes. Por consiguiente, no es útil que intentemos clasificar una orientación administrativa concreta en una u otra categoría general, sino que es necesario que examinemos, como han hecho anteriormente varios grupos especiales del GATT, cada una de las supuestas "medidas" para determinar si concurren en ella las características concretas que debe reunir una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.45 Del examen de la jurisprudencia del GATT, y especialmente del informe del Grupo Especial sobre *Japón - Semiconductores*, se desprende que cuando una orientación administrativa genera incentivos o desincentivos, que dependen en gran medida de la intervención del Gobierno, para que los particulares actúen en una forma determinada, puede considerarse que esa orientación constituye una medida del Gobierno.¹²¹⁰ En ese asunto, el Grupo Especial constató que una medida, aunque no era obligatoria, podía considerarse una *restricción* sujeta a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo XI, porque:

"los incentivos y desincentivos utilizados bastaban para asegurar la efectividad de las medidas [...] [y] la aplicación de las medidas [...] dependía fundamentalmente de la acción o intervención gubernamental [porque en tal caso] las medidas se aplicaban de forma tal que equivalían a prescripciones obligatorias, diferenciándose de éstas sólo en la forma y no en el fondo [...]".¹²¹¹

10.46 Otro grupo especial, que examinó el asunto *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios*, constató que cabía considerar que la orientación administrativa informal utilizada por el Gobierno japonés para restringir la producción de ciertos productos agropecuarios constituía una medida gubernamental en el sentido del párrafo 2 del artículo XI del GATT porque emanaba del Gobierno y tenía efectividad en el contexto japonés.¹²¹² En concreto, en lo que respecta al método utilizado para aplicar determinadas medidas, el Grupo Especial constató que:

"la práctica de la 'orientación administrativa' desempeñaba un papel importante. Considerando que esta práctica era un instrumento tradicional de la política gubernamental del Japón basada en el consenso y en las presiones del medio, el Grupo Especial decidió fundamentar sus juicios en la *eficacia de las medidas*, haciendo caso omiso de su inicial falta de transparencia".¹²¹³

En concordancia con esta observación del Grupo Especial que examinó el asunto *Japón -*

¹²⁰⁹Véase el párrafo 6.94.

¹²¹⁰*Japón - Semiconductores*, IBDD 35S/130, páginas 174-175, párrafos 107-108.

¹²¹¹*Ibíd.*, páginas 175-176, párrafo 109.

¹²¹²Informe del Grupo Especial sobre *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios* ("*Japón - Productos agropecuarios*"), adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 35S/185, página 278.

¹²¹³*Ibíd.* (la cursiva es nuestra).

Productos agropecuarios, estimamos que nuestro análisis de las supuestas "medidas" en el asunto que examinamos debe tener en cuenta el contexto en el que se producen esos actos del gobierno y el efecto que tienen sobre los particulares.

10.47 En el caso que examinamos, el Japón aduce que, a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII, es necesario que las medidas proporcionen ventajas o impongan obligaciones, y que para imponer obligaciones una medida ha de consistir en una política o acto del gobierno que imponga obligaciones jurídicamente vinculantes o cuyo contenido equivalga al de una obligación jurídicamente vinculante. Los Estados Unidos sostienen que no debe entenderse que la expresión "medida" del párrafo 1 b) del artículo XXIII se refiera únicamente a obligaciones jurídicamente vinculantes o a efectos equivalentes sustantivamente a los de una obligación de esa naturaleza, y propugnan una interpretación más amplia de ese término.

10.48 Teniendo presentes los criterios aplicados en el asunto *Japón - Semiconductores* para determinar si una medida formalmente no vinculante debía ser asimilada o no a una restricción gubernamental sujeta a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo XI (que la orientación administrativa generara incentivos o desincentivos para actuar y que el cumplimiento de la orientación dependiera en gran medida de la acción del Gobierno), estimamos que no cabe duda de que esos criterios pueden utilizarse satisfactoriamente para definir el término *medida* del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Sin embargo, tomamos nota de que en ninguna de las constataciones del informe sobre *Japón - Semiconductores* se sugiere que haya que considerar que este criterio de los incentivos/desincentivos constituye el único criterio para caracterizar medidas formalmente no vinculantes como medidas gubernamentales. En consecuencia, estimamos que no puede considerarse que el informe sobre *Japón - Semiconductores* establezca el criterio exclusivo ni el límite último de lo que puede considerarse que constituye una medida sujeta a lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.49 Concretamente, no estamos convencidos de que deba aplicarse la definición propuesta por el Japón, conforme a la cual es necesario que una medida proporcione una ventaja o imponga una obligación jurídicamente vinculante o que su contenido equivalga al de una obligación jurídicamente vinculante, para delimitar lo que puede constituir una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. A nuestro parecer, no es necesario que una política o un acto gubernamental tengan una naturaleza sustancialmente vinculante u obligatoria para que sea probable que los particulares se atengan a ella en una forma que anule o menoscabe expectativas legítimas de ventajas incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 b) del artículo XXIII. De hecho, es evidente que actos no vinculantes, que incluyan incentivos o desincentivos suficientes para que los particulares actúen de una determinada manera, pueden tener efectos desfavorables en las condiciones de competencia en la esfera del acceso a los mercados. Por ejemplo, varias reclamaciones de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones han tenido por objeto las subvenciones, cuya percepción sólo requiere el cumplimiento voluntario de las condiciones que dan derecho a ellas. Estimamos además, que es concebible, que, en los casos en que hay un elevado grado de cooperación y colaboración entre el gobierno y las empresas, es decir cuando la actividad económica se basa en gran medida en la orientación administrativa y en otros medios aún más informales de cooperación entre el gobierno y las empresas, incluso declaraciones de política general del gobierno formuladas en términos indicativos y no vinculantes tengan sobre los particulares efectos similares a los de una medida jurídicamente vinculante o a los de lo que el Japón denomina orientación administrativa reguladora. En consecuencia, estimamos que debemos estar dispuestos a aceptar una definición amplia del término *medida* a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII, en la que se tenga en cuenta si un acto gubernamental no vinculante tiene o

no efectos similares a los de una medida vinculante.

10.50 Hemos llegado a esta conclusión teniendo presente que el fin del párrafo 1 b) del artículo XXIII es proteger el equilibrio de las concesiones hechas en el marco del GATT, ofreciendo a tal efecto una vía para obtener una reparación por actos del gobierno que no son objeto de regulación en las normas del GATT, pero anulan o menoscaban las expectativas legítimas de un Miembro de obtener ventajas de las negociaciones arancelarias.¹²¹⁴ Para conseguir este fin, a nuestro parecer, es importante no definir de forma injustificadamente restrictiva el tipo de actos del gobierno que se consideran abarcados por el párrafo 1 b) del artículo XXIII. De lo contrario, se correría el riesgo de que hubiera situaciones en las que los gobiernos hubieran intervenido en alguna forma en la anulación o menoscabo de ventajas sin que pudiera obtenerse ningún resarcimiento al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII, lo que impediría que este precepto cumpliera su finalidad. No obstante, hemos de subrayar que una definición amplia de *medida* no supone una ampliación del alcance de la acción amparada por el párrafo 1 b) del artículo XXIII, porque sigue incumbiendo al Miembro reclamante la carga de demostrar claramente que la medida de que se trata tiene por efecto la anulación o menoscabo de ventajas o es causa de una u otro y, como se ha aclarado antes, en último término el gobierno del Miembro demandado sólo es responsable de los efectos que él mismo haya provocado.

10.51 Por último, en relación con la cuestión de lo que puede constituir una medida gubernamental, tomamos nota del análisis que han hecho varios grupos especiales del GATT que se han ocupado de la cuestión conexas de qué puede considerarse que abarca la expresión "las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso [...] en el mercado interior" del párrafo 4 del artículo III del GATT. En tales casos, la conclusión de que hay una ley, reglamento o prescripción en vigor que infringe las normas del GATT da lugar a una presunción de anulación o menoscabo. Aun así, los grupos especiales han adoptado un enfoque amplio al determinar si una medida gubernamental es una ley, reglamento o prescripción. Por ejemplo, en 1984 un grupo especial examinó los compromisos escritos de compra y exportación en el marco de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera del Canadá, que presentaban los inversores con respecto a la gestión de las empresas que se proponían adquirir o establecer, supeditados a la aprobación por el Gobierno canadiense de la adquisición o establecimiento propuestos. Esos compromisos escritos eran considerados compromisos jurídicamente vinculantes en virtud de la Ley. El Grupo Especial determinó que los compromisos debían considerarse "leyes, reglamentos o prescripciones" en el sentido del párrafo 4 del artículo III, a pesar de que la Ley no impusiera la obligación de presentarlos.¹²¹⁵ De forma análoga, el Grupo Especial encargado de examinar el asunto *CEE - Piezas y componentes* consideró que la expresión "leyes, reglamentos o prescripciones" abarcaba las prescripciones "que una empresa acepta voluntariamente con objeto de obtener una ventaja del gobierno".¹²¹⁶ Habida cuenta de que el alcance del término *prescripción*

¹²¹⁴ *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, párrafo 144.

¹²¹⁵ *Canadá - Inversión extranjera*, IBDD 30S/151, páginas 171-2, párrafo 5.4.

¹²¹⁶ Informe del Grupo Especial sobre *CEE - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes* ("*CEE - Piezas y componentes*"), adoptado el 16 de mayo de 1990, IBDD 37S/147, página 218, párrafo 5.21. Véase también el informe del Grupo Especial sobre *Bananos III*, WT/DS27/R, párrafos 7.179 y 7.180. La Lista Ilustrativa de las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC) que figura en el anexo al Acuerdo de las MIC indica que las MIC incompatibles con el párrafo 4 del artículo III y con el párrafo 1 del artículo XI comprenden las que sean "obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener la ventaja" (la cursiva es nuestra).

parece menos amplio que el de *medida*, la interpretación amplia dada al primero de esos términos por los Grupos Especiales sobre *Canadá - Inversión extranjera y CEE - Piezas y componentes* apoya una interpretación aún más amplia del término *medida* del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

ii) Actos del gobierno y acciones privadas

10.52 Del hecho de que el Acuerdo sobre la OMC es un Acuerdo Internacional, que sólo obliga directamente a los gobiernos nacionales y los territorios aduaneros distintos, se desprende que el término *medida* utilizado en el párrafo 1 b) del artículo XXIII y en el párrafo 1 del artículo 26 del ESD, así como en otros artículos del Acuerdo sobre la OMC, se refiere exclusivamente a las políticas o actos de los gobiernos y no de los particulares. Pero aunque no quepan dudas sobre ese "hecho", en varias diferencias comerciales los grupos especiales se han visto enfrentados a la necesidad de adoptar una decisión, a veces difícil, acerca del grado en que acciones que a primera vista parecen acciones de particulares pueden ser imputables al gobierno por razón de la conexión del gobierno con esas acciones o el apoyo prestado a ellas.

10.53 En 1960, un estudio del GATT, al examinar la cuestión de si las subvenciones financiadas con imposiciones de carácter no gubernamental debían ser objeto de una notificación de conformidad con el artículo XVI, exponía la opinión de que "para poder determinarlo [...] conviene examinar el origen de los fondos y hasta qué punto el Estado interviene eventualmente para reunirlos".¹²¹⁷

10.54 En el asunto *Japón - Semiconductores*, "El Japón sostenía que [...] el derecho de los productores y exportadores japoneses a exportar semiconductores al precio que desearan no estaba limitado por ninguna medida gubernamental. [...] Las empresas privadas limitaban sus exportaciones por interés propio y esa medida de carácter privado quedaba fuera del alcance del artículo XI.1."¹²¹⁸ No obstante, el Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión de 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 dejara de exportar a precios inferiores a los costos de las correspondientes empresas [...] el Grupo Especial consideró que la razón de ser y los elementos esenciales del conjunto de medidas eran los de un sistema formal de control de las exportaciones."¹²¹⁹

10.55 Por último, en 1989, el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Restricciones a las importaciones de manzanas de mesa* observó que "el régimen interno de la CEE en lo relativo a las manzanas era un régimen híbrido que combinaba elementos de responsabilidad pública y responsabilidad privada. Desde el punto de vista de la legislación, había dos sistemas posibles, la compra directa de manzanas por las autoridades de los Estados Miembros y la retirada de fruta por grupos de productores". El Grupo Especial constató que se podía considerar que tanto el sistema de compra como el de retiro establecidos para las manzanas

¹²¹⁷Informe sobre *Examen general previsto en el apartado 5 del artículo XVI*, adoptado el 24 de mayo de 1960, IBDD 9S/202, página 206, párrafo 12.

¹²¹⁸*Japón - Semiconductores*, IBDD 35S/130, párrafo 102.

¹²¹⁹*Ibíd.*, párrafo 117.

en virtud del Reglamento de la CEE constituían medidas gubernamentales a los efectos del párrafo 2 c) i) del artículo XI.¹²²⁰

10.56 Esos asuntos sustanciados anteriormente en el GATT demuestran que el hecho de que una determinada acción sea realizada por particulares no excluye la posibilidad de que pueda considerarse una medida gubernamental si hay una intervención suficiente del gobierno en ella. No obstante es difícil establecer reglas claras al respecto, por lo que esa posibilidad habrá de ser examinada caso por caso.

iii) Medidas y persistencia de los efectos de las medidas

10.57 El texto del párrafo 1 b) del artículo XXIII está redactado en presente: "En caso de que [un Miembro] considere que una ventaja resultante [para él] directa o indirectamente del presente Acuerdo *se halle* anulada o menoscabada [...] a consecuencia de [...] b) que [otro Miembro] aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo [...]", lo que da pie para mantener que, dado que el texto se refiere en presente a una anulación o menoscabo provocados por la aplicación de una medida "contraria o no" a las disposiciones del Acuerdo, el sentido corriente de los términos de esta disposición reduce la acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones a las medidas que se apliquen en ese momento.

10.58 Además, los precedentes del GATT/OMC en otras esferas, incluidos casi todos los asuntos sometidos a grupos especiales en el marco del párrafo 1 a) del artículo XXIII, confirman que los grupos especiales del GATT/OMC siguen la práctica de no pronunciarse sobre medidas cuyo período de vigencia haya expirado o que hayan sido anuladas o dejadas sin efecto.¹²²¹ Sólo en un número muy reducido de asuntos, en los que se examinaban situaciones de características muy especiales, han procedido los grupos especiales a pronunciarse sobre reclamaciones relativas a medidas que ya no existían o ya no eran aplicadas. En tales casos, se trataba, por regla general, de medidas que se habían aplicado hasta muy poco antes.¹²²²

¹²²⁰Informe del Grupo Especial sobre *CEE - Restricciones a las importaciones de manzanas de mesa (reclamación de Chile)*, adoptado el 22 de junio de 1989, IBDD 36S/104, página 143, párrafo 12.9.

¹²²¹Véase *Estados Unidos - Gasolina*, documento WT/DS2/R, párrafo 6.19, informe en el que 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". Véase también el informe del Grupo Especial sobre *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, WT/DS56/R, distribuido el 25 de noviembre de 1997, páginas 99-102.

¹²²²Véanse por ejemplo, el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Camisas y blusas de tejidos de lana*, WT/DS33/R, confirmado por el Órgano de Apelación, WT/DS33/AB/R, en el que el Grupo Especial se pronunció sobre una medida que había sido revocada después del período intermedio de reexamen pero antes del traslado del informe definitivo a las partes; el informe del Grupo de Expertos sobre *CEE - Medidas en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal*, adoptado el 14 de marzo de 1992, IBDD 25S/53, en el que el Grupo de Expertos se pronunció sobre una medida que había dejado de aplicarse, pero sólo una vez que se había ya acordado el mandato del Grupo de Expertos; el informe del Grupo Especial sobre *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, en el que el Grupo Especial decidió pronunciarse sobre la compatibilidad con el GATT de una medida abolida, pero únicamente teniendo en cuenta el acuerdo de las dos partes a ese respecto; y el informe del Grupo Especial sobre *CEE - Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, adoptado el 10 de noviembre de 1980, IBDD 27S/104, en el que el Grupo Especial se pronunció sobre una medida que había quedado sin efecto antes del acuerdo sobre el mandato del Grupo Especial, pero en un caso en el que el mandato incluía expresamente esa medida y, dado el carácter estacional de la misma, había posibilidades de que se

10.59 Observamos que las partes en la diferencia no discrepan en cuanto al principio fundamental de que sólo una medida que siga siendo aplicada, y no la estructura del mercado que pueda o no resultar de la aplicación de tal medida, puede servir de base a una reclamación admisible al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT. Tomamos nota de que, en cambio, las partes discrepan en cuanto a si algunas de las "medidas" en litigio siguen o no en vigor. En tanto que el Japón aduce que hace años que la mayoría de esas "medidas" quedaron sin efecto, por lo que no pueden ser impugnadas en este momento, los Estados Unidos sostienen que sólo se han revocado formalmente dos "medidas" como máximo y que, en todo caso, todas las políticas en que se basaban las "medidas" siguen aplicándose en forma de "orientación administrativa continuada". Dada la significación del principio de aplicación continuada de las medidas para la interpretación del párrafo 1 b) del artículo XXIII, es preciso que analicemos con especial cuidado -al examinar cada una de las "medidas"- las pruebas relativas a esa supuesta orientación administrativa continuada. En este momento, basta decir que no descartamos la posibilidad de que *antiguas* "medidas" que nunca fueron oficialmente revocadas continúen siendo aplicadas mediante una orientación administrativa continuada. De forma análoga, aun cuando las medidas hayan sido revocadas oficialmente, cabe que sigan aplicándose las políticas en que se basaban mediante esa orientación administrativa. No obstante, incumbe a los Estados Unidos la carga de demostrar claramente que esa orientación existe de hecho y que anula o menoscaba actualmente ventajas.

iv) Resumen

10.60 Al examinar las reclamaciones de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones en el caso que nos ocupa, consideramos importante analizar con especial atención la cuestión de si las "medidas" en litigio son medidas privadas o imputables al Gobierno del Japón, especialmente habida cuenta del acusado desacuerdo que existe entre las partes en cuanto a la naturaleza de algunas de esas "medidas". Somos también plenamente conscientes de que a veces tal vez no sea posible establecer con gran precisión los criterios para delimitar claramente el carácter de una medida. Recordando las consideraciones hechas en los párrafos 10.48 a 10.50 *supra*, adoptaremos un enfoque amplio de lo que constituye una medida, teniendo presente que, en todo caso, los Estados Unidos han de demostrar que la medida tiene efectivamente como consecuencia una anulación o menoscabo de ventajas previstas.

b) Ventaja resultante del GATT

10.61 El segundo elemento que hemos de tener necesariamente en cuenta para establecer la existencia de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones en el marco del párrafo 1 b) del artículo XXIII es la existencia de una ventaja resultante para un Miembro de la OMC del acuerdo correspondiente (en este caso, el GATT de 1994). En todos los asuntos sustanciados anteriormente en el marco del GATT en el que se han examinado reclamaciones formuladas al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII, salvo en uno, la ventaja invocada ha sido la expectativa legítima de mejores oportunidades de acceso a los mercados derivada de las concesiones arancelarias correspondientes.¹²²³ De esa misma serie

restableciera.

¹²²³ *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*, informe adoptado el 3 de abril de 1950, BISD II/188; *Alemania - Sardinias*, adoptado el 31 de octubre de 1952, BISD 1S/53; informe del Grupo Especial sobre *Recurso del Uruguay*, adoptado el 16 de noviembre de 1962, IBDD 11S/100; *CE - Productos cítricos*, documento L/5776 del GATT, de fecha 7 de febrero de 1985 (informe no adoptado); *CEE - Frutas en lata*, documento L/5778 del GATT, de fecha 20 de febrero de 1985 (informe no adoptado); *Japón - Semiconductores*, informe adoptado el 4 de mayo de 1988, IBDD 35S/130; *CEE - Semillas*

de precedentes del GATT se desprende que para que las expectativas sean legítimas es necesario que tengan en cuenta todas las medidas de la parte que haga la concesión que podrían haberse previsto razonablemente en el momento de la concesión.¹²²⁴ Desde luego, lo mismo que ocurre en el caso del primer elemento (aplicación de una medida), incumbe a la parte reclamante la carga de demostrar la "ventaja resultante".

10.62 En el caso concreto que examinamos, la cuestión de las expectativas legítimas de ventajas resultantes para los Estados Unidos resulta más compleja debido a que los Estados Unidos alegan haber tenido expectativas de ventajas consistentes en un mejor acceso a los mercados de cuatro productos distintos (correspondientes a distintas líneas arancelarias), derivadas de tres rondas sucesivas de negociaciones comerciales multilaterales. Esa alegación plantea dos cuestiones de carácter general. En primer lugar ¿pueden derivar las ventajas legítimamente previstas por un Miembro de rondas sucesivas de negociaciones arancelarias? En segundo lugar ¿qué factores hay que tener en cuenta para determinar si un Miembro debería haber previsto razonablemente medidas que, según ese Miembro, anulan o menoscaban ventajas?

i) Ventajas resultantes de rondas sucesivas

10.63 Los Estados Unidos alegan haber tenido expectativas razonables de ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII de las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón en relación con las películas y el papel en blanco y negro en la Ronda Kennedy (1967), con las películas y el papel en color y en blanco y negro en la Ronda de Tokio (1979) y con las películas y el papel en color y blanco y negro en la Ronda Uruguay (1994). El Japón aduce que hay que limitar las expectativas razonables de los Estados Unidos a las existentes en 1994 al término de la Ronda Uruguay, dado que esas expectativas respondían a un nuevo equilibrio y una revaluación global de las concesiones de acceso a los mercados y sustituían a cualesquiera expectativas razonables a que pudieran haber dado lugar anteriores negociaciones arancelarias.

10.64 Consideramos pertinentes a la resolución de esta cuestión dos disposiciones del GATT de 1994 (los apartados b) i) y d) del párrafo 1). El texto del GATT de 1994, en la parte pertinente, establece lo siguiente:

oleaginosas, informe adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93; *Estados Unidos - Exención relativa a productos agropecuarios*, informe adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/255. Sólo en el asunto *CE - Productos cítricos*, la parte reclamante alegó que la ventaja afectada no era el mejor acceso a los mercados resultantes de las concesiones arancelarias hechas en el marco del artículo II del GATT, sino el trato previsto en el párrafo 1 del artículo I del GATT ("nación más favorecida") en conexión con las preferencias arancelarias no consolidadas otorgadas por la Comunidad Europea a determinados países del Mediterráneo.

¹²²⁴Véanse por ejemplo, *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*, BISD II/188, 193-194; *Alemania - Sardinias*, BISD 1S/53, 58-59; *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, 126-129.

"1. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994") comprenderá:

- a) las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de fecha 30 de octubre de 1947, [...]
- 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."

Como se menciona en el texto citado -conocido también como cláusula de incorporación del GATT de 1994- el GATT de 1994, incorpora tanto los "protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias", en virtud del apartado b) i) del párrafo 1, como "el Protocolo de Marrakech anexo al GATT de 1994", en virtud del apartado d) del párrafo 1. Del sentido corriente del texto de los párrafos 1 b) i) y 1 d) del GATT de 1994, leídos conjuntamente, se desprende claramente que todos los protocolos relativos a concesiones arancelarias, tanto los anteriores a la Ronda Uruguay como el Protocolo de Marrakech anexo al GATT de 1994, han quedado incorporados al GATT de 1994 y siguen teniendo existencia jurídica en el marco del Acuerdo sobre la OMC.

10.65 El Japón parece aducir que las Listas anexas al Protocolo de Marrakech prevalecen por cuanto constituyen el último acuerdo sobre las Listas que entró en vigor en el marco del GATT de 1947. A nuestro parecer, esa interpretación sólo tendría sentido si se considerara que el Protocolo de Marrakech, al que hace referencia el párrafo 1 d) del GATT de 1994, es posterior en el tiempo a los protocolos a que se hace referencia en el párrafo 1 b) i) del mismo, y solamente en la medida en que hubiera conflicto entre las concesiones arancelarias anexadas al Protocolo de Marrakech y las concesiones de los demás protocolos arancelarios incorporados al GATT de 1994. Estimamos, como han argumentado los Estados Unidos, que el artículo 30 de la Convención de Viena¹²²⁵, relativo a la resolución de los conflictos entre disposiciones de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, no es aplicable a la situación que se examina, porque no hay ninguna incompatibilidad intrínseca -ningún conflicto- entre las concesiones arancelarias acordadas en uno y otro momento. Tal conflicto existiría si las concesiones posteriores fueran menos favorables que las anteriores, lo que no ocurre en este caso. En caso de mejoramiento progresivo de las concesiones arancelarias, las ventajas -expectativas de mejoramiento del acceso a los mercados- resultantes directa o indirectamente de los distintos protocolos de concesiones arancelarias incorporados al GATT de 1994 son susceptibles de una interpretación armónica. Este enfoque está en consonancia con los principios generales de la interpretación jurídica, con arreglo a los cuales, como reiteró el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el

¹²²⁵El artículo 30 de la Convención de Viena, titulado "Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia" dispone, en la parte pertinente lo siguiente: "[...] 3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior."

intérprete debe esforzarse por dar eficacia jurídica a todos los elementos de un tratado y no hacerlos inútiles o redundantes.¹²²⁶

10.66 La conclusión de que las ventajas resultantes de concesiones otorgadas en rondas sucesivas de negociaciones arancelarias pueden generar de forma autónoma expectativas razonables de mejoramiento del acceso a los mercados es concordante con informes anteriores de grupos especiales.¹²²⁷ El Grupo Especial encargado de examinar el asunto *CEE - Frutas en lata* constató que los Estados Unidos tenían una expectativa razonable resultante de las concesiones arancelarias hechas por la CEE en 1974 de conformidad con las negociaciones celebradas en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV y de las concesiones arancelarias de la Ronda de Tokio de 1979 (aun cuando el Grupo Especial constató, por otra parte, que los Estados Unidos podían haber previsto la concesión de determinadas subvenciones en relación con las concesiones arancelarias de la Ronda de Tokio)¹²²⁸, y el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* constató que los Estados Unidos tenían una expectativa razonable resultante de las concesiones arancelarias hechas en 1962 por la CEE en la Ronda Dillon.¹²²⁹ Como señalan los Estados Unidos, esas constataciones no habrían sido posibles si se considerara que los acuerdos arancelarios multilaterales o los acuerdos de ampliación posteriores extinguen en general las concesiones arancelarias consignadas en listas anteriores.

10.67 Consideramos especialmente pertinente a este respecto el siguiente pasaje del informe del Grupo Especial sobre *CEE - Semillas oleaginosas*:

"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 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 buscara un nuevo equilibrio de concesiones en relación con esos productos. En concreto, no hay pruebas 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 de que la Comunidad aceptara retiradas arancelarias por parte de los países que negociaban con ella, para compensar dicho menoscabo. El equilibrio de las concesiones negociadas en 1962 para las 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

¹²²⁶WT/DS2/AB/R, página 27.

¹²²⁷Véanse *CEE - Frutas en lata*, L/5778 (informe no adoptado); *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93.

¹²²⁸*CEE - Frutas en lata*, L/5778 (informe no adoptado), párrafo 54.

¹²²⁹*CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, páginas 140-141, párrafos 144-146.

negociaron inicialmente en 1962."¹²³⁰

10.68 A nuestro juicio, el hecho de que el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* (lo mismo que el informe no adoptado sobre el asunto *CEE - Frutas en lata*) se refiera a la renegociación de concesiones arancelarias en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV no aminora la pertinencia de las constataciones citadas al asunto que examinamos, porque el procedimiento del párrafo 6 del artículo XXIV es simplemente un medio para que un Miembro de la OMC que haya pasado a formar parte de una unión aduanera y que se proponga aumentar el tipo de un derecho por encima de los niveles consolidados, pueda modificar o retirar esa concesión conforme al procedimiento del artículo XXVIII.¹²³¹ El Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* constató que de hecho, no hubo una modificación o retirada de concesiones arancelarias en el marco del párrafo 6 del artículo XXIV y no se llegó a un nuevo equilibrio de concesiones, es decir que "el equilibrio de las concesiones negociadas en 1962 [...] no se alteró" a pesar de que las consolidaciones arancelarias relativas a las semillas oleaginosas habían sido retiradas y restablecidas sin ninguna modificación.

10.69 Observamos que el artículo XXVIII puede invocarse para modificar o retirar concesiones en determinadas circunstancias expresamente definidas, y que, como hemos indicado antes, el párrafo 6 del artículo XXIV permite a los Miembros que hayan pasado a formar parte de uniones aduaneras modificar o retirar esas concesiones conforme al procedimiento del artículo XXVIII. Por el contrario, el artículo XXVIIIbis que constituye el fundamento legal para la reducción y consolidación de aranceles por los Miembros a base de ventajas mutuas (es decir de forma multilateral), no establece, con carácter general, un medio de modificar o retirar concesiones arancelarias.¹²³²

10.70 En consecuencia, consideramos, que en principio, cabe sostener que siguen existiendo expectativas razonables con respecto a las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón en relación con las películas y el papel en las rondas sucesivas de negociaciones en el marco del artículo XXVIIIbis. No obstante, puede resultar difícil basar una reclamación en expectativas resultantes de rondas que hace 18 ó 30 años que han concluido. Los Estados Unidos han de acreditar que esas expectativas, lo mismo que otras más recientes, se hallan actualmente anuladas o menoscabadas.

10.71 En relación con los cuatro productos debatidos en la presente diferencia y con su pertinencia a las expectativas razonables alegadas por los Estados Unidos, observamos que

¹²³⁰Ibíd., página 141, párrafo 146.

¹²³¹Observamos a este respecto que el párrafo 6 del artículo XXIV no establece un procedimiento distinto, sino que remite expresamente al procedimiento del artículo XXVIII.

¹²³²En lo que respecta a la ronda de negociaciones de conformidad con el artículo XXVIIIbis en el marco del GATT de 1947, hay que señalar que en el "Protocolo que incorpora los resultados de la Conferencia Arancelaria de 1960-61" de la Ronda Dillon hay una disposición en la que se prevé la sustitución de las antiguas concesiones por las nuevas cuando las listas de la Ronda Dillon prevean, respecto de un producto, un trato menos favorable que el establecido en una lista preexistente. IBDD 11S/9, párrafo 4. En tanto que en los Protocolos de la Ronda Kennedy y de la Ronda de Tokio no hay ninguna cláusula de esa naturaleza, en el párrafo 7 del Protocolo de Marrakech hay una disposición similar aplicable únicamente a Egipto, el Perú, Sudáfrica y el Uruguay. Las disposiciones citadas no serían pertinentes a las reducciones progresivas de los aranceles aplicados a las películas y el papel que el Japón se comprometió a efectuar en sus listas de la Ronda Kennedy, de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

las primeras concesiones arancelarias del Japón en relación con las películas y el papel fotográficos se hicieron en la Ronda de Tokio y afectaban únicamente a las películas y el papel fotográficos *en blanco y negro*; las posteriores concesiones otorgadas en el curso de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay se refieren a las películas y el papel fotográficos *en color y en blanco y negro*. Habida cuenta de esos hechos, hay que hacer dos observaciones generales acerca de la forma en que llevaremos a cabo nuestro análisis del párrafo 1 b) del artículo XXIII. En primer lugar, es evidente que los Estados Unidos no pueden sostener que tenían expectativas razonables en relación con las películas o el papel fotográficos en color resultantes de la Ronda Kennedy. En segundo lugar, dado que los argumentos de los Estados Unidos y las réplicas del Japón se refieren principalmente al mercado de películas, y especialmente al de películas en color, consideramos oportuno centrar también nuestro análisis en el *mercado de películas*, y, en lo que se refiere al período posterior a 1979, en el *mercado de películas en color* en particular, complementando, cuando sea necesario, ese análisis con referencia al mercado de películas fotográficas en blanco y negro y al papel fotográfico en blanco y negro y en color.

ii) Expectativas legítimas de una ventaja

10.72 El texto del párrafo 1 b) del artículo XXIII se refiere únicamente a "una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo" sin definir o aclarar a qué ventajas se hace referencia. Informes de anteriores grupos especiales del GATT han estimado que esas ventajas abarcan las que un Miembro puede esperar razonablemente obtener de una negociación arancelaria.

10.73 El primer informe del GATT en el que se analizó el párrafo 1 b) del artículo XXIII fue el informe de 1950 del Grupo de Trabajo sobre *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*. El Grupo de Trabajo constató que la supresión por Australia de una subvención concedida durante la guerra al nitrato sódico y el mantenimiento al mismo tiempo de una subvención al sulfato amónico, aunque no era incompatible con las obligaciones que incumbían a Australia en el marco del GATT, anulaba o menoscababa ventajas resultantes para Chile del Acuerdo General. El Grupo de Trabajo convino en que existiría menoscabo si la medida australiana

"que *trastornó la relación de competitividad* entre el nitrato sódico no podía *haber sido razonablemente prevista* por el Gobierno chileno, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes y las disposiciones del Acuerdo General, en el momento en que se negoció la consolidación en régimen de franquicia arancelaria del nitrato sódico. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que el Gobierno de Chile tenía razones para suponer, en esas negociaciones, que la subvención concedida durante la guerra a los abonos no sería suprimida en el caso del nitrato sódico antes de que lo fuera en el del sulfato amónico. [No se reproducen las razones expuestas por el Grupo de Trabajo.] Por esas razones, el Grupo de Trabajo llegó también a la conclusión de que la medida adoptada por Australia concernía a una ventaja resultante para Chile del Acuerdo General y le eran por tanto aplicables las disposiciones del artículo XXIII [...] La desigualdad que ello había creado y el trato que Chile podría haber esperado que se le concediera en el momento de las negociaciones, después de haberse tomado en cuenta todas las circunstancias pertinentes, con la inclusión de las mencionadas *supra*, y las disposiciones del Acuerdo General, fueron elementos importantes de la conclusión del Grupo de Trabajo".¹²³³

¹²³³ *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*, BISD II/188, párrafo 12 del texto inglés (la cursiva es nuestra).

El informe de 1952 del Grupo Especial sobre el asunto *Alemania - Sardinias* basó asimismo una constatación en una reclamación de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones en una "medida del Gobierno de Alemania, que *trastornó la relación de competitividad* entre [distintas variedades de la misma familia de peces que] el Gobierno noruego, en el momento en que negoció la reducciones arancelarias [en relación con productos de la pesca] no podía *haber previsto razonablemente*."¹²³⁴ Al llegar a esa conclusión, el Grupo Especial señaló que Noruega "tenía razones para suponer" que las especies que le interesaban no recibirían un trato menos favorable.¹²³⁵

10.74 Dos grupos de estudio del GATT desarrollaron esos conceptos en el contexto de las subvenciones, centrándose en ambos casos en la cuestión de si una parte tenía expectativas razonables de que siguiera dándose a los productos un determinado trato. En 1955, un grupo de trabajo manifestaba, en su informe lo siguiente:

"En lo que concierne a las subvenciones a la producción nacional, se acordó que una parte contratante que haya negociado una concesión de conformidad con el artículo II puede suponerse, a los fines del artículo XXIII, que tiene *derecho a esperar normalmente*, si no hay prueba en contrario, que el valor de la concesión no será anulado ni disminuido por el hecho de que la parte contratante que otorgó la concesión conceda ulteriormente una subvención, o su aumento, al producto de referencia."¹²³⁶

En un informe de 1961, se declaraba lo siguiente, tras hacer referencia al pasaje del informe anteriormente citado:

"Se hizo observar a este respecto que la expresión 'que tiene derecho a esperar normalmente' va seguida de las palabras 'si no hay prueba en contrario'. El Grupo Especial entiende, pues, que hay que suponer, salvo si existían hechos pertinentes en el momento en que se negoció la concesión arancelaria, que está justificado normalmente esperar que no se anule o disminuya el valor de la concesión porque la parte contratante que la haya otorgado conceda o aumente ulteriormente una

¹²³⁴BISD 1S/53, 58, párrafo 16 del texto inglés (la cursiva es nuestra).

¹²³⁵Ibíd. El Grupo Especial consideró que las variedades de peces de que se trataba, aunque pertenecían a la misma familia, no eran "productos similares" por lo que la diversidad de trato arancelario no infringía lo dispuesto en el artículo I.

¹²³⁶Informe del Grupo de Trabajo sobre *Otras barreras al comercio*, adoptado el 3 de marzo de 1955, BISD 3S/222, 224, párrafo 13 del texto inglés (la cursiva es nuestra).

subvención al producto de que se trate."¹²³⁷

10.75 El informe de 1990 del Grupo Especial sobre *CEE - Semillas oleaginosas*, hacía el siguiente análisis de una reclamación de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones:

"El Grupo Especial examinó si era *razonable* que los Estados Unidos *esperaran* que la Comunidad no introduciría planes de subvenciones que contrarrestaran sistemáticamente el efecto que las concesiones arancelarias ejercen sobre los precios.

[...]

¹²³⁷Informe del Grupo Especial sobre *Aplicación de las disposiciones del artículo XVI*, adoptado el 21 de noviembre de 1961, IBDD 10S/217, página 227, párrafo 28.

El Grupo Especial no comparte la opinión de la Comunidad de que el reconocimiento de la legitimidad de tales expectativas equivaldría a redactar de nuevo las normas del Acuerdo General. Las PARTES CONTRATANTES han decidido que una conclusión de existencia de menoscabo no les autoriza a pedir a la parte contratante que lo causa que suprima una medida que no sea incompatible con el Acuerdo General; una conclusión de esa índole permite simplemente a la parte cuya expectativa se ve frustrada pedir, de conformidad con las disposiciones del artículo XXIII.2, autorización para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones dimanantes del Acuerdo General. El reconocimiento de la legitimidad de una expectativa significa pues fundamentalmente que se reconoce la legitimidad de tal petición. Por tanto, el reconocimiento de la legitimidad de una expectativa en relación con el empleo de subvenciones a la producción no impide en modo alguno a las partes contratantes utilizar subvenciones a la producción de manera compatible con el Acuerdo General; meramente delimita el alcance de la protección de un equilibrio negociado de las negociaciones. Por estos motivos el Grupo Especial constató que cabe suponer que los Estados Unidos no previeron la introducción de subvenciones que protegen totalmente a los productores comunitarios de semillas oleaginosas contra los movimientos de los precios de las importaciones e impiden así que las concesiones arancelarias tengan ningún efecto sobre la relación de competencia entre las semillas oleaginosas comunitarias y las importadas, y uno de cuyos resultados es que todas las semillas oleaginosas producidas en la Comunidad se coloquen en el mercado interno a pesar de la disponibilidad de importaciones."¹²³⁸

10.76 Como se desprende del informe de 1961, para que las expectativas de una ventaja sean legítimas, es preciso que las medidas impugnadas no hubieran podido ser razonablemente previstas en el momento en que se negociaron las concesiones arancelarias. En caso contrario, el Miembro de que se trate no podría tener expectativas legítimas de un mejoramiento de acceso a los mercados en la medida del menoscabo causado por esas medidas.

10.77 Así pues, de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo XXIII, los Estados Unidos sólo pueden alegar el menoscabo de ventajas relacionadas con el mejoramiento de las condiciones de acceso a los mercados y resultantes de las concesiones arancelarias pertinentes hechas por el Japón en el grado en que no pudieran haber previsto razonablemente que la aplicación posterior de una medida por el Gobierno del Japón contrarrestaría esas ventajas. En el asunto que examinamos, hay discrepancia entre las partes sobre la cuestión de la previsión razonable de todas y cada una de las "medidas" que, según los Estados Unidos, anulan y menoscaban ventajas resultantes para ese país del GATT.

10.78 Es evidente que para determinar si una medida ha sido prevista razonablemente puede partirse de examinar si la medida en cuestión fue adoptada antes o después de la conclusión de la ronda de negociaciones arancelarias correspondiente: tal es el enfoque adoptado en el informe de 1961 que se ha citado antes. No obstante, las partes aducen que la cuestión es mucho más compleja. Los Estados Unidos sostienen que no tenían conocimiento de algunas "medidas" anteriores a la conclusión de la ronda de negociaciones arancelarias correspondiente debido a la falta de transparencia de esas medidas. En otros casos, los Estados Unidos indican que, aunque eran conscientes de la existencia de las "medidas" antes de la conclusión de las negociaciones, no conocían ni podían haber conocido en el momento de las negociaciones arancelarias su importancia en relación con el

¹²³⁸ CEE - Semillas oleaginosas, IBDD 37S/93, páginas 141-142, párrafos 147 y 148.

acceso al mercado japonés de las películas y el papel importados. El Japón sostiene, por el contrario, que los Estados Unidos previeron o debieron haber previsto todas las supuestas "medidas". A este respecto, el Japón aduce que los Miembros exportadores deben prever razonablemente las medidas compatibles con el GATT que adopte un Miembro importador para incrementar la eficiencia de un sector determinado de su economía, como el sector de la distribución.

10.79 Consideramos que la cuestión de la previsión razonable debe analizarse en relación con "medidas" concretas, conforme a las siguientes pautas. En primer lugar, en el caso de las medidas que los Estados Unidos han demostrado que han sido adoptadas con posterioridad a la conclusión de las negociaciones arancelarias correspondientes, estimamos que los Estados Unidos han establecido una presunción de que no cabe suponer que hubieran previsto esas medidas, por lo que corresponde al Japón la carga de refutar esa presunción, demostrando, por ejemplo, que la medida de que se trate estaba incluida en una medida anterior de forma tan clara que los Estados Unidos tenían que haberla previsto. No obstante, es necesario que haya una clara conexión entre una y otra medida. A nuestro parecer, no basta aducir que una medida *concreta* debía haberse previsto porque era compatible con una política *general* anterior del gobierno o daba continuidad a esa política. Lo mismo que el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas*¹²³⁹, no creemos que sea procedente considerar que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente todas las medidas compatibles con el GATT, como las destinadas a mejorar el sector japonés de la distribución, al que el Japón califica de ineficiente. De hecho, si un Miembro tuviera que prever todas las medidas compatibles con el GATT, no sería posible ninguna reclamación de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones. Tampoco consideramos que los Estados Unidos debieran haber previsto razonablemente, por regla general, las medidas adoptadas por el Japón que son similares a las adoptadas en los mercados de otros Miembros. Es necesario analizar en cada caso la cuestión de la previsión razonable.

10.80 En segundo lugar, en el caso de las medidas que el Japón ha demostrado que han sido introducidas antes de la conclusión de las negociaciones arancelarias correspondientes, consideramos que el Japón ha establecido la presunción de que debe considerarse que los Estados Unidos previeron esas medidas, e incumbe a los Estados Unidos la carga de refutar esa presunción. A este respecto, estimamos que debe considerarse que los Estados Unidos conocían las medidas adoptadas por el Gobierno del Japón en la fecha de su publicación. Somos conscientes de que el conocimiento de la existencia de una medida no equivale a la comprensión de sus repercusiones en el mercado de un determinado producto. Por ejemplo, algunas políticas de aplicación de una medida pueden dar a una medida ambigua un contenido no previsto inicialmente o modificar sensiblemente su contenido. Sin embargo, en los casos en que los Estados Unidos alegan que desconocían la importancia de una medida para las condiciones de acceso a los mercados de las películas o el papel, los Estados Unidos han de demostrar claramente por qué no podían haber previsto razonablemente desde el primer momento los efectos en el mercado de películas o papel de una medida existente y aclarar cuándo se apercibieron de esos efectos. Esa demostración ha de referirse a los momentos pertinentes (por ejemplo la conclusión de la Ronda Kennedy, de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay) a los efectos de la evaluación del alcance de las expectativas legítimas de los Estados Unidos de ventajas resultantes de esas tres Rondas. No basta declarar simplemente que la falta de transparencia y el carácter informal de las medidas de un Miembro impedían evaluar sus repercusiones. Aunque es cierto que en la mayoría de los casos de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones que se han planteado anteriormente era claramente perceptible la relación entre una medida que

¹²³⁹ *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, párrafos 147 y 148.

afectaba a un producto determinado y sus efectos sobre la concesión arancelaria supuestamente menoscabada, también puede discernirse la existencia de una relación entre las medidas generales que afectan a la venta y distribución en el mercado interno de determinados productos, como las normas sobre publicidad y premios, y las concesiones arancelarias relativas a esos productos en general.

10.81 En tercer lugar, a los efectos de nuestro examen, consideramos que la fecha de conclusión de las negociaciones arancelarias de las tres Rondas son las que a continuación se indican. En el caso de la Ronda Kennedy, parece que las negociaciones arancelarias continuaron hasta el final mismo de la Ronda, por lo que consideraremos que la fecha pertinente es la fecha en que terminó la Ronda (el 30 de junio de 1967). En el caso de la Ronda de Tokio, la Ronda terminó el 12 de abril de 1979, aunque la fecha oficial del Protocolo correspondiente es el 30 de junio de 1979. Examinaremos en su momento la tesis de los Estados Unidos de que las negociaciones sobre las reducciones de los aranceles aplicados a las películas fotográficas acabaron antes. En el caso de la Ronda Uruguay, las negociaciones arancelarias finalizaron, en lo esencial, el 15 de diciembre de 1993, aunque la Ronda terminó oficialmente con la firma del Acuerdo sobre la OMC en Marrakech el 15 de abril de 1994, por lo que consideraremos que la fecha de conclusión de las negociaciones arancelarias de la Ronda Uruguay fue el 15 de diciembre de 1993.

c) Anulación o menoscabo de ventajas: relación causal

10.82 El tercer elemento necesario para formular una reclamación de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII es que la ventaja resultante para el Miembro de la OMC (el mejoramiento del acceso a los mercados derivado de las concesiones arancelarias) se halle *anulada o menoscabada a consecuencia de* la aplicación de una medida por otro Miembro de la OMC. Dicho de otra forma, hay que demostrar que la competitividad de los productos importados objeto de una concesión (arancelaria) pertinente en materia de acceso a los mercados se halla *trastornada por* ("anulada o menoscabada [...] a consecuencia de") la aplicación de una medida que no ha sido prevista razonablemente. Los grupos especiales del GATT que han examinado reclamaciones de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones han recurrido sistemáticamente a la equiparación entre "anulación o menoscabo" y "trastorno de la relación de competitividad" entre productos nacionales e importados. Por ejemplo, el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas*, en sus constataciones, declaró que había constatado "[...] que las subvenciones de que se trataba habían menoscabado las concesiones arancelarias porque *alteraban la relación de competencia entre las semillas oleaginosas comunitarias y las importadas*, y no porque tuviesen algún efecto en las corrientes comerciales".¹²⁴⁰ En los asuntos *Australia - Subvenciones y Alemania - Sardinias* se utilizaban términos análogos.¹²⁴¹ En consecuencia, en este caso, incumbe a los Estados Unidos demostrar que las medidas gubernamentales a que hacen referencia han trastornado la relación de competitividad establecida en el Japón entre las películas y el papel fotográficos nacionales e importados, en detrimento de los últimos. Dicho de otro modo, los Estados Unidos han de demostrar que hay una clara relación entre las medidas y los efectos desfavorables en la relación de competitividad correspondiente.

10.83 A nuestro juicio, este tercer elemento -la existencia de una relación causal- tal vez

¹²⁴⁰Seguimiento del informe del Grupo Especial, *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 39S/108, página 136, párrafo 77 (la cursiva es nuestra).

¹²⁴¹Véase el párrafo 10.73 *supra*.

constituya uno de los aspectos de nuestro examen más complejo desde el punto de vista fáctico. A este respecto, señalamos que en los tres casos anteriores de reclamación sin infracción de disposiciones en los que los grupos especiales constataron que la parte reclamante no había apoyado sus alegaciones con una justificación detallada, la cuestión fundamental fue la falta de pruebas de la existencia de una relación causal.¹²⁴² Es necesario hacer un análisis general de cuatro elementos en relación con la causalidad. En primer lugar, el grado de causalidad que debe acreditarse (si es necesario que la medida sea "causa necesaria" o se requiere un grado menor). En segundo lugar la pertinencia de la neutralidad en cuanto al origen de una medida a la causación de una anulación o menoscabo. En tercer lugar, la pertinencia de la finalidad a la determinación de la relación causal. Y por último, el grado en que cabe considerar las medidas en su conjunto en un análisis de la relación causal.

10.84 En cuanto al primero de estos elementos, los Estados Unidos aducen que no tienen que demostrar que las medidas de que se trata son "causa necesaria" del empeoramiento de las condiciones de acceso a los mercados de las películas y el papel importados, sino únicamente que esas medidas son "una" causa de ese empeoramiento. El Japón aduce que para establecer la necesaria conexión causal, es menester que la parte reclamante pruebe la existencia de una relación clara entre la medida de que se trate y la anulación o el menoscabo supuestos. En concreto, el Japón manifiesta que la cuestión estriba en si la parte reclamante ha apoyado con una "justificación detallada" su alegación de que una medida ha sido causa de anulación o menoscabo. A nuestro parecer, el Japón sería responsable de los efectos causados por medidas imputables al Gobierno japonés y no, por ejemplo, de los efectos causados por el comportamiento comercial restrictivo de las empresas privadas. En este momento del procedimiento, hay que examinar si una medida de esa naturaleza ha sido causa de anulación o menoscabo, es decir si ha contribuido de forma apreciable a la anulación o menoscabo.

10.85 En relación con el segundo elemento, el Japón aduce que todas las "medidas" impugnadas son neutrales en cuanto al origen de los productos, ya que en ninguna de ellas se hace distinción entre los productos importados y nacionales correspondientes, por lo que no existe una relación causal entre las presuntas "medidas", consideradas individualmente o en su conjunto, y cualesquiera condiciones de competencia desfavorables para las películas y el papel fotográficos importados. Los Estados Unidos replican que las "medidas" de que se trata, al ser aplicadas, han tenido una repercusión distinta en los productos importados, por lo que han trastornado la relación de competitividad en lo que respecta al acceso a los mercados de las películas y el papel importados. A nuestro parecer, a pesar de que no haya una discriminación *de jure* (medidas que, con arreglo a sus propios términos, establecen una discriminación en función del origen), cabría la posibilidad de que los Estados Unidos demostraran que existe una discriminación *de facto* (medidas que tienen una repercusión distinta en las importaciones), pero en tal caso, la parte reclamante ha de probar detalladamente cualquier repercusión desproporcionada en las importaciones de la medida neutral en cuanto al origen, y la carga de probar esa repercusión puede resultar considerablemente más difícil cuando la relación entre la medida y el producto es dudosa.

10.86 Notamos que en la OMC/GATT hay una jurisprudencia bastante elaborada sobre la cuestión de la discriminación *de facto*, tanto en relación con el principio del trato de la nación más favorecida de conformidad con el artículo I del GATT¹²⁴³ como en relación con el

¹²⁴² *Recurso del Uruguay*, IBDD 11S/100, página 105, párrafo 15; *Japón - Semiconductores*, IBDD 35S/130, páginas 182 y 183, párrafo 131; *Estados Unidos - Exención relativa a productos agropecuarios*, IBDD 37S/255, páginas 294-296, párrafos 5.20 a 5.23.

¹²⁴³ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial sobre *CEE - Importaciones de carne de bovino*

principio del trato nacional establecido en el artículo III del GATT.¹²⁴⁴ El Órgano de Apelación, en sus informes sobre *Japón - Bebidas alcohólicas*¹²⁴⁵ y, más recientemente, sobre *Bananos III*¹²⁴⁶ ha confirmado la importancia que han dado sistemáticamente los grupos especiales del GATT y de la OMC a la consecución de una igualdad efectiva de oportunidades competitivas, tanto entre los productos importados procedentes de diferentes países, como entre los productos importados y los nacionales, en relación con las normas de no discriminación del GATT y de la AGCS. Consideramos que, a pesar de que esos casos anteriores se referían a disposiciones del GATT distintas del párrafo 1 b) del artículo XXIII, el razonamiento recogido en esos informes parece también aplicable al examen de la cuestión de la discriminación *de facto* en relación con reclamaciones de anulación y menoscabo sin infracción de disposiciones, con la salvedad, lógicamente, de que en un asunto sustanciado en el marco del párrafo 1 b) del artículo XXIII no se trata de si hay una igualdad de condiciones de competencia, sino de si la relación de competitividad que existía entre productos nacionales e importados a raíz de las concesiones arancelarias correspondientes ha sido trastornada.¹²⁴⁷

10.87 El tercer aspecto es el de la pertinencia de la finalidad a la determinación de la relación causal. En muchos casos, las partes discrepan en cuanto a si la finalidad de una medida determinada es la limitación de las importaciones o la promoción de un objetivo de política general no relacionado con ellas. Del examen de las medidas y de los argumentos de las partes, se deduce que la adopción de una medida puede obedecer a varias razones.

procedente del Canadá, adoptado el 10 de marzo de 1981, IBDD 28S/97, página 104, párrafos 4.2 y 4.3.

¹²⁴⁴Véanse los informes de los Grupos Especiales sobre *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930 ("Estados Unidos - Artículo 337")*, adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402, párrafo 5.11; *Canadá - Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización*, adoptado el 18 de febrero de 1992, IBDD 39S/28, párrafos 5.12-5.14 y 5.30-5.31; *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, IBDD 39S/242, párrafo 5.30; *Estados Unidos - Gasolina*, WT/DS2/R, párrafo 6.10; *Japón - Bebidas alcohólicas*, WT/DS8/R, párrafo 6.33 y *Bananos III*, WT/DS27/R/ECU, párrafos 7.179 y 7.180.

¹²⁴⁵WT/DS8/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, páginas 20-21.

¹²⁴⁶WT/DS27/AB/R, páginas 111-113.

¹²⁴⁷Véase el párrafo 10.82 *supra*.

Observamos, no obstante, que el párrafo 1 b) del artículo XXIII no exige que se pruebe que el gobierno que adopta una medida tenga la finalidad de anular o menoscabar ventajas. Lo que importa a los efectos de establecer la existencia de una relación causal es la repercusión de la medida, es decir, si esa medida trastorna la relación de competitividad. A pesar de ello, es posible que la finalidad sea hasta cierto punto pertinente. A nuestro parecer, si se demuestra que la finalidad de una medida cuyos efectos sobre los productos nacionales e importados parecen a primera vista neutrales en cuanto al origen ha sido restringir las importaciones, podríamos estar más inclinados a constatar en casos concretos la existencia de una relación causal, teniendo presente que esa finalidad, cuando exista, no tiene un valor determinante, y que la parte reclamante sigue obligada a demostrar que la medida concreta impugnada anula o menoscaba efectivamente ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.88 Por último, en lo que respecta a la tesis de los Estados Unidos, según la cual el Grupo Especial debe examinar las repercusiones de las medidas no sólo aisladamente, sino también *conjuntamente* (tesis a la que se opone el Japón), no descartamos la posibilidad de efectos combinados. No es contraria a la lógica la posibilidad de que una medida, si se analiza aisladamente, tenga repercusiones muy limitadas en las condiciones de competencia en un mercado, pero tenga repercusiones más significativas en esas condiciones en el contexto de -en combinación con- una serie más amplia de medidas. No obstante, a pesar de la lógica de este argumento teórico, somos conscientes de que el sistema de evaluación combinada de las medidas para determinar la existencia de una relación causal es susceptible de abusos, por lo que debe abordarse de forma prudente y delimitándolo adecuadamente.

10.89 Para realizar un análisis completo de las alegaciones de los Estados Unidos, examinaremos cada una de las supuestas "medidas" a la luz de los tres elementos de una reclamación de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones que se acaban de indicar. En consecuencia, aunque constatemos que una supuesta "medida" no es una medida a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII, procederemos a analizar los otros dos elementos. De forma análoga, aun cuando constatemos que una medida debía haber sido prevista razonablemente, procederemos a realizar un análisis de la relación de causalidad.

3. "MEDIDAS" RELATIVAS A LA DISTRIBUCIÓN

a) Aspectos generales

10.90 La reclamación de los Estados Unidos contra las "medidas" relativas a la distribución puede entenderse mejor en el contexto de la tesis general expuesta por ese país, según la cual hay en el Japón una relación singular entre el Gobierno y las ramas de producción. Los Estados Unidos aducen que en la elaboración y aplicación de la política industrial del Japón, el Gobierno cuenta con el apoyo de diversos tipos de entidades cuasigubernamentales (consejos de comercio leal, comités consultivos, grupos de estudio, institutos de investigación y cámaras de comercio), cuya participación en el proceso de "ajuste concertado" incrementa, según los Estados Unidos, la presión ejercida sobre las entidades situadas al mismo nivel para que sigan las políticas industriales adoptadas por el Gobierno.

10.91 En opinión del Japón, los Estados Unidos se basan en una caracterización distorsionada del sistema japonés, para tratar de agrupar todas las formas de cooperación entre el Gobierno y el sector empresarial, así como la orientación administrativa, en una categoría heterogénea de reglamentaciones informales pero vinculantes. Según el Japón, es necesario examinar el contenido de cada "medida" sin ningún prejuicio sobre la supuesta "singularidad" del sistema japonés.

10.92 Los Estados Unidos aducen que, al hacerse inminente la liberalización de las

condiciones internacionales de comercio, el MITI y las empresas japonesas reconocieron la superioridad de las empresas extranjeras, que podían hacer una seria competencia a los fabricantes japoneses y sus productos. En consecuencia, según los Estados Unidos, el MITI y los fabricantes japoneses elaboraron un plan para racionalizar el sistema de distribución del Japón, con objeto de someterlo al control de los productores nacionales. La tesis básica de los Estados Unidos es que el MITI trató de fortalecer canales verticales de distribución que distribuirían exclusivamente los productos de un determinado fabricante nacional.

10.93 Como se ha indicado antes (párrafo 10.23) los Estados Unidos alegan que la aplicación por el Japón de las ocho "medidas" relativas a la distribución que se enumeran a continuación promovió y facilitó la creación en el Japón de una estructura de mercado para las películas y el papel fotográficos en la que las importaciones quedaban excluidas de los canales tradicionales de distribución, por lo que anuló o menoscabó ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII¹²⁴⁸:

- 1) Decisión del Consejo de Ministros de 1967;
- 2) Notificación 17 de 1967 de la JFTC, sobre premios a las empresas;
- 3) Sexto Informe Provisional, de 1968, sobre perspectivas y aspectos de la modernización de la distribución;
- 4) Séptimo Informe Provisional, de 1969, sobre sistematización de las actividades de distribución;
- 5) informe del Estudio sobre las condiciones de transacción de 1969;
- 6) Directrices para la racionalización de las condiciones de comercio de las películas fotográficas de 1970;
- 7) Plan Básico de Sistematización de la Distribución de 1971; y
- 8) Manual de sistematización de la distribución por la industria: cámaras y películas fotográficas, de 1975.

Examinaremos por ese orden esas ocho "medidas" relativas a la distribución.

10.94 En el curso de nuestro análisis, examinaremos si la alegación de los Estados Unidos respecto de cada "medida" está justificada a la luz de los tres elementos que exige el párrafo 1 b) del artículo XXIII: i) la aplicación de una medida; ii) la existencia de una ventaja resultante para los Estados Unidos; y iii) la anulación o menoscabo de esa ventaja a consecuencia de la medida (causalidad).

b) Decisión del Consejo de Ministros de 1967

10.95 La primera de las "medidas" relativas a la distribución que, según alegan los Estados Unidos, anula o menoscaba ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII es la Decisión del Consejo de Ministros del Japón sobre la liberalización de las inversiones directas en el país, de 6 de junio de 1967 ("Decisión del Consejo de

¹²⁴⁸En el párrafo 10.21 *supra* hemos constatado que las tres "medidas" adicionales en relación con la distribución citada por los Estados Unidos (la aplicación de las disposiciones relativas a la notificación de los contratos internacionales del Reglamento N° 1 de la JFTC de conformidad con el artículo 6 de la Ley Antimonopolio (abril de 1971), la ayuda financiera concedida por el JDB a los mayoristas de Konica (1976) y la ayuda financiera de la SMEA a los laboratorios fotográficos (julio de 1977)) no están comprendidas en el mandato de este Grupo Especial, por no haberse citado en la solicitud de establecimiento del grupo especial de forma compatible con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Por consiguiente, hemos prescindido de cualquier examen ulterior de esas medidas.

Ministros de 1967").¹²⁴⁹ En la Decisión del Consejo de Ministros se enunciaban tres elementos como aspectos fundamentales de:

"la orientación básica de las contramedidas que debe adoptar el Gobierno [...]: 1) evitar la desorganización que puede provocar la penetración del capital extranjero; 2) sentar las bases para que nuestras empresas puedan competir en pie de igualdad con las empresas extranjeras; y 3) reforzar activamente la calidad de las empresas [nacionales] y reorganizar el sistema industrial para que las empresas nacionales puedan competir plenamente con el capital extranjero".¹²⁵⁰

10.96 Los Estados Unidos afirman que esta Decisión del Consejo de Ministros constituyó un "hito" en los esfuerzos japoneses para reestructurar su industria con objeto de hacer frente a la inminente competencia extranjera a raíz de la liberalización de capitales del decenio de 1960, al establecer como una clara prioridad nacional la aplicación de políticas de distribución tendentes a proteger a los fabricantes nacionales contra la competencia extranjera. Según los Estados Unidos, la Decisión avaló oficialmente la aplicación de "contramedidas" para neutralizar los efectos de la liberalización, e hizo de la protección de los mercados japoneses contra la competencia extranjera una importante prioridad nacional. Además, los Estados Unidos alegan que la Decisión hacía hincapié en que el sector de la distribución era una esfera en cuya renovación y mejoramiento era fundamental en apoyo de la rama de producción, conforme a un planteamiento concertado por las empresas y el gobierno.

10.97 El Japón replica que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, que ponía en marcha la primera etapa de la liberalización de capitales, se ocupaba, en general, de la modernización y el aumento de la eficiencia del sector japonés de la distribución para que las empresas nacionales pudieran competir con las extranjeras en un entorno comercial nuevo y menos regulado.

10.98 *Aplicación de una medida.* Aunque quepan pocas dudas de que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, considerada globalmente, constituye una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, observamos que la parte de la Decisión que se ocupa de la modernización del sistema japonés de distribución se asemeja más por su naturaleza a una declaración de política general que a una decisión sobre determinadas medidas gubernamentales o a un mandato dirigido al sector privado para que aplique, con medidas concretas, la política gubernamental. Observamos además que hay discrepancia entre las partes acerca de si esta Decisión sigue o no en vigor. Aunque el Japón sostiene y los Estados Unidos admiten que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 fue derogada el 26 de diciembre de 1980, los Estados Unidos aducen que la derogación sólo afecta a la parte de la Decisión relativa al control de las inversiones extranjeras en el Japón, y no a las políticas de distribución y a las "contramedidas" relativas a la liberalización indicadas en ella. El Japón replica que es imposible responder de forma adecuada a esa afirmación, ya que los Estados Unidos no especifican qué medidas consideran que se derivaron de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, y que, en todo caso, las medidas que no hayan sido identificadas concretamente no forman parte del asunto sometido a este Grupo Especial.

10.99 Al analizar la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, observamos que se refiere,

¹²⁴⁹Ex. 67-6 de los Estados Unidos. Hay que señalar que los Estados Unidos citan también la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 entre las "contramedidas" en relación con la promoción.

¹²⁵⁰Ibíd., página 4.

en general, a grandes categorías de medidas que el Gobierno japonés considera que es necesario adoptar en conjunción con la liberalización de las normas sobre inversiones directas. En la Decisión se indica lo siguiente:

"en lo que respecta a la economía nacional, se prevé que a medida que avance la liberalización, nuestras empresas, a pesar del posible aumento de la penetración del capital extranjero en muchas de nuestras ramas de producción, sean capaces de competir de forma leal y eficaz con el capital extranjero y cooperar con las empresas de capital extranjero en pie de igualdad, fomentando así los intereses económicos nacionales. El objetivo futuro más importante del pueblo, de la comunidad empresarial y del Gobierno debe ser que nuestra economía alcance rápidamente esa etapa [...] Sería necesario impedir que las empresas extranjeras que desarrollen actividades en el Japón después de la liberalización desorganizaran ramas de producción nacional recurriendo a su mayor poder, y penetraran en sectores no liberalizados, eludiendo los mecanismos de control [...] El establecimiento de esas contramedidas con objeto de fortalecer la capacidad de nuestras empresas para la competencia internacional y evitar que las empresas extranjeras desorganicen nuestras ramas de producción y nuestro mercado constituye una necesidad básica para promover la liberalización y para que nuestro pueblo pueda disfrutar de sus beneficios económicos".¹²⁵¹

10.100 La Decisión del Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 1980 deroga expresamente la Decisión del Consejo de Ministros de 1967.¹²⁵² No obstante, aunque no quepa duda de que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 ha sido derogada, no es seguro que las políticas generales de modernización del sector manufacturero y de la distribución trazadas por la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 hayan sido abandonadas. La Decisión de 1980 se limita a establecer lo siguiente:

- "1. El Gobierno aplicará la Ley de Cambios y la Ley de Control de Cambios de forma adecuada para la gestión de las inversiones extranjeras directas [...]
2. Además, el Gobierno seguirá prestando especial atención, como ha hecho anteriormente, a las inversiones extranjeras directas en la agricultura, la silvicultura, las industrias extractivas, el sector del petróleo y la manufactura de cuero y productos de cuero [...]"

En nuestra opinión, las políticas establecidas en 1967 podrían haberse seguido aplicando, sin incurrir en contradicción con la Decisión de 1980. Consideramos que, en cuanto no se hayan dejado de aplicar, esas políticas siguen siendo una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.101 *Ventaja resultante.* Hay que recordar que los Estados Unidos alegan que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso a los mercados derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en relación con las películas y el papel al término de la Ronda Kennedy, de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay. Sostienen que durante las negociaciones de la Ronda Kennedy no podían haber previsto razonablemente las repercusiones de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967.

¹²⁵¹Ibíd., páginas 2, 4.

¹²⁵²Concerning the Application of Inward Investments, Cabinet Decision, 26 December 1980, Ex. B-55 del Japón.

En concreto, según los Estados Unidos, en el momento de las negociaciones de la Ronda Kennedy no se tenía ningún dato pertinente acerca de las medidas que el Japón se preparaba a adoptar para aplicar su "programa de contramedidas relativas a la liberalización", y el 30 de junio de 1967 aún no se había publicado y aplicado la Decisión del Consejo de Ministros. De forma análoga, los Estados Unidos aducen que, incluso en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay, no eran aún conscientes de las repercusiones de esta Decisión del Consejo de Ministros en el mercado de películas del Japón.

10.102 El Japón aduce que los Estados Unidos no pueden alegar fundadamente la titularidad de expectativas legítimas de ese mejoramiento del acceso a los mercados, por cuanto las primeras concesiones arancelarias del Japón en relación con las películas y el papel -limitadas a las películas y el papel en blanco y negro- se hicieron al término de la Ronda Kennedy, el 30 de junio de 1967, varias semanas después de que se hubiera adoptado la Decisión del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1967. Además, según el Japón, la Decisión del Consejo de Ministros fue precedida por un debate público de alto nivel sobre la liberalización de capitales, debate del que habían tenido conocimiento los Estados Unidos. El Japón aduce que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto la medida en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.103 Observamos que la Decisión del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1967 fue publicada en Kampo (Gaceta Oficial del Japón) el 21 de junio de 1967¹²⁵³, nueve días antes de la fecha en que terminó formalmente la Ronda Kennedy (30 de junio de 1967). Recordamos el criterio que hemos establecido en nuestro examen general de la previsión razonable, con arreglo al cual se presume que un Miembro tiene conocimiento de una medida en la fecha de su publicación, pero esta presunción admite prueba en contrario si el Miembro alega la concurrencia de circunstancias excepcionales y las identifica. Dado el breve período transcurrido entre la publicación de esta medida concreta y la terminación oficial de la Ronda Kennedy, estimamos que es difícil llegar a la conclusión de que los Estados Unidos deberían haber previsto la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, ya que sería poco realista considerar que los Estados Unidos habrían tenido oportunidad de reabrir las negociaciones arancelarias en relación con productos concretos en los últimos días de una ronda de negociaciones multilaterales. En consecuencia, consideramos que los Estados Unidos, en lo que respecta a la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 tienen expectativas legítimas de mejoramiento del acceso a los mercados resultantes de la Ronda Kennedy. En cambio, aplicando ese mismo criterio, constatamos que los Estados Unidos no pueden alegar la titularidad de expectativas legítimas resultantes de las concesiones de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.104 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos aducen que las expectativas de mejoramiento del acceso a los mercados en relación con el sistema japonés de distribución de películas y papel derivadas de las concesiones hechas en la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro se hallan anuladas y menoscabadas a consecuencia de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 y de las posteriores "contramedidas relativas a la liberalización" del Gobierno japonés. El Japón sostiene que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 contiene únicamente declaraciones de política de carácter muy general acerca de los tipos de medidas que el Gobierno consideraba convenientes para modernizar el conjunto del sector de la distribución del Japón a raíz de la liberalización de capitales y no propone ninguna medida específica de la que pueda afirmarse que establezca una discriminación *de jure* o *de facto* contraria al acceso de las importaciones al mercado japonés. El Japón aduce que los Estados Unidos no han aportado

¹²⁵³Cuadro U de la primera comunicación del Japón, página 188.

al Grupo Especial pruebas que demuestren que se ha producido un "menoscabo" a consecuencia de la Decisión del Consejo de Ministros.

10.105 Al analizar la alegación de que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 menoscaba ventajas en materia de acceso a los mercados resultantes para los Estados Unidos, observamos que una de las ideas centrales de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 es la de que el Gobierno japonés debería encontrar el medio de contribuir a la modernización del sector de la distribución en respuesta a la intensificación de la competencia que se preveía que llevara aparejada la liberalización de capitales. No obstante, las partes de la Decisión del Consejo de Ministros que se ocupan de la necesidad de modernizar el sistema japonés de distribución constituyen declaraciones políticas de carácter muy general, en las que no se dirigen mandatos, órdenes o recomendaciones claras a las entidades públicas o a las empresas privadas para que actúen de una forma concreta. De hecho, los Estados Unidos no han sido capaces de citar ningún acto concreto del Gobierno o actividad concreta del sector privado en la esfera de la distribución que tenga su origen en la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 (aunque aducen que, en términos generales, la mayoría de las "medidas" posteriores relativas a la distribución que citan se basan en dicha Decisión). En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que las declaraciones de política general que se hacen en la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 anulen o menoscaben ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Por lo demás, a nuestro parecer, la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 forma parte del contexto de las medidas adoptadas posteriormente por el Gobierno del Japón.

10.106 Así pues, aun cuando cabe considerar que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 constituye una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, y no puede considerarse que los Estados Unidos debieran haber previsto la medida antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. Los Estados Unidos deberían haber previsto la Decisión en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay. Además, los Estados Unidos no han demostrado que la medida anule o menoscabe ventajas resultantes para ese país de la Ronda Kennedy en lo que respecta a las películas y el papel en blanco y negro, ni de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay en lo que respecta a las películas y el papel en blanco y negro y en color.

c) La Notificación 17 de 1967 de la JFTC sobre premios a las empresas

10.107 La segunda "medida" relativa a la distribución que examinaremos es la Notificación 17 de la JFTC de 10 de mayo de 1967, que establece un límite máximo cuantitativo de 100.000 yen al año para los premios entre empresas (fabricantes y mayoristas) ("Notificación 17 de la JFTC").¹²⁵⁴ Esta Notificación, que se basa en el artículo 3 de la Ley de Premios, limita cuantitativamente a 100.000 yen al año el derecho de los fabricantes de determinados productos, entre ellos los materiales fotosensibles, a ofrecer premios en efectivo o de otro tipo a los mayoristas o minoristas como incentivo para que comercialicen sus productos o se ajusten a otras condiciones de transacción. Como excepción a esta prohibición de los premios de cuantía superior a 100.000 yen (punto 2-4), se permite a un fabricante ofrecer premios a los empleados de distribuidores y minoristas que tengan una relación especial con el fabricante (mediante inversiones de capital, vínculos entre las direcciones de las empresas, etc.). La Notificación 17 de la JFTC fue derogada en abril de 1996, en el curso de la revisión de la Ley de Premios.

¹²⁵⁴Ex.67-4 de los Estados Unidos; Ex. D-42 del Japón. Hay que señalar que los Estados Unidos alegan que la Notificación 17 de la JFTC es también una "contramedida" en relación con la promoción.

10.108 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos sostienen que la Notificación 17 de la JFTC es una medida gubernamental. Aunque admiten que esa medida fue derogada en abril de 1996, alegan que otras disposiciones de la legislación japonesa privan de sentido a esa derogación. Concretamente, los premios ofrecidos por los fabricantes a los mayoristas siguen sujetos a la Designación 9 de la Notificación 15 de 1982 de la JFTC¹²⁵⁵, es decir a la disposición que regula el uso de "incentivos injustificados" de conformidad con la Ley Antimonopolio. Esa Designación prohíbe las ofertas de premios excesivos a la luz de "las prácticas comerciales normales". En consecuencia, según los Estados Unidos, dado que la Notificación 17 de la JFTC establece las prácticas del sector por un período de 19 años, en el mejor de los casos no es seguro que las restricciones actuales impuestas por la Designación 9 difieran en absoluto de la situación resultante de la Notificación 17 de la JFTC. El Japón replica que, aunque la Notificación 17 de la JFTC fue, en su momento, una medida gubernamental, esa medida fue derogada oficialmente en abril de 1996. En consecuencia, según el Japón, no hay ninguna medida gubernamental en litigio. En cuanto a la alegación de que la Designación 9 de la Notificación 15 de la JFTC (1982) mantiene la aplicación de la política general a que respondía la Notificación 17 de la JFTC, el Japón responde que los Estados Unidos plantean extemporáneamente una "medida" o política que no ha sido identificada específicamente en la solicitud de establecimiento del Grupo Especial y que por consiguiente excede del mandato de este último. El Japón añade que, de conformidad con la Designación 9 de la Notificación 15 de la JFTC, ya no hay un nivel automático de activación de 100.000 yen y la carga de la prueba incumbe a la JFTC.

10.109 Observamos que ambas partes coinciden en que, entre 1967 y 1996, la Notificación 17 de la JFTC fue una medida gubernamental y en que esa medida fue derogada en abril de 1996. En consecuencia, la cuestión que hemos de resolver es si debemos o no entrar a examinar lo que los Estados Unidos califican de mantenimiento de la política de la Notificación 17 de la JFTC mediante la Designación 9 de la Notificación 15 de la JFTC (1982), teniendo en cuenta que la última no ha sido identificada expresamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos. A este respecto, recordamos que aunque la propia Notificación 17 de la JFTC no había sido identificada específicamente en la solicitud, decidimos considerarla incluida en el ámbito de nuestro mandato por tratarse de una medida adoptada de conformidad con la Ley de Premios, la cual había sido identificada específicamente en la solicitud. En cambio, la Notificación 15 de 1982 de la JFTC es una medida adoptada de conformidad con el artículo 2.9 de la Ley Antimonopolio de 1947. En la solicitud de establecimiento del grupo especial se hace referencia a la Ley Antimonopolio, pero sólo en relación con una "medida" concerniente al personal volante. En consecuencia, constatamos que las "medidas" que no guardan relación con el personal volante (es decir, las medidas relativas a la notificación de los contratos internacionales y a la orientación relativa a la publicidad mediante ventas a bajo precio y dumping) no están comprendidas en el ámbito de nuestro mandato. De esta constatación se desprende que tampoco debemos considerar que la Designación 9 de la Notificación 15 de la JFTC esté incluida en el ámbito de nuestro mandato. Además, aun cuando consideráramos procedente tener en cuenta el argumento de los Estados Unidos de que la política a que respondía la Notificación 17 de la JFTC (1967) ha seguido siendo aplicada en virtud de la Designación 9 de la Notificación 15 de la JFTC (1982), hemos de observar que los Estados Unidos no han demostrado que la política subyacente a la Notificación 17 de la JFTC haya seguido siendo aplicada mediante la orientación administrativa actual en aplicación de la Designación.

10.110 *Ventaja resultante.* Recordamos el argumento de los Estados Unidos, según el cual

¹²⁵⁵Ex. 82-6 de los Estados Unidos.

las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, y los Estados Unidos no podían haber previsto en el momento de las negociaciones de la Ronda Kennedy las repercusiones de la Notificación 17 de la JFTC por no disponer en aquel momento de datos pertinentes acerca de las medidas que el Japón se disponía a adoptar para aplicar su programa de "contramedidas" relativas a la liberalización. Los Estados Unidos afirman además que ni siquiera en el momento de las concesiones hechas por el Japón respecto de las películas y el papel al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay podían haber previsto razonablemente las repercusiones de esta medida. Recordamos también la tesis japonesa de que los Estados Unidos no pueden alegar justificadamente ningún tipo de expectativas legítimas de mejoramiento de acceso a los mercados porque las primeras concesiones arancelarias del Japón respecto del papel y las películas -que afectaban únicamente a las películas y el papel en blanco y negro- se hicieron al término de la Ronda Kennedy, el 30 de junio de 1967, más de un mes y medio después de la publicación, el 10 de mayo de 1967, de la Notificación 17 de la JFTC. El Japón aduce que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente la medida en las fechas de conclusión de las dos últimas Rondas.

10.111 A nuestro parecer, dado que la Notificación 17 de la JFTC se publicó en una fecha anterior a la finalización de la Ronda Kennedy, es difícil llegar a la conclusión de que no debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto la Notificación 17 de la JFTC antes de las primeras concesiones arancelarias del Japón respecto de las películas y el papel.

Como hemos indicado antes, hay que considerar que los Estados Unidos conocían los reglamentos japoneses a partir de su publicación. Aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC no pueda tener razonablemente conciencia de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles efectos dispares en ellos hasta transcurrido algún tiempo desde la publicación, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso haya concurrido ninguna de esas circunstancias. No estamos convencidos de que los Estados Unidos hayan satisfecho la carga de establecer que, en relación con la Notificación 17 de la JFTC, son titulares de expectativas legítimas de un mejoramiento de acceso a los mercados derivadas de la Ronda Kennedy. Consideramos que este razonamiento es aplicable *a fortiori* a las supuestas expectativas legítimas derivadas de las concesiones de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.112 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos sostienen que la Notificación 17 de la JFTC, que establece un límite anual máximo de 100.000 yen (278 dólares en 1967) a los premios que un fabricante puede conceder a un mayorista o minorista (o a un mayorista primario, un mayorista secundario o un revendedor, según los casos) en relación con todos los productos objeto del comercio entre ambos, a pesar de ser aplicable indistintamente a las empresas nacionales y extranjeras, trastorna la relación de competitividad entre unas y otras. En opinión de los Estados Unidos, las empresas extranjeras que accedieron al mercado japonés o trataron de ampliar su cuota de mercado a raíz de las reducciones arancelarias y la liberalización de las importaciones no pudieron invertir en sus propias redes de distribución hasta el decenio de 1970, en el que se levantaron progresivamente las restricciones a la inversión. En consecuencia, las empresas extranjeras tuvieron que competir con los fabricantes japoneses para conseguir que los mayoristas y distribuidores existentes comercializaran sus productos. La Notificación 17 de la JFTC limitaba la capacidad de las empresas extranjeras para competir con éxito con las japonesas por los servicios de los distribuidores japoneses al establecer un límite arbitrariamente bajo al valor de los premios que un fabricante podía ofrecer al año a un mayorista o minorista. Además, los Estados Unidos sostienen que los fabricantes extranjeros, que no tenían una relación

directa con los mayoristas japoneses debido a la prescripción japonesa que obligaba a contratar con un único agente de importación, no podían prevalerse de la excepción del punto 2-4 de la Notificación 17 de la JFTC, que permitía ofrecer, sin ninguna limitación, premios a los empleados de empresas que tuvieran una relación exclusiva, de integración vertical, con el fabricante.

10.113 El Japón replica que la Notificación 17 de la JFTC no se refería únicamente al sector de los materiales fotográficos, sino que era aplicable a más de 100 sectores. En cualquier caso, sus normas sólo restringían las ofertas excesivas de premios a los distribuidores y no las demás actividades de promoción. La razón de ser de las limitaciones era que las ofertas excesivas podían socavar la competencia leal, con precios fijados libremente, en el sector de la distribución, e incrementar los gastos de distribución en perjuicio de los intereses de los consumidores. Esta Notificación de la JFTC no regulaba las ofertas a bajo precio, las rebajas y las ofertas de productos para contribuir a las actividades de promoción de las demás partes. El Japón sostiene, además, que los Estados Unidos interpretan erróneamente la naturaleza de la excepción recogida en el punto 2-4. Los premios ofrecidos a empleados de empresas que tenían una vinculación especial con la empresa fabricante, por razones de participación en el capital o de vinculaciones del personal directivo de ambas empresas, estaban exceptuados de esa regulación porque no eran distintos de los ofrecidos a los empleados de la propia empresa. La excepción sólo era aplicable a transacciones prácticamente idénticas a operaciones realizadas dentro de una misma empresa. Fuji y sus mayoristas primarios no habían podido acogerse a ella porque no existía entre ellos esa vinculación especial. Por último, en lo que respecta a los argumentos de los Estados Unidos sobre las restricciones aplicadas a la inversión, el Japón responde que si en el período previo a la liberalización de capitales Kodak hubiera deseado realizar inversiones para establecer y constituir una relación con cualesquiera mayoristas primarios de una sola marca podría haberlo hecho. Según el Japón, el importador exclusivo de Kodak, Nagase, podía invertir, y de hecho invirtió, en la distribución, adquiriendo dos empresas que tenían la condición de mayoristas primarios; si lo hubiera deseado, podría legalmente haber hecho inversiones de capital en los mayoristas primarios de Fuji. Según el Japón, las afirmaciones de los Estados Unidos según las cuales las restricciones aplicadas al capital habían obstaculizado los planes empresariales de Kodak carece de sentido, puesto que Kodak no hizo uso prácticamente de ninguna de las posibilidades legales que se le ofrecían, ni durante el período en que se aplicaron restricciones a la inversión ni después de haberse suprimido esas restricciones.

10.114 Al analizar la cuestión del menoscabo y la relación causal, tomamos nota de que la Notificación 17 de la JFTC parece referirse a las actividades de promoción tanto en relación con los productos nacionales como con los extranjeros. La Notificación no está destinada específicamente a las importaciones ni hace referencia expresa a las películas y el papel fotográficos, aunque incluye a los "materiales fotográficos" entre los numerosos productos de consumo a los que es aplicable. Aunque en un resumen para la prensa se hizo referencia a la necesidad de contrarrestar la influencia del capital estadounidense¹²⁵⁶, la aclaración de la JFTC cita como razones justificativas de la medida la existencia en la industria japonesa de excesos que provocan distorsiones en la competencia natural por precios, calidad y servicios ventajosos, así como las prácticas de venta predatorias propiciadas por el poder

¹²⁵⁶Severe Restrictions on Businesses for Premium Offers: Shatokuren Hears JFTC Explanations at Jyoshi Kaikan on the 12th, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 20 de junio de 1967, Ex. 67-8 de los Estados Unidos, página 1. En su resumen para la prensa, la JFTC aclaraba que el objetivo primario de la Notificación 17 era a) la racionalización de la etapa de distribución y b) la eliminación de la superioridad basada en el poder de capital en la competencia por las ventas, y se indicaba que si el capital estadounidense practicaba una política de ofertas de premios dirigidos al sector japonés de la distribución, no habría posibilidad de competir para el Japón, por lo que deberían aplicarse restricciones que sirvieran de dique antes de la liberalización. *Ibid.*

del capital.¹²⁵⁷

10.115 En conjunto, a nuestro parecer, de los datos relativos a su adopción se desprende que esta medida se dirige contra los posibles excesos en las actividades de promoción del sector de la distribución en general. Se ocupa de los premios excesivos ofrecidos por los fabricantes a los mayoristas y por los mayoristas a los minoristas, pero no pretende regular otros tipos de actividades de promoción, como las ofertas a precios ventajosos y las rebajas. Además, aunque no descartamos la posibilidad de que se demuestre que medidas formalmente neutrales se aplican a los productos importados de una forma que trastorna la relación de competitividad entre productos nacionales e importados en detrimento de los últimos¹²⁵⁸, los Estados Unidos no han podido citar ningún caso en el que la aplicación de la Notificación 17 de la JFTC haya tenido tal resultado con respecto a las películas o el papel estadounidenses. Por ejemplo, observamos que, en el período de que se trata, Kodak tenía una vinculación con un mayorista primario (Asanuma), que finalizó en 1975, al parecer a causa de la negativa de Kodak a negociar directamente con ese mayorista.¹²⁵⁹ Los Estados Unidos no han acreditado que la imposibilidad de Kodak de ofrecer premios a los empleados de Asanuma fuera pertinente a la terminación de esa vinculación. Además, las afirmaciones hechas en este contexto por los Estados Unidos acerca de las repercusiones de las restricciones aplicadas por el Japón a las inversiones, en la medida en que respondan a la realidad¹²⁶⁰, no demuestran en nada en relación con la aplicación de la Notificación 17 de la JFTC. Por último, en cuanto a la excepción prevista en el punto 2-4 de la Notificación 17 de la JFTC, de los datos se desprende que ni la propia excepción ni su aplicación entrañan ningún tipo de discriminación de las películas o el papel importados. Aunque parece que Kodak no podía prevalerse de esta excepción, debido a la estructura de sus relaciones de distribución, lo mismo ocurría en el caso de Fuji.

10.116 En consecuencia, las pruebas que se nos han presentado no nos han persuadido de que la Notificación 17 de la JFTC y su aplicación en el sector japonés de materiales fotográficos (en la medida en que se haya aplicado) hayan trastornado la relación de competitividad entre las películas y el papel importados y estadounidenses en el mercado japonés, por haber impedido a Kodak establecer relaciones de distribución en ese mercado. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que la Notificación 17 de la JFTC anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.117 Así pues, aunque los Estados Unidos han demostrado que la Notificación 17 de la JFTC es una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, se trata de una medida que no está ya en vigor. Además, los Estados Unidos no han demostrado que no deba

¹²⁵⁷Ex. 67-10 de los Estados Unidos, página 2.

¹²⁵⁸Véase el análisis de los párrafos 10.85-10.86 *supra*.

¹²⁵⁹Affidavit of Takenosuke Katsuoka, Ex. A-11 del Japón, páginas 2-4.

¹²⁶⁰A este respecto, tomamos nota de la referencia que hace el Japón a una declaración del Presidente de Kodak Japan, Sr. Albert Sieg, en una entrevista realizada en 1988: "Ha sido un error patente esperar tanto para desarrollar una actividad dinámica en este mercado. Podíamos haberlo hecho hace 10 años. Es evidente que la actividad de nuestros competidores japoneses ha cobrado un gran impulso, y que nuestra tarea será mucho más difícil." Ex. B-45 del Japón. El Japón indica además que, ya en 1971, Kodak podía haber constituido una empresa conjunta con una participación del 50 por ciento en su capital, como Kodak Nagase (constituida en 1986), o establecer una filial de propiedad total en 1976.

considerarse que hubieran previsto la Notificación 17 en relación con las expectativas de ese país derivadas de la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro, ni que esa Notificación anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos con respecto a esas películas. En lo que respecta a las películas y el papel fotográficos en color, sólo han demostrado la concurrencia de uno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII: la existencia de una medida.

d) El Sexto Informe Provisional de 1968

10.118 La tercera "medida" relativa a la distribución que los Estados Unidos alegan que anula o menoscaba ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII es el Sexto Informe Provisional, sobre "Perspectivas y aspectos de la modernización de la distribución" (5 de agosto de 1968), preparado por el Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial del MITI ("Sexto Informe Provisional").¹²⁶¹

El Sexto Informe Provisional se centra en la necesidad de realizar amplios esfuerzos para modernizar el sistema de distribución en el Japón. Los Estados Unidos aducen que el informe analiza la forma en que los fabricantes extranjeros podrían adquirir el control del sistema japonés de distribución y destaca las preocupaciones del Gobierno en relación con ese control, incluidas las relativas a los siguientes riesgos:

1. Hay riesgo de que los sectores en expansión caigan bajo el control monopolístico del capital extranjero, a consecuencia de las diferencias existentes en cuanto a los recursos de capital y otros aspectos similares.
2. Hay riesgo de que el proceso de expansión de las ventas de las empresas filiales de distribución con capital extranjero agrave el problema que representa la competencia excesiva, obstaculice la aplicación sin dificultades de los planes de modernización de la distribución y desorganice el orden [establecido] del comercio.
3. Hay riesgo de que el control de los canales de venta lleve al dominio del sector manufacturero, dando lugar a la subcontratación internacional de las empresas japonesas.¹²⁶²

10.119 Tomamos nota de la tesis de los Estados Unidos, según la cual, con arreglo al plan japonés de sistematización, las vinculaciones entre las empresas que formen parte de un "sistema" abarcarían vínculos relativos a las transacciones comerciales, vínculos materiales y vínculos de información. Cada uno de esos tipos de vínculos serían imprescindibles para que el sistema funcionara como un todo único y exclusivo. Los Estados Unidos alegan que la cooperación horizontal entre empresas haría más difícil la penetración de empresas extranjeras en el sistema, porque muchas de las empresas del sistema estarían vinculadas en un canal común de distribución ligado a su vez a los fabricantes japoneses y dominado por ellos.

10.120 El Japón responde que el objeto del Sexto Informe Provisional es la modernización del sector de la distribución en su conjunto, con el fin de promover la eficiencia y competitividad de las ramas de producción nacional, y no de impedir el acceso de los productos importados a los canales de distribución del Japón. La modernización de la distribución ayudaría además al sector japonés de la distribución a competir con el capital extranjero. El Japón cita a este respecto la introducción al Sexto Informe Provisional:

¹²⁶¹Ex. 68-8 de los Estados Unidos y Ex. B-7 del Japón.

¹²⁶²Ex. 68-8 de los Estados Unidos, página 8.

"En general, se considera actualmente que el retraso de la modernización de las actividades de distribución impide que la economía sea eficiente y que el nivel de vida de la población mejore. La necesidad de mejorar la estructura del sector de la distribución es cada vez mayor. Además, dos razones hacen urgente la modernización de las actividades de distribución. En primer lugar, la liberalización de las inversiones directas de capital extranjero está próxima, y es necesario establecer rápidamente condiciones [de mercado] en las que el capital nacional pueda competir con el capital extranjero. En segundo lugar, se considera que el incremento de la productividad de las actividades de distribución es una vía eficaz para resolver la cuestión de los precios de consumo."¹²⁶³

Según el Japón, lo que preocupaba al MITI era que los canales de distribución existentes constituyeran una traba para los fabricantes japoneses, en tanto que los productores extranjeros, sin restricciones de capital, podían establecer sus propios canales de distribución modernos (y probablemente exclusivos).

10.121 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos sostienen que el Sexto Informe Provisional es una medida gubernamental y que de hecho sigue en vigor. El Japón replica que el Sexto Informe Provisional no es una medida gubernamental, sino simplemente el informe de un órgano consultivo, en el que se exponen al Gobierno determinadas opciones de política general. Sostiene además que el informe no surte actualmente efectos. Según el Japón, las políticas del MITI dieron lugar a la formulación, en los decenios de 1960 y 1970, de recomendaciones dirigidas al sector sobre la forma de modernizar las políticas de distribución. Las empresas privadas siguieron o no, según estimaron conveniente, las recomendaciones formuladas. El Japón mantiene que el informe no fue nunca en absoluto una medida gubernamental y que el informe dejó de tener cualquier pertinencia hace decenios, cuando sus recomendaciones fueron seguidas o ignoradas.

1.122 Al examinar la naturaleza del Sexto Informe Provisional, observamos que el Comité de Distribución fue establecido por el Consejo de Estructura Industrial del MITI, que a su vez era un órgano consultivo integrado por universitarios y representantes del sector y no por funcionarios del Gobierno. Además, aunque el Consejo de Estructura Industrial fue establecido en virtud de una Orden del Consejo de Ministros, no parece haber duda de la naturaleza consultiva tanto de ese órgano como del Comité de Distribución establecido por él. Aplicando el mismo análisis que hemos aplicado antes en nuestro examen general de las medidas gubernamentales, observamos que es evidente que el Sexto Informe Provisional no es por su naturaleza una norma legal o reglamentaria vinculante. El informe no establece incentivos o desincentivos para que el sector privado adopte medidas determinadas. El Sexto Informe Provisional es, en esencia, un análisis de la situación y de las perspectivas del sector de la distribución, en el que se recomienda al Gobierno que aplique determinadas orientaciones de política general en el sector de la distribución. Entre ellas se enumeran expresamente i) la promoción de una actividad empresarial organizada y en régimen cooperativo para obtener economías de escala, ii) la modernización de los servicios y los sistemas de gestión, iii) el aseguramiento de la disponibilidad de personal y su capacitación y iv) la racionalización de las prácticas comerciales y las condiciones de transacción. Dado que se trata de un informe general al Gobierno, no cabe considerar que constituya una exhortación del Gobierno al sector privado para que adopte determinadas medidas en el sector de la distribución, ni entraña la probabilidad de aplicación a que se refieren por ejemplo los informes sobre *Japón - Semiconductores* y *Japón - Productos agropecuarios* (véanse

¹²⁶³Preface to Sixth Interim Report, Ex. B-7 del Japón.

los párrafos 10.45 a 10.50 *supra*). Las recomendaciones del informe se formulan con carácter general; no son lo suficientemente concretas para que quepa llegar a la conclusión de que, incluso en el sistema japonés, puedan haber tenido los mismos efectos que una medida formal del Gobierno. En ese sentido, el Sexto Informe Provisional parece ser un informe, fruto de un estudio, en el que se establecen posibles opciones para la actuación del Gobierno, y no estamos convencidos de que tenga la naturaleza de una medida imputable a éste. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el Sexto Informe Provisional sea una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.123 Suponiendo, a pesar de la constatación anterior, que el Sexto Informe Provisional fuera una medida gubernamental, quedaría por resolver aún la cuestión de si sigue estando o no en vigor. Dado que normalmente el Gobierno no adopta ni promulga formalmente un informe de una entidad cuasigubernamental, no es sorprendente que no haya datos que indiquen que este informe ha sido retirado o desautorizado de algún otro modo por el Gobierno del Japón. No obstante, dado que el informe no ha sido desautorizado, a pesar de que hay declaraciones más recientes de política general del Gobierno sobre la modernización del sector japonés de la distribución, en el supuesto de que el Sexto Informe Provisional fuera una medida, podría sostenerse que sigue aún en vigor.

10.124 *Ventaja resultante.* Recordamos la afirmación de los Estados Unidos de que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel derivadas de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, y de que los Estados Unidos no podían haber previsto antes de la conclusión de la Ronda Kennedy el propósito del Japón de publicar el Sexto Informe Provisional (1968). De forma análoga, los Estados Unidos aducen que no podían haber previsto en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay las repercusiones de esta medida en el mercado japonés de películas. A estas afirmaciones, el Japón responde que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente en junio de 1967 el Sexto Informe Provisional, porque las políticas expuestas en él son la consecuencia lógica de la decisión del MITI de colaborar en la promoción de la modernización del sector japonés de la distribución, tras un debate público sobre la liberalización de capitales que adquirió gran resonancia. El Japón aduce también que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente la medida en el momento de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.125 Al analizar la cuestión de qué deberían haber previsto los Estados Unidos al término de la Ronda Kennedy en relación con el Sexto Informe Provisional, recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones, a falta de alguna razón que lleve a concluir lo contrario (párrafo 10.79). A este respecto, no nos parece convincente el argumento del Japón de que el Sexto Informe Provisional es consecuencia lógica de las políticas japonesas anteriores a la Ronda Kennedy en materia de distribución y de que, por consiguiente, debería haber sido previsto por los Estados Unidos. En primer lugar, hemos constatado que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 no exigía la adopción de ningún tipo de medidas concretas por el Gobierno del Japón o las empresas privadas. Además, los cinco informes provisionales anteriores contienen recomendaciones que difieren en parte de las del Sexto Informe Provisional, por lo que no cabe afirmar que las conclusiones concretas del Sexto Informe Provisional estuvieran claramente previstas en la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 y en los anteriores informes. Además, dada la naturaleza del informe (un informe elaborado por un grupo consultivo integrado por universitarios y representantes del sector, no vinculante, cuyas recomendaciones no se refieren a productos específicos y que es más asimilable a un documento sobre opciones de política general presentado al Gobierno que a una medida gubernamental en sentido propio), constatamos que los Estados Unidos no tenían por qué haber previsto su aparición

antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. Sin embargo, constatamos que, las expectativas legítimas, en la medida que existan, se refieren únicamente a las películas y el papel en blanco y negro.

10.126 Con respecto a las concesiones hechas por el Japón al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay, resulta difícil no llegar a la conclusión de que hay que considerar que en 1979 y 1993, respectivamente, los Estados Unidos habían previsto este informe de 1968 y su aplicación (en la medida en que se aplicó). Aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro de la OMC exportador pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para determinados productos importados o de sus posibles repercusiones dispares sobre esos productos hasta transcurrido algún tiempo después de su publicación, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso concurren esas circunstancias. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que, en relación con el Sexto Informe Provisional, son titulares de expectativas legítimas, derivadas de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay, de un mejoramiento del acceso al mercado de películas y papel fotográficos.

10.127 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos sostienen que el Sexto Informe Provisional recomendaba al MITI que adoptara medidas para sistematizar la distribución mediante: el reajuste de las condiciones del mercado; la racionalización de las técnicas de distribución física (embalaje, almacenamiento, transporte y manipulación de la carga)¹²⁶⁴; y la introducción de mejoras en el entorno de la distribución (emplazamiento de los distribuidores, vínculos de información entre fabricantes, mayoristas y minoristas y financiación).¹²⁶⁵ El objetivo general, según los Estados Unidos, era incrementar la eficiencia de los canales de distribución y, lo que es más importante, dar el control de esos canales a los fabricantes nacionales "esforzándose por conseguir la cooperación de las empresas y la sistematización entre productores, elaboradores intermedios y mayoristas".¹²⁶⁶ Los Estados Unidos señalan que en el informe se declara también que hay riesgo de que el control de los canales de venta lleve al dominio del sector manufacturero, dando lugar a la subcontratación internacional de las empresas japonesas.¹²⁶⁷

10.128 El Japón responde que el MITI consideraba que el atraso del sector de la distribución era un "talón de Aquiles" que haría a los fabricantes nacionales incapaces de competir con los productos extranjeros. En concreto, le preocupaba la posibilidad de que los canales de distribución existentes fueran una traba para los fabricantes nacionales, en tanto que los productores extranjeros, una vez suprimidas las restricciones a sus inversiones, podían establecer sus propios canales de distribución modernos (y exclusivos). No obstante, el Japón destaca que el objetivo de la política general del MITI sobre la modernización del sector de la distribución era fomentar la eficiencia y la competitividad de la rama de producción nacional después de la liberalización, y no bloquear las importaciones. En general, el Japón aduce que los Estados Unidos no han aportado al Grupo Especial ninguna prueba de la existencia de una relación causal entre la medida y el supuesto menoscabo.

10.129 Al analizar la cuestión de si las expectativas estadounidenses en relación con el acceso a los mercados se hallan menoscabadas por la aplicación del Sexto Informe

¹²⁶⁴Sexto Informe Provisional, Ex. 68-8 de los Estados Unidos, página 9.

¹²⁶⁵Ibíd.

¹²⁶⁶Ibíd., página 14.

¹²⁶⁷Ibíd., página 8.

Provisional, observamos lo siguiente: en primer lugar el informe es un informe de carácter consultivo dirigido al Gobierno, en el que se exponen a éste opciones no vinculantes de política general; en segundo lugar, esas opciones de política general se orientan a modernizar y mejorar la eficiencia global del sector de la distribución en el Japón; en tercer lugar, no se trata en absoluto de recomendaciones relativas a productos específicos; y en cuarto lugar, los Estados Unidos no han podido citar ninguna medida concreta del Gobierno que sea fruto de este informe sobre opciones de política general, a excepción tal vez de las Directrices de 1970, que se analizan más adelante. Observamos que, aunque es cierto que el informe propugna la cooperación entre los distintos niveles del sistema de distribución, en él se analiza también la necesidad de neutralizar los posibles efectos desfavorables de esa cooperación.¹²⁶⁸ En todo caso, aun suponiendo que el Sexto Informe Provisional fuera una orientación administrativa dirigida al sector japonés de las películas fotográficas en la que se propugna la integración vertical y la utilización de mayoristas primarios de una sola marca, sigue habiendo problemas en relación con el nexo causal, por cuanto en el Japón, en 1968 la mayor parte del sector de la distribución al por mayor de películas fotográficas estaba constituido por distribuidores de una sola marca (véase el párrafo 10.173 *supra*).

10.130 Además, observamos que el informe parece ser neutral en cuanto al origen. Aunque en él se hace referencia a la necesidad de prepararse para la entrada del capital extranjero, el aspecto que se destaca especialmente es, en nuestra opinión, la necesidad de mejorar el sector japonés de la distribución para que pueda competir de forma eficaz. El informe, aunque indica la necesidad de mejorar la competitividad de las empresas japonesas, no pretende evitar la entrada del capital extranjero. De hecho, enumera las ventajas que se derivarán de la liberalización en lo que respecta al aumento de la eficiencia del sector japonés de la distribución.¹²⁶⁹ Aunque cabe demostrar que una medida formalmente neutral en cuanto al origen de los productos se ha aplicado de una forma que trastorna la relación de competitividad entre productos nacionales e importados en detrimento de los últimos¹²⁷⁰, los Estados Unidos no han podido citar ningún caso en el que la aplicación del Sexto Informe Provisional haya tenido esos efectos con respecto a las películas o el papel estadounidenses.

10.131 En este contexto, es difícil llegar a la conclusión de que este informe consultivo haya contribuido de forma significativa a menoscabar expectativas de los Estados Unidos derivadas de la Ronda Kennedy en materia de acceso a los mercados. Tampoco hay pruebas de que la aplicación del informe haya tenido como consecuencia el menoscabo de las expectativas legítimas derivadas de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay. Consideramos que, en todo caso, el informe constituye parte del contexto de algunas medidas del Gobierno japonés posteriormente citadas, como las Directrices de 1970 y el Plan Básico de 1971, que se analizan más adelante. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el Sexto Informe Provisional anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.132 Así pues, los Estados Unidos, aunque han demostrado que no debe considerarse que hubieran previsto el Sexto Informe Provisional en lo que respecta a las expectativas de ese país derivadas de la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro, no han demostrado que el Sexto Informe Provisional sea una medida a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII ni que anule o menoscabe ventajas resultantes para los

¹²⁶⁸Ibíd., por ejemplo páginas 15, 18.

¹²⁶⁹Ibíd., página 7.

¹²⁷⁰Véase el análisis de los párrafos 10.85 y 10.86 *supra*.

Estados Unidos en relación con las películas y el papel en blanco y negro. En cuanto a las películas y el papel fotográficos en color, los Estados Unidos no han demostrado la concurrencia de ninguno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

e) El Séptimo Informe Provisional de 1969

10.133 La cuarta "medida" relativa a la distribución es el Séptimo Informe Provisional, sobre "Sistematización de las actividades de distribución, preparado en julio de 1969 por el Comité de Distribución del Consejo de Estructura Industrial del MITI".¹²⁷¹ Al igual que el Sexto Informe Provisional de este Comité, del que nos hemos ocupado antes bajo el epígrafe "Normalización de las condiciones de transacción", el Séptimo Informe Provisional expone una serie de opciones de política general para su consideración por el MITI. Tomamos nota de que el Séptimo Informe Provisional se publicó como "primer paso para encarar los retos que se plantean actualmente al sector de la distribución del Japón".¹²⁷² El Comité entendía que la finalidad de la sistematización debía ser incrementar la funcionalidad y la productividad y manifestaba que el mejor enfoque de la sistematización consistía en no considerar el sector de la distribución como una serie de organizaciones distintas, sino como un todo único, y aplicar en consecuencia a ese sector un enfoque sistémico. Reconocía que el factor más importante con respecto a las mercancías era la distribución y manifestaba que la sistematización sólo podía avanzar mediante el tratamiento centralizado del control físico en los centros de distribución y puntos de almacenamiento. El Comité identificaba tres planteamientos (basados en los productos, institucional y funcional) de la sistematización y proponía al Gobierno las siguientes políticas: i) establecimiento de un Consejo de Sistematización de la Distribución; ii) presentación de puntos de referencia y fomento de la normalización; iii) establecimiento de un sistema para facilitar información relacionada con la distribución; y iv) oferta de incentivos financieros y fiscales.

10.134 Los Estados Unidos sostienen que el Séptimo Informe Provisional constituye, en esencia, uno de los pilares fundamentales del supuesto plan del Japón para sistematizar el sector de la distribución. A juicio de los Estados Unidos, del informe se desprende que en la medida en que los objetivos de fomentar la eficiencia y de proteger al sector contra la competencia extranjera fueran incompatibles, debía prevalecer el segundo. En concreto, los Estados Unidos aducen que la premisa de la sistematización de la distribución era la reorganización del sistema japonés de distribución vertical y horizontalmente mediante i) la constitución y reforzamiento de vínculos de distribución verticales por productos entre un fabricante japonés y diversos mayoristas, y entre mayoristas y minoristas, y ii) la creación de vínculos -comerciales, físicos y de información- entre los elementos horizontales del sistema de distribución, creación que podría ser más fácil en un régimen vertical sistematizado (párrafos 5.81 y 5.82). El Japón replica que el MITI consideraba que el carácter atrasado del sistema de distribución podía hacer que los fabricantes nacionales no pudieran competir con los productos extranjeros. En concreto, preocupaba al MITI la posibilidad de que los canales de distribución existente constituyeran una traba para los fabricantes japoneses, en tanto que los productores extranjeros, sin restricciones de capital, podían establecer sus propios canales de distribución modernos (y exclusivos) (párrafo 5.83).

¹²⁷¹Distribution Systemization - Industrial Structure Council Distribution Committee, 22 July 1969, Ex. 69-4 de los Estados Unidos.

¹²⁷²Ibíd., página 1.

10.135 *Aplicación de la medida.* Como en el caso del Sexto Informe Provisional, los Estados Unidos sostienen que el Séptimo Informe Provisional es una medida gubernamental y que de hecho sigue aún en vigor, y el Japón responde que el Séptimo Informe Provisional no es una medida gubernamental sino simplemente el informe de un consejo consultivo, en el que se exponen al Gobierno determinadas opciones de política general. El Japón añade que este informe no está actualmente en vigor. Según el Japón, las políticas del MITI dieron lugar a las recomendaciones hechas al sector en los decenios de 1960 y de 1970 sobre la forma de modernizar las políticas de distribución y que las empresas las siguieron o no, según estimaron conveniente. El Japón sostiene que este informe nunca fue en absoluto una medida gubernamental y que dejó de tener cualquier pertinencia sustantiva hace decenios, cuando las recomendaciones fueron seguidas o ignoradas.

10.136 Al examinar la naturaleza de la supuesta "medida", observamos una vez más que el Comité de Distribución fue establecido por el Consejo de Estructura Industrial del MITI, que a su vez era un órgano consultivo integrado por universitarios y representantes del sector y no por funcionarios del Gobierno. Además, a pesar de que el Consejo de Estructura Industrial fue establecido en virtud de una Orden del Consejo de Ministros, la naturaleza consultiva tanto de ese Consejo como del Comité de Distribución establecido por él parece estar fuera de dudas. Aplicando el mismo análisis que hemos hecho antes, observamos que es evidente que el Séptimo Informe Provisional no tiene la naturaleza de una norma legislativa o reglamentaria vinculante. El informe no ofrece incentivos o desincentivos para que el sector privado adopte medidas determinadas. Dado que el informe es un informe general al Gobierno, no cabe considerar que sea una exhortación del Gobierno al sector privado para que éste adopte medidas concretas en el sector de distribución y no entraña la probabilidad de aplicación a que se refieren los informes sobre *Japón - Semiconductores* y *Japón - Productos agropecuarios* (véanse los párrafos 10.45 a 10.50 *supra*). Lo mismo que en el caso del Sexto Informe Provisional, no consideramos que sus recomendaciones sean suficientemente concretas para que quepa llegar a la conclusión de que, incluso en el Japón, puedan tener los mismos efectos que las medidas formales del Gobierno. En ese sentido, el Séptimo Informe Provisional parece ser simplemente el informe de un estudio en el que se exponen posibles opciones para la actuación del Gobierno, y no estamos convencidos de que tenga la naturaleza de una medida gubernamental. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el Séptimo Informe Provisional sea una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.137 Suponiendo, a pesar de nuestra constatación anterior, que el Séptimo Informe Provisional fuera una medida gubernamental, quedaría aún por resolver la cuestión de si sigue o no en vigor. Dado que normalmente el Gobierno no adopta o promulga formalmente un informe de un organismo cuasigubernamental, no es sorprendente que no haya pruebas de que haya sido retirado o desautorizado de cualquier otra forma por el Gobierno del Japón. Dada la inexistencia de una desautorización de ese tipo y a pesar de que haya declaraciones de política general del Gobierno más recientes sobre la modernización del sector japonés de la distribución, en caso de que el Séptimo Informe Provisional fuera una medida, podría afirmarse que sigue aún en vigor.

10.138 *Ventaja resultante.* Recordamos el argumento de los Estados Unidos según el cual las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas, derivadas de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel fotográficos, y los Estados Unidos no podían haber previsto antes de la conclusión de la Ronda Kennedy el propósito del Japón de publicar el Séptimo Informe Provisional (1969). De forma análoga, los Estados Unidos aducen que no podían aún haber previsto razonablemente la significación de la medida para el mercado japonés de películas en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay. A

estas afirmaciones, el Japón responde que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente en junio de 1967 el Séptimo Informe Provisional, porque las políticas expuestas en él son la consecuencia lógica de la decisión del MITI de contribuir a la promoción de la modernización del sector japonés de la distribución, tras un debate público, que tuvo gran resonancia, sobre la liberalización de capitales. El Japón sostiene además que *a fortiori* los Estados Unidos deberían razonablemente haber previsto la medida al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.139 Al analizar la cuestión de qué deberían haber previsto los Estados Unidos al término de la Ronda Kennedy en relación con el Séptimo Informe Provisional, recordamos, como hicimos en el caso del Sexto Informe Provisional conexo, nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones, salvo que haya razones para concluir lo contrario. A este respecto, no nos parece convincente el argumento del Japón de que el Séptimo Informe Provisional es consecuencia lógica de las políticas del Japón anteriores a la Ronda Kennedy en materia de distribución, por lo que debería haber sido previsto por los Estados Unidos. En primer lugar, hemos constatado que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 no pedía al Gobierno del Japón o a las empresas privadas que adoptaran ninguna medida concreta. Además, los seis primeros informes provisionales contienen recomendaciones que difieren en parte de las del Séptimo Informe Provisional. En consecuencia, no cabe afirmar que la Decisión del Gabinete de 1967 u otras medidas japonesas previeran claramente el Séptimo Informe Provisional. Además, dada la naturaleza del informe (un informe elaborado por un grupo consultivo integrado por universitarios y representantes del sector, no vinculante, cuyas recomendaciones no se refieren a productos específicos y que por su naturaleza es más bien un documento sobre opciones políticas presentado al gobierno que una medida gubernamental en sentido propio) constatamos que no debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto razonablemente su existencia antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. No obstante, constatamos que las expectativas legítimas, en caso de que existan, se refieren únicamente a las películas y el papel en blanco y negro.

10.140 Con respecto a las concesiones hechas por el Japón al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay, es difícil no llegar a la conclusión de que debe considerarse que en 1979 y 1993 los Estados Unidos previeron este informe de 1969 y su aplicación (en la medida en que se aplicó). Aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro de la OMC exportador no pueda razonablemente ser consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones dispares en ellos hasta transcurrido algún tiempo después de la publicación de la medida, los Estados Unidos no han demostrado que en el presente caso concurren esas circunstancias. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que, en relación con el Séptimo Informe Provisional, sean titulares de expectativas legítimas, derivadas de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso al mercado de las películas y el papel fotográficos.

10.141 *Menoscabo y relación causal.* Recordamos que el Comité de Distribución manifestaba en su Séptimo Informe Provisional que los esfuerzos concertados del gobierno y del sector privado debían orientarse a la sistematización entendida como una contramedida relativa a la liberalización de capitales¹²⁷³ y que el informe recomendaba al gobierno políticas de sistematización que incluían: 1) el establecimiento de un "consejo de fomento de la sistematización de la distribución" del que formarían parte universitarios, fabricantes,

¹²⁷³Ibíd., página 4.

mayoristas, minoristas y especialistas en informática, para llegar a un consenso sobre la orientación básica de la sistematización de las actividades de distribución; 2) el fomento de la sistematización de la distribución y la realización de investigaciones al respecto; 3) la oferta de incentivos financieros en forma de préstamos o de un régimen especial fiscal para apoyar la sistematización.¹²⁷⁴ Según los Estados Unidos, los documentos del Gobierno japonés no dejan ninguna duda de que el Japón se proponía establecer y apoyar canales de distribución verticalmente integrados y dominados por los fabricantes nacionales. Como indican los Estados Unidos, en el Séptimo Informe Provisional se afirma que con la sistematización, es probable que se establezcan más sistemas en los que las rutas *keiretsu* se cubran con arreglo a la orientación del fabricante¹²⁷⁵ y en los que se integren los diversos aspectos de los servicios de producción, elaboración y distribución.¹²⁷⁶ El Japón responde que el MITI opinaba que el atraso del sector de la distribución haría que los fabricantes nacionales no pudieran competir con los productos extranjeros, pero subraya que la política del MITI en relación con la modernización del sector de la distribución trataba de fomentar la eficiencia y la competitividad de las empresas nacionales, y no de bloquear las importaciones. El Japón aduce que, en general, los Estados Unidos no han aportado al Grupo Especial ninguna prueba de la existencia de una relación de causalidad entre la medida y el supuesto menoscabo.

10.142 Al analizar la cuestión de si las expectativas de los Estados Unidos en materia de acceso a los mercados se hallan o no menoscabadas por el Séptimo Informe Provisional, observamos una vez más lo siguiente: en primer lugar, que el informe es un informe consultivo dirigido al gobierno, en el que se exponen a éste opciones no vinculantes de política general, sin recomendar al gobierno o a las empresas privadas que adopten medidas concretas; en segundo lugar, que esas opciones de política general se orientan a la modernización y el aumento de la eficiencia global del sector de la distribución en el Japón; en tercer lugar que las recomendaciones no se refieren a productos concretos; y en cuarto lugar, que los Estados Unidos no han podido citar ningún acto concreto del gobierno derivado de este informe sobre opciones de política general. Aunque es cierto que el Séptimo Informe Provisional propugna la cooperación entre los distintos niveles del sistema de distribución, no apoya como tales las formas tradicionales de integración vertical. De hecho, en la introducción se afirma expresamente que a diferencia de la *keiretsunización*, la creación de empresas cooperativas, etc., la sistematización que se propone no se basa en absoluto en las nociones preconcebidas de esas instituciones.¹²⁷⁷ El informe hace hincapié en la utilización de "sistemas" y en el "enfoque basado en los sistemas" para modernizar el sector japonés de la distribución, incluido el fomento de la normalización de la documentación y el embalaje. Como se indica más adelante, se preveía que las empresas extranjeras se beneficiaran de ese enfoque tanto como las nacionales, lo que indica que la integración vertical y la distribución de marca única no eran objetivos del informe. En todo caso, aun suponiendo que el Séptimo Informe Provisional constituyera una orientación administrativa dirigida al sector japonés de películas fotográficas en la que se propugnaba la integración vertical y la utilización de distribuidores primarios de una sola marca, hay problemas cronológicos para establecer la existencia de una relación causal, ya que en 1968

¹²⁷⁴Ibíd., páginas 9-10. El Comité de Distribución, en el Noveno Informe Provisional calificaba al Séptimo Informe Provisional de "importante plan general político para la reforma del sector de la distribución". Industrial Structure Deliberation Council - Distribution for the 1970s (Ninth Interim Report), 22 de julio de 1971, Ex. 71-9 de los Estados Unidos.

¹²⁷⁵Ex. 69-4 de los Estados Unidos, página 7.

¹²⁷⁶Ibíd.

¹²⁷⁷Ibíd., página 1.

la mayoría del sector de la distribución al por mayor de películas en el Japón estaba organizado conforme al sistema de distribución de una sola marca (véase el párrafo 10.173 *infra*).

10.143 Dado que el informe se centra especialmente en los sistemas, consideramos que se trata de un informe neutral en cuanto al origen. De hecho, en él se señala que uno de los efectos de la sistematización de las actividades de distribución en el Japón es la simplificación del acceso al mercado japonés del capital extranjero. Aunque cabe demostrar que una medida formalmente neutral en cuanto al origen de los productos se aplica en una forma que trastorna la relación de competitividad entre productos nacionales e importados en detrimento de los últimos, los Estados Unidos no han podido citar un solo caso en el que la aplicación del Séptimo Informe Provisional tenga esos efectos con respecto a las películas o el papel estadounidenses. En este contexto, es difícil llegar a la conclusión de que este informe consultivo haya contribuido al menoscabo de las expectativas de los Estados Unidos en materia de acceso a los mercados derivadas de la Ronda Kennedy.

10.144 Tampoco hay ninguna prueba de que la aplicación del informe haya dado lugar a un menoscabo de expectativas legítimas derivadas de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay. Consideramos que, en todo caso, el informe constituye parte del contexto de las Directrices de 1970 y del Plan Básico de 1971, que se examinan más adelante. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el Séptimo Informe Provisional anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.145 Así pues, los Estados Unidos han demostrado que no tenían por qué haber previsto el Séptimo Informe Provisional en relación con las expectativas de ese país derivadas de la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro, pero no que el Séptimo Informe Provisional sea una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII ni que anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos con respecto a las películas y el papel en blanco y negro. En lo que respecta a las películas y al papel en color, los Estados Unidos no han demostrado la concurrencia de ninguno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

f) El informe del Estudio sobre las condiciones de transacción de 1969

10.146 La quinta "medida" relativa a la distribución que los Estados Unidos alegan que anula o menoscaba ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII es el informe del Estudio del MITI sobre las condiciones de transacción, incluidas las recomendaciones sobre las condiciones de transacción (desde marzo de 1969)¹²⁷⁸ y los proyectos y nuevas versiones del Estudio publicados (por ejemplo en 1971) ("informe del Estudio de 1969").¹²⁷⁹ En 1968, el MITI pidió al Instituto de Investigaciones sobre la Distribución, al parecer una organización privada, que realizara un estudio sobre las condiciones de transacción en varios sectores. En marzo de 1969, el Instituto presentó su Estudio sobre las condiciones de transacción en el sector de las películas fotográficas. En el Estudio se examinaban las prácticas de las empresas en relación con los contratos de venta,

¹²⁷⁸Institute for Distribution Research, Fact-finding Survey Report Pertaining to Transaction Terms: Actual Conditions of Transaction Practices in the Wholesale Industry, marzo de 1969, Ex. 15 de los Estados Unidos.

¹²⁷⁹MITI Business Bureau, Actual Conditions of Transaction Terms in the Wholesale Industry, 31 de agosto de 1971, Ex. 20 de los Estados Unidos. Institute for Distribution Research, 1969 Survey of Trade Conditions in the Film and Other Industries, Ex. B-1 del Japón.

incluidas las políticas de descuento y de rebajas; las entregas y devoluciones; la liquidación de cuentas; y las prácticas de promoción, incluidos el envío de empleados y las rebajas.¹²⁸⁰

10.147 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos aducen que el informe del Estudio de 1969 es una medida gubernamental y que sigue aún en vigor. El Japón responde que este informe es un informe de un instituto privado, que realiza investigaciones y análisis y facilita información al Gobierno cuando procede. En consecuencia, sostiene que este Estudio no es una medida gubernamental y ni siquiera puede ser calificado de orientación administrativa. En todo caso, según el Japón, el Estudio de 1969 no surte actualmente efectos (párrafo 6.119). Las políticas del MITI dieron lugar a la formulación, en los decenios de 1960 y de 1970, de recomendaciones dirigidas al sector sobre la forma de modernizar las políticas de distribución. Según el Japón las empresas privadas siguieron o no las recomendaciones formuladas, según estimaron conveniente. El Estudio dejó de tener cualquier tipo de pertinencia sustantiva cuando hace decenios, sus recomendaciones fueron seguidas o ignoradas.

10.148 Con el fin de examinar si el informe del Estudio de 1969 constituye una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, recordamos el marco analítico que hemos elaborado. Si aplicamos ese marco analítico, observamos que es evidente que el informe no tiene la naturaleza de una norma legal o reglamentaria vinculante. El informe no establece incentivos o desincentivos para que el sector privado adopte determinadas medidas, sino que su naturaleza es la de un estudio fáctico realizado a petición del Gobierno por una organización que parece tener carácter privado. Dado que se trata de un informe *al* Gobierno, no puede considerarse que en él se exhorte al sector privado a aplicar políticas de distribución concretas. Aunque es cierto que el informe contiene algunas páginas de introducción (y párrafos finales) sobre el tema de las condiciones de contratación irracionales, la mayor parte del informe del Estudio de 1969 se limita a hacer una descripción de las prácticas existentes. En tal sentido es simplemente un documento de información general en el que se facilita información fáctica actualizada que puede servir de base para que posteriormente el Gobierno decida actuar. A nuestro parecer, el informe no tiene la naturaleza de una medida gubernamental. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el informe sea una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII; todo lo más puede considerarse que forma parte del contexto de las Directrices de 1970, que se analizan más adelante.

10.149 Observamos que el MITI publicó el informe del Estudio de 1969 en 1971. No consideramos que este hecho sea motivo para modificar nuestro análisis. No puede considerarse que la publicación del informe por el MITI constituya una orientación administrativa o una exhortación del Gobierno para que se apliquen determinadas prácticas, por las siguientes razones: i) el hecho de que el informe es esencialmente un estudio no normativo de prácticas anteriores, y ii) la publicación de las Directrices de 1970, en las que el Gobierno se ocupa de forma más específica de las condiciones de transacción.

10.150 Suponiendo, a pesar de nuestra constatación anterior, que el informe del Estudio de 1969 fuera una medida, quedaría por resolver la cuestión de si esa medida sigue o no en vigor. A este respecto, no hay ningún dato que nos indique que la medida haya sido retirada o desautorizada de otra forma por el Gobierno del Japón. No obstante, si se tiene presente que el informe es, en esencia, una descripción de las prácticas existentes en el decenio de 1960, no está claro lo que se pretende decir cuando se afirma que sigue en vigor; el informe sigue siendo simplemente una descripción de prácticas anteriores. No obstante,

¹²⁸⁰Hay discrepancia entre las partes acerca de si el Instituto publicó el informe en 1969. Las partes coinciden en que el MITI lo publicó (de nuevo) en 1971.

en la medida en que hay en él una pequeña parte de contenido normativo sobre la racionalidad de las condiciones de transacción y no ha sido desautorizado, y aunque es evidente que hay declaraciones de política general del Gobierno más recientes sobre la modernización del sector japonés de la distribución, podría considerarse, que, en ese sentido, sigue en vigor. Así pues, si se considerara que el informe del Estudio de 1969 es una medida, esa medida podría estar aún en vigor.

10.151 *Ventaja resultante.* Recordamos la afirmación de los Estados Unidos de que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas, derivadas de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel y de que los Estados Unidos no podían haber previsto antes de la conclusión de la Ronda Kennedy el informe del Estudio de 1969 (que, según los Estados Unidos forma parte de lo que califica de "serie de medidas informales y poco transparentes del Gobierno japonés"). Los Estados Unidos aducen también que ni siquiera en el momento de la conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay podían haber previsto razonablemente la importancia de la medida para el mercado japonés de películas. A estas afirmaciones, el Japón responde que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente el informe del Estudio de 1969 en junio de 1967, porque las políticas que se examinaban en él eran la consecuencia lógica de las políticas en curso del MITI de modernización de la distribución tendentes a la racionalización de las condiciones de transacción y a la sistematización de las prácticas de distribución. Además, el Japón aduce que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente la medida en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.152 Al analizar la cuestión de qué deberían haber previsto los Estados Unidos al término de la Ronda Kennedy en relación con el informe del Estudio de 1969, recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones, a falta de razones para concluir lo contrario. A este respecto, no encontramos convincente el argumento japonés de que el informe es consecuencia lógica de sus políticas de distribución anteriores a la Ronda Uruguay, por lo que debería haber sido previsto por los Estados Unidos. En primer lugar, hemos constatado que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 no instaba al Gobierno del Japón o a las empresas privadas a que adoptaran medidas específicas. Además, dada la naturaleza del informe del Estudio de 1969 (un estudio realizado por una organización cuasigubernamental a petición del Gobierno, que puede considerarse que se trata de un informe general en el que se expone la situación existente con objeto de proporcionar información fáctica que pueda servir de base al Gobierno para que éste decida posteriormente si es necesario adoptar determinadas medidas gubernamentales), constatamos que los Estados Unidos no tenían por qué haber previsto razonablemente su existencia antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. Constatamos, no obstante, que las expectativas legítimas, en la medida en que existan, se refieren únicamente a las películas y el papel en blanco y negro.

10.153 Con respecto a las concesiones hechas por el Japón al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay, es difícil llegar a la conclusión de que en 1979 y 1993 los Estados Unidos no podían haber previsto razonablemente este informe del Estudio de 1969, su publicación en 1971 y su aplicación (en la medida en que se aplicó). Aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro de la OMC exportador pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones dispares en ellos hasta que haya transcurrido algún tiempo desde la publicación de la medida, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso, en el que el informe se refiere específicamente al sector de las películas fotográficas, concurren esas circunstancias. En consecuencia, constatamos que los Estados

Unidos no han demostrado que en relación con el informe del Estudio de 1969, sean titulares de expectativas legítimas, derivadas de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso a los mercados.

10.154 *Menoscabo y relación causal.* Ni los Estados Unidos ni el Japón han presentado pruebas o expuesto argumentos distintos de los examinados en relación con el Sexto y Séptimo Informes Provisionales acerca de las repercusiones del informe del Estudio de 1969 en las expectativas estadounidenses en materia de acceso a los mercados derivadas de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado la existencia de anulación o menoscabo a consecuencia de este informe del Estudio.

10.155 Así pues, los Estados Unidos, aunque han demostrado que no debe considerarse que hubieran previsto el informe del Estudio de 1969 en relación con las expectativas de ese país derivadas de la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro, no han demostrado que el informe sea una medida a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII, ni que anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos respecto de las películas y el papel en blanco y negro. Con respecto a las películas y el papel en color, los Estados Unidos no han demostrado que concurra ninguno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

g) Las Directrices para la racionalización de las condiciones de comercio de las películas fotográficas, de 1970

10.156 La sexta "medida" relativa a la distribución que los Estados Unidos alega que anula o menoscaba ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII son las "Directrices para la racionalización de las condiciones de comercio de las películas fotográficas" de 1970, preparadas por el Comité de Normalización de las Condiciones de Transacción del MITI ("Directrices de 1970").¹²⁸¹ Según los Estados Unidos, esa "medida" abarca las medidas conexas para aplicar las recomendaciones recogidas en las Directrices.

10.157 Los Estados Unidos aducen que las Directrices de 1970 tienden a fomentar la integración vertical del sector de la distribución de películas mediante la utilización de condiciones de transacción que creen una vinculación más estrecha entre los distribuidores al por mayor y los fabricantes nacionales. Según los Estados Unidos, el MITI fomentaba esa política general en las Directrices de 1970 al propugnar descuentos por cantidad, rebajas, condiciones de pago normalizadas y plazos de pago más cortos: los descuentos y rebajas incitaban a los mayoristas a adquirir cantidades mayores de un número de proveedores menor, y las condiciones de pago normalizadas y los plazos de pago abreviados limitaban las posibilidades de que los mayoristas trataran de conseguir condiciones de crédito mejores de otros proveedores, lo que, según los Estados Unidos, hacía que los mayoristas dependieran en mayor grado de las condiciones de crédito ofrecidas por el fabricante con el que hacían negocios fundamentalmente y fueran más vulnerables a esas condiciones. Tomamos nota asimismo de la tesis de los Estados Unidos de que antes de la normalización, los mayoristas podían elegir entre los diversos fabricantes los que ofrecían las mejores condiciones de transacción. Las supuestas medidas del MITI reducían esa competencia en el sector de la distribución, con el resultado, según los Estados Unidos, de crear relaciones estables, a largo plazo y exclusivas en la cadena de distribución.

10.158 El Japón responde que, en el período 1970-1972, el MITI publicó directrices para la

¹²⁸¹Ex. 70-3 de los Estados Unidos; Ex. 70-4 de los Estados Unidos; Ex. B-24 del Japón.

racionalización de 15 sectores diferentes de la industria, incluido el de las películas fotográficas. Las directrices para cada uno de esos 15 sectores abordaban las mismas cuestiones y hacían fundamentalmente las mismas sugerencias. Recordamos, además, que el Japón sostiene que el MITI se preocupó constantemente de la racionalización de las condiciones de comercio en el sector de la distribución desde el decenio de 1960. Las prácticas existentes hasta entonces eran, según el Japón, irracionales e ineficientes desde el punto de vista económico. Según el Japón, las Directrices de 1970 desaconsejaban expresamente la aplicación de rebajas y no propugnaban plazos de pago más cortos, por lo que, en su opinión, no tenían relación con el establecimiento de una distribución de marca única y eran desfavorables a ella. En todo caso, según el Japón, el argumento de los Estados Unidos se enfrenta con dificultades cronológicas insolubles, puesto que la distribución de una sola marca era ya una tendencia del sector antes de que se aplicara la supuesta "medida". Por otra parte, el sistema de distribución al por mayor de una sola marca de películas es una práctica comercial común, que prevalece en todos los mercados principales del mundo. El Japón señala que los esfuerzos del MITI para conseguir una racionalización de la distribución no acabaron en el decenio de 1970: en 1990 el MITI publicó las "Directrices para mejorar las políticas comerciales".

10.159 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos aducen que las Directrices de 1970 son una típica orientación administrativa, y que, en consonancia con los precedentes jurisprudenciales, son una medida a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII. La tesis del Japón es que aunque las Directrices de 1970 pertenecen a un tipo de orientación administrativa (se trata de la única "medida" relativa a la distribución que el Japón considera que puede calificarse así), esta orientación administrativa en concreto no es una medida gubernamental, porque el MITI se limitó a publicar una orientación en la que no se preveía que el Gobierno otorgara ninguna ventaja en caso de seguirla ni prescribía ninguna sanción en caso contrario. El Japón sostiene que las Directrices de 1970 son solamente sugerencias de carácter general sin ninguna fuerza legal. En consecuencia, según el Japón, la orientación administrativa recogida en las Directrices de 1970 no cumple los dos criterios establecidos en el informe sobre *Japón - Semiconductores*.

10.160 El análisis de las Directrices de 1970 y de las medidas posteriores adoptadas por el MITI y por diversos grupos de empresas nos lleva a la conclusión de que las Directrices de 1970 no son simplemente una serie de sugerencias. Al publicar las Directrices de 1970 en la Gaceta del MITI, el Ministerio aclaraba lo siguiente:

"se pretende que el proceso de perfeccionamiento de las condiciones de comercio se lleve a cabo en consonancia con estas Directrices. Dado que las condiciones de comercio se refieren a transacciones comerciales reales, no es procedente apoyarse inmediatamente en medidas legislativas. Por consiguiente, esperamos que las partes que intervienen en las transacciones comprendan la necesidad de la racionalización del comercio y hagan voluntariamente esfuerzos para alcanzar ese objetivo".¹²⁸²

El MITI solicitaba además a las asociaciones empresariales que elaboraran y aplicaran condiciones de transacción más específicas, basadas en las Directrices de 1970 y que facilitaran información correspondiente al MITI en noviembre de 1970.¹²⁸³ Como señalan los Estados Unidos, poco después de la publicación de las Directrices de 1970 del MITI, la

¹²⁸²Ex. B-24 del Japón, página 1.

¹²⁸³Ex. 70-3 de los Estados Unidos; Ex. B-24 del Japón.

Asociación de Comerciantes al por Mayor de Materiales Fotosensibles publicó unas "líneas generales de las transacciones" para aplicar las condiciones de transacción de la propia Asociación, basadas en las Directrices de 1970, e informó de ello al MITI.¹²⁸⁴ Posteriormente, en 1971, el MITI encomendó a la Cámara de Comercio que, en unión del Comité de Normalización de las Condiciones de Transacción establecido por el MITI y de las asociaciones nacionales de comerciantes de artículos fotográficos, elaborara un "contrato modelo", sobre la base de las condiciones de transacción esbozadas en las Directrices de 1970 para el sector de las películas fotográficas.¹²⁸⁵ Al publicar el contrato normalizado de transacción para las películas fotográficas en la primavera de 1972, la Cámara declaraba que su actuación respondía a la solicitud del MITI.¹²⁸⁶ El Japón pone en duda el alcance de esos actos de aplicación y responde que ni las líneas generales de las transacciones ni el contrato modelo regulaban la mayoría de los elementos de las transacciones, y que los competidores podían ofrecer condiciones de transacción no normalizadas más favorables.

10.161 A la luz de esas declaraciones y actos del MITI y de las asociaciones empresariales, consideramos que hay un grado suficiente de probabilidad de que la orientación administrativa publicada por el MITI en las Directrices de 1970 ofreciera incentivos suficientes a los particulares para que éstos actuaran de determinada forma, por lo que tendría en la actividad comercial en el Japón efectos similares a los de una medida jurídicamente vinculante. A nuestro parecer, esta conclusión está en conformidad con la práctica anterior del GATT.¹²⁸⁷ Aunque tomamos nota de la alegación del Japón de que el tipo de orientación administrativa publicada en las Directrices de 1970 no cumple el criterio establecido en el informe sobre *Japón - Semiconductores*, recordamos nuestra aclaración de que el criterio establecido en ese informe no es el único criterio determinante de los tipos de orientación administrativa que pueden asimilarse a medidas gubernamentales. En consecuencia, constatamos que las Directrices de 1970 son una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.162 En lo que respecta a la cuestión de la continuación de la aplicación de esa medida, los Estados Unidos aducen que las Directrices de 1970, y en concreto las políticas básicas de esas Directrices, nunca han sido derogadas y siguen en vigor. El Japón responde que las Directrices de 1970 no tuvieron nunca efectos vinculantes, por lo que ni siquiera en un principio fueron una medida en vigor. Subsidiariamente, alega que es evidente que las Directrices no surten ya efectos, dado que casi después de 30 años, el entorno comercial ha cambiado tanto que ni el MITI ni el sector privado consideran que las Directrices de 1970 tengan ninguna pertinencia o efecto. El Japón indica además que las Directrices de 1970 han sido sustituidas por las Directrices de 1990 del MITI, que son muy similares, y que las últimas han recibido el respaldo del Gobierno.

10.163 Aunque puede haber dudas de que las Directrices formuladas por el MITI en 1970 sigan siendo pertinentes actualmente, no hay constancia de que el MITI haya revocado o desautorizado las recomendaciones que las Directrices hacían en 1970 acerca de la

¹²⁸⁴Shashoren presentó unas líneas de política general sobre las transacciones comerciales, de fecha 28 de noviembre de 1970 para sustituir a las Directrices recomendadas para transacciones más apropiadas del MITI, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 10 de diciembre de 1970, Ex. B-31 del Japón.

¹²⁸⁵Draft a Standard Contract for Film with Criteria for Standardization of Transaction Terms, Zenren Tsuho, agosto de 1971, Ex. 71-11 de los Estados Unidos.

¹²⁸⁶Standard Contract Drafted for Photo Film Based on the Transaction Standardization Guideline Assigned to the Japan Chamber of Commerce by MITI, Ex. 24 de los Estados Unidos.

¹²⁸⁷*Japón - Productos agropecuarios*, IBDD 35S/185, página 278.

racionalización de las condiciones de transacción. Aunque cabe sostener que esas Directrices, que afectaban específicamente al sector de las películas fotográficas, han sido sustituidas en cierta medida por las Directrices de 1990, de aplicación general, no hay nada en el texto de estas últimas que indique que las Directrices de 1970 hayan dejado de tener efecto, aunque puede considerarse que algunas partes de ellas han sido anuladas por las disposiciones de las Directrices de 1990. En consecuencia, consideramos que podría estimarse que las Directrices de 1970 siguen estando en vigor.

10.164 *Ventaja resultante.* Recordamos la afirmación de los Estados Unidos de que las ventajas resultantes para este país son las expectativas legítimas, derivadas de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel, y de que los Estados Unidos no podían haber previsto, antes de la conclusión de la Ronda Kennedy, las Directrices de 1970 -que forman parte, según los Estados Unidos de la "serie de medidas informales y poco transparentes del Gobierno japonés". Los Estados Unidos añaden que ni siquiera al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay podían prever la significación de las Directrices para el mercado japonés de películas. A esta afirmación, el Japón responde que en junio de 1967 los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente las Directrices de 1970, porque las políticas expuestas en ellas son la consecuencia lógica de las políticas de modernización de la distribución seguidas por el MITI y encaminadas a la racionalización de las condiciones de transacción y a la sistematización de las prácticas de distribución. Además, según el Japón, la tendencia a la distribución de una sola marca estaba bastante consolidada en el momento de la conclusión de la Ronda Kennedy. El Japón aduce que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente la medida en las fechas de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.165 Al analizar la cuestión de qué deberían haber previsto los Estados Unidos al término de la Ronda Kennedy en relación con las Directrices de 1970, recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro ha previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones, a falta de razones para deducir lo contrario. A este respecto, tomamos nota que esta medida es más concreta en sus análisis y recomendaciones que las tres "medidas" anteriores. Aun cuando en 1967 los Estados Unidos debieran haber tenido conocimiento de la existencia de la tendencia a la integración vertical del sector de las películas y el papel, y de que el MITI estaba tratando de fomentar la modernización del sector de la distribución, incluida la racionalización de las condiciones de transacción, no consideramos que los Estados Unidos debieran haber tenido conocimiento en ese momento de que el MITI formularía una serie detallada de recomendaciones por productos específicos que abarcaban la racionalización o normalización de las condiciones de transacción en el sector de las películas fotográficas. En consecuencia, constatamos que no debe considerarse que los Estados Unidos antes de la conclusión de la Ronda Kennedy hubieran previsto razonablemente la existencia de las Directrices de 1970. Constatamos, no obstante, que las expectativas legítimas, en la medida en que existan, se refieren únicamente a las películas y el papel en blanco y negro.

10.166 En lo que respecta a las concesiones hechas por el Japón al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay, resulta difícil llegar a la conclusión de que, en 1979 y 1993 los Estados Unidos no podían prever razonablemente esta medida de 1970 y su aplicación. Aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda no ser razonablemente consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones dispares en ellos hasta transcurrido algún tiempo desde la publicación de la medida, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso, en que la medida se refiere específicamente al sector de las películas fotográficas, concurren esas circunstancias. En consecuencia, constatamos que los Estados

Unidos no han demostrado que, en relación con las Directrices de 1970, sean titulares de expectativas legítimas, derivadas de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso al mercado de las películas y el papel.

10.167 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos sostienen que la aplicación de las Directrices de 1970, en las que se establecen normas sectoriales en relación con los descuentos, las rebajas, las condiciones de pago y el personal volante, trastornan en diversas formas la relación de competitividad entre los materiales fotográficos importados y nacionales. La normalización de las condiciones de transacción bloqueaba la capacidad de los fabricantes extranjeros para ofrecer condiciones competitivas a los distribuidores japoneses: en primer lugar, al establecer condiciones uniformes de transacción, limitando así la capacidad de las empresas extranjeras de hacer ofertas más favorables que sus competidoras japonesas; en segundo lugar, al establecer plazos más breves de pago, que reforzaban la capacidad financiera de los fabricantes japoneses en detrimento de los distribuidores, y colocaban a los fabricantes nacionales en mejor posición para resistir a la penetración extranjera; y en tercer lugar, al establecer condiciones normalizadas, especialmente en materia de rebajas por cantidad, que, por su propia naturaleza, beneficiaban más a los fabricantes japoneses, cuya cuota de mercado era mayor.

10.168 El Japón responde que el punto de partida del análisis debe ser el texto de las Directrices de 1970, que no imponen condiciones uniformes de transacción ni establecen condiciones específicas de transacción a las que hayan de atenerse los fabricantes, los mayoristas primarios, los mayoristas secundarios o los minoristas. Las Directrices de 1970 se limitan a formular sugerencias de carácter general en relación con las condiciones de pago, los descuentos por cantidad y las rebajas, incluidas las siguientes: i) deberían cobrarse intereses en caso de plazos de pago inhabitualmente largos (no se indica cuál es el plazo razonable de pago, el importe de los intereses que deberían cobrarse ni otras condiciones); ii) los términos de los descuentos por cantidad deberían ser transparentes (no se indica si deberían concederse esos descuentos y en qué circunstancias, ni el importe de los descuentos); iii) debería reducirse al mínimo el papel de las rebajas (no se da ningún tipo de detalles acerca de las condiciones específicas de las rebajas). Las Directrices de 1970 recomiendan la adopción de condiciones de transacción económicamente racionales y dejan en manos de los fabricantes, mayoristas y minoristas el establecimiento de sus propias condiciones concretas.

10.169 El Japón indica que, de hecho, debe haber y hay diferencias entre las condiciones de transacción de los diversos fabricantes: Fuji tenía y sigue teniendo condiciones de transacción distintas con cada uno de sus cuatro mayoristas primarios independientes. El Japón añade que el MITI consideraba que la racionalización de las condiciones de transacción contribuiría a garantizar la competencia leal en el mercado, por lo que nunca se supervisó ni se impuso el cumplimiento de las Directrices de 1970 (solamente una de las tres asociaciones del sector respondió a una solicitud de información sobre las medidas adoptadas, y no hubo ninguna actuación para conseguir que empresas concretas aplicaran las Directrices), y que los Estados Unidos no han demostrado en qué sentido algún elemento de las políticas de distribución o de su aplicación establecía una discriminación en perjuicio de las importaciones. Según el Japón, más importante aún es el hecho de que los Estados Unidos no hayan sido capaces de demostrar la existencia de ningún nexo causal entre las Directrices de 1970 y la distribución de una sola marca; las empresas privadas habían adoptado medidas en relación con las condiciones de pago y las rebajas bastante antes de que el Gobierno japonés adoptara cualquier medida en relación con las condiciones de transacción "normalizadas"; y las empresas privadas habían adoptado el sistema de distribución de una sola marca antes de cualquier medida gubernamental: el proceso que llevaba a la distribución de marca única se había iniciado a mediados de 1960 y estaba completamente consolidado en sus aspectos esenciales en 1968. El Japón indica además que

el supuesto objetivo de la adopción de condiciones de transacción racionalizadas (la distribución de una sola marca) es la forma común que adopta la distribución en el sector de las películas fotográficas de todos los mercados del mundo.

10.170 Al abordar las cuestiones del menoscabo y de la existencia de un nexo causal en relación con las Directrices de 1970, coincidimos con el Japón en que el punto de partida de nuestro análisis debe ser el texto de las Directrices. Si examinamos las Directrices de 1970, observamos que no fomentan sin reservas la utilización de descuentos por cantidad, sino que alientan a que ese sistema se utilice de forma transparente, y que desaconsejan la utilización de rebajas.¹²⁸⁸ Las Directrices tampoco parecen imponer condiciones uniformes o plazos de pago más breves. Así pues, los Estados Unidos parecen haber sobreestimado el grado de especificidad de las Directrices.

10.171 Al examinar la finalidad de las Directrices de 1970, observamos que en su introducción se declara lo siguiente:

"Es innecesario decir que la racionalización de las condiciones de comercio es imprescindible para mejorar las condiciones del mercado, garantizar una competencia efectiva, establecer actividades de distribución eficientes, desarrollar un sistema de distribución en gran escala, sistematizar las actividades de distribución y facilitar la respuesta al capital extranjero."

Sin embargo, prescindiendo de esta referencia introductoria de carácter general a la necesidad de facilitar la respuesta al capital extranjero, parece que las recomendaciones de las Directrices de 1970 son neutrales en cuanto al origen, es decir que no establecen formalmente diferencias de trato entre las películas y el papel nacionales e importados. En consecuencia, no estamos convencidos de que las Directrices de 1970 estén destinadas a promover la integración vertical del sector de la distribución de materiales fotográficos con objeto de impedir el acceso a los mercados de los productos extranjeros, sino que, como aduce el Japón, parecen tener por objetivo el mejoramiento general de la eficiencia de las transacciones en ese sector, objetivo que no es por su propia naturaleza desfavorable a las importaciones. Como hemos indicado antes, la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, el Sexto Informe Provisional, el Séptimo Informe Provisional y el informe del Estudio de 1969 constituyen el contexto para interpretar las Directrices de 1970. Nuestro examen de esos documentos avala nuestra opinión sobre las Directrices de 1970. Aunque esos documentos hacen referencia incidentalmente a la entrada inminente de capital extranjero en el Japón, es evidente que su principal objetivo, con arreglo a nuestra interpretación, es rectificar las diversas ineficiencias y subsanar las deficiencias de que adolece el sistema de distribución en el Japón, como medio de abordar problemas más amplios, tales como la necesidad de hacer frente a las presiones inflacionistas y a la escasez de mano de obra. El apoyo de los Estados Unidos a las Directrices de 1990 avala la opinión de que el aumento de la eficiencia del sistema japonés de distribución, con medidas tales como la normalización de las condiciones básicas de contratación, no limita, sino que potencia, la capacidad de las importaciones para penetrar en el mercado japonés.

10.172 No obstante, no descartamos la posibilidad de que la aplicación de medidas que formalmente parecen neutrales en cuanto al origen de los productos tengan una repercusión desproporcionada sobre las importaciones, trastornando la relación de competitividad entre los productos nacionales e importados en detrimento de los últimos. Los Estados Unidos no han sido capaces de citar ningún acto del Gobierno o medida del

¹²⁸⁸ 1970 Guidelines, Ex. 70-4 de los Estados Unidos; Ex. B-24 del Japón.

sector privado derivados de las Directrices de 1970 que hayan tenido una repercusión de esa naturaleza en el sector de la distribución.

10.173 Más importante aún es el hecho de que, si examinamos la afirmación fundamental de los Estados Unidos, según la cual las "medidas" citadas en conexión con la normalización de las condiciones de transacción y, en particular, las Directrices de 1970, tenían por finalidad fomentar y, de hecho fomentaban, la distribución de una sola marca en el comercio al por mayor, comprobamos que el argumento de los Estados Unidos sobre la existencia de una relación causal se enfrenta con graves dificultades de carácter cronológico.

Dadas las pruebas que existen de que i) la mayoría del sector de la distribución al por mayor de películas fotográficas en el Japón era ya antes de 1970 un sector de distribución de una sola marca, en el que en 1955 todos los distribuidores de Konica eran distribuidores al por mayor de una sola marca¹²⁸⁹, en 1968 tres de los cuatro mayoristas de Fuji eran distribuidores de una sola marca¹²⁹⁰ y en 1975 el cuarto mayorista primario de Fuji (Asanuma) se convirtió en distribuidor de una sola marca, debido, al parecer, a la negativa de Kodak a negociar directamente con él¹²⁹¹ y ii) de que Fuji comenzó a hacer más rígidas las condiciones de pago en 1966, bastante antes de que se publicaran las Directrices o se adoptaran las demás "medidas" relativas a la distribución citadas¹²⁹², no estamos convencidos de que haya un nexo significativo entre las Directrices de 1970 y esta estructura del mercado, que databa de mucho antes. Señalamos además, que, como ha alegado el Japón y no han negado los Estados Unidos, el sistema de distribución al por mayor de marca única constituye la estructura habitual del mercado¹²⁹³ -de hecho la regla- en la mayoría de los grandes mercados nacionales de películas fotográficas, incluido el de los Estados Unidos. Aunque los Estados Unidos responden que la estructura del mercado estadounidense ha sido el resultado de acciones privadas y no de medidas gubernamentales, no está claro por qué razón no podrían existir en el Japón las mismas fuerzas económicas que han actuado en los Estados Unidos.

10.174 En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que las Directrices de 1970 anulen o menoscaben ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.175 Así pues, los Estados Unidos, aunque han demostrado que las Directrices de 1970 son una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII y que no debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto esas Directrices en relación con sus expectativas derivadas de la Ronda Kennedy respecto de las películas y papel en blanco y negro, no han demostrado que las Directrices anulen o menoscaben ventajas resultantes para ese país en relación con las películas y papel en blanco y negro. En lo que respecta a las películas y el papel fotográficos en color, los Estados Unidos sólo han demostrado la concurrencia de uno

¹²⁸⁹Párrafos 5.116, 6.350 y 6.351.

¹²⁹⁰Párrafos 5.115-5.119, 6.350-6.351; Affidavit of Tomihiko Asada, Ex. A-12 del Japón; Affidavit of Yuki Yoshi Noro, Ex. A-14 del Japón; Affidavit of Kaoru Kono, Ex. A-15 del Japón.

¹²⁹¹Párrafos 5.116-5.117, 6.352. Véase: F.M. Scherer, Retail Distribution Channel Barriers to International Trade, octubre de 1995, Ex. A-19 del Japón; Affidavit of Takenosuke Katsuoka, Ex. A-11 del Japón, páginas 2-4.

¹²⁹²Párrafos 5.122-5.133, 6.346-6.349, 6.356 y siguientes; Fuji Film's Result of Stricter Policy on Receivables, Zenren Tsuho, marzo de 1968, Ex. 68-2 de los Estados Unidos; Affidavit Tanaka Takeshi, página 3, Ex. A-10 del Japón; Affidavit of Haruyoshi Okyama, página 3, Ex. A-18 del Japón.

¹²⁹³Párrafos 5.111-5.112, 5.120.

de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII: que las Directrices de 1970 son una medida.

h) El Plan Básico de Sistematización de la Distribución de 1971

10.176 La séptima "medida" relativa a la distribución que hay que examinar es el "Plan Básico de Sistematización de la Distribución" (28 de julio de 1971) ("Plan Básico de 1971")¹²⁹⁴ preparado por el Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución del MITI, y las medidas destinadas a aplicar las recomendaciones del Plan. Siguiendo una recomendación del Séptimo Informe Provisional, el MITI estableció en 1970 el Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución, que en julio de 1971 publicó el Plan Básico de 1971.

10.177 Los autores del Plan Básico de 1971 indican que éste "es fruto de los esfuerzos conjuntos del Gobierno y el sector privado para examinar la orientación básica y los objetivos de la sistematización de la distribución en el Japón, así como los medios de alcanzar esos objetivos, tomando como fecha provisional prevista para la terminación del proceso el año 1975".¹²⁹⁵ Indican también que "el enfoque decisivo a este respecto consiste en considerar que todo el proceso de distribución, desde la producción al consumo, constituye un sistema único, y conseguir un aumento global, general, de la eficiencia de ese sistema, es decir llevar a cabo la 'sistematización de las actividades de distribución'".¹²⁹⁶

10.178 El Plan Básico de 1971 insta a llevar a cabo la sistematización de la distribución "en varias etapas: verticalmente desde el nivel intraempresarial al nivel interempresarial; horizontalmente desde el nivel interempresarial al nivel de la economía nacional. Además, al tratar de llevarla a cabo, debe prestarse la atención debida a la introducción de ordenadores como instrumento eficaz para conseguir [la sistematización] [...]".¹²⁹⁷ El Plan indica que

"la sistematización de la distribución debe ser objeto de una planificación coherente en cada uno de los sectores, y trascender además los límites de muchos sectores industriales existentes. Dicho de otro modo, es necesario considerar que cada uno de los sectores industriales constituye un 'sistema cerrado' y conseguir una coordinación sistemática de la producción, la distribución y el consumo dentro de ese marco; hemos de examinar la forma de conseguirlo. Sin embargo, al mismo tiempo, habría que dismantelar lógicamente esos 'sistemas cerrados' y reorganizar los sectores industriales existentes sirviéndonos como medio de distribución [...]".¹²⁹⁸

Las recomendaciones del Plan Básico de 1971 sobre la sistematización de la distribución no establecen ninguna distinción entre productos nacionales e importados y, en general, no se refieren a productos específicos. No obstante, en una sección relativa a las "condiciones racionales de transacción" se hace referencia a las Directrices establecidas con respecto a diversos sectores concretos, incluidas las Directrices para el sector de las películas

¹²⁹⁴Ex. 71-10 de los Estados Unidos; Ex. B-18 del Japón.

¹²⁹⁵Ex. 71-10 de los Estados Unidos, página 4.

¹²⁹⁶Ibíd.

¹²⁹⁷Ibíd.

¹²⁹⁸Ibíd., página 6.

fotográficas.¹²⁹⁹ En esa sección se manifiesta asimismo que "con el fin de promover la difusión y adopción de esas Directrices, [el MITI] tratará de conseguir la cooperación de los grupos pertinentes de la industria para que elaboren acuerdos uniformes que incorporen el contenido de estas Directrices".¹³⁰⁰

10.179 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos sostienen que el Plan Básico de 1971 es una medida gubernamental y que sigue de hecho en vigor. Señalan que el Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución, que preparó y publicó el Plan, fue establecido por el MITI "como foro para fomentar la sistematización de la distribución mediante los esfuerzos conjuntos del Gobierno y del sector privado" y que, cuando se publicó el Plan, el Jefe de la Oficina de Actividades Empresariales del MITI declaró que "la modernización de la distribución es urgente para conseguir un desarrollo equilibrado de la economía japonesa, así como desde el punto de vista de las contramedidas relativas a los precios de consumo y de las contramedidas relativas a la liberalización de capitales"¹³⁰¹, y que "con este Plan, el Ministerio del Comercio Exterior y de Industria ha decidido hacer todos los esfuerzos a su alcance para poner en práctica las políticas de sistematización de la distribución".¹³⁰² En ese sentido, los Estados Unidos consideran que este Plan refleja la política oficial del MITI. Según el Japón, el Plan Básico de 1971 no es más que un informe de un órgano consultivo al Gobierno, por lo que no cabe calificarlo de medida gubernamental. El Japón sostiene además que el Plan ya no se aplica. Las políticas del MITI dieron lugar a la formulación, en los decenios de 1960 y 1970, de recomendaciones al sector sobre la forma de modernizar las políticas de distribución. Según el Japón, las empresas privadas optaron libremente por seguir o no esas recomendaciones. El Japón sostiene que el Plan no fue nunca en absoluto una medida gubernamental y que dejó de tener cualquier pertinencia hace decenios, cuando sus recomendaciones fueron seguidas o ignoradas.

10.180 Aplicando el análisis realizado antes en nuestro examen general del párrafo 1 b) del artículo XXIII, observamos que el Plan Básico de 1971 no es una norma legal o reglamentaria ni establece incentivos o desincentivos para que el sector privado adopte medidas determinadas. Aunque el Plan Básico de 1971 fue elaborado y publicado por un órgano consultivo cuasigubernamental integrado por universitarios, representantes del sector y funcionarios del gobierno, tiene algunas de las características propias de una medida gubernamental, ya que el Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución fue creado por el MITI, y fue el MITI quien le encomendó la preparación del Plan. Además, como hemos indicado antes, cuando el Plan fue publicado, funcionarios de alto nivel del MITI lo apoyaron y manifestaron que el MITI colaboraría con el sector privado para garantizar la aplicación de sus recomendaciones. A la luz de esas declaraciones y actos del MITI, consideramos que hay un grado suficiente de probabilidad de que la orientación administrativa del MITI en conexión con el Plan Básico de 1971 fuera un incentivo suficiente para que los particulares actuaran de una forma determinada, por lo que habría tenido en la actividad empresarial del Japón efectos similares a los de una medida jurídicamente vinculante. A nuestro parecer, esta conclusión es concorde con la práctica anterior del GATT.¹³⁰³ En consecuencia, constatamos que el Plan Básico de 1971 es

¹²⁹⁹Ibíd., página 10.

¹³⁰⁰Ibíd.

¹³⁰¹Ibíd., página 2.

¹³⁰²Ibíd.

¹³⁰³Japón - *Productos agropecuarios*, IBDD 35S/185, página 278. Véase también *Japón - Semiconductores*, IBDD 35S/175, página 176.

una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.181 En cuanto a la vigencia actual del Plan, aunque cabe dudar de que las recomendaciones concretas recogidas en el Plan sigan siendo pertinentes en el mercado japonés 26 años después, no hay ningún dato del que se desprenda que el Plan haya sido abandonado en ningún momento. En consecuencia, puede considerarse que el Plan Básico de 1971, en tanto que medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, sigue en vigor.

10.182 *Ventaja resultante.* Recordamos la afirmación de los Estados Unidos de que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas, derivadas de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel y de que antes de la conclusión de la Ronda Kennedy los Estados Unidos no podían haber previsto el Plan Básico de 1971 -que forma parte de la "serie de medidas informales y poco transparentes del Gobierno japonés". Los Estados Unidos aducen asimismo que tampoco podían prever razonablemente la significación de la medida para el mercado japonés de películas y papel fotográficos en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay. A esas afirmaciones el Gobierno japonés responde que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente en junio de 1967 el Plan Básico de 1971, por cuanto las políticas expuestas en él son la consecuencia lógica de las políticas de modernización de la distribución seguidas por el MITI, orientadas a la racionalización de las condiciones de transacción y a la sistematización de las prácticas de distribución. El Japón sostiene además que, aun suponiendo que las políticas de normalización de la distribución del MITI en los decenios de 1960 y 1970 hubieran incrementado la tendencia a la distribución de una marca única de películas y papel como medio de excluir de los canales tradicionales de distribución a las marcas extranjeras, esa tendencia se habría iniciado bastante antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. El Japón mantiene que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente el Plan Básico en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.183 Al analizar la cuestión de qué deberían haber previsto los Estados Unidos al término de la Ronda Kennedy en relación con el Plan Básico de 1971, aunque no nos parece convincente la calificación que dan los Estados Unidos al Plan de "medida informal y poco transparente", tampoco nos parece convincente el argumento del Japón de que este Plan y las recomendaciones relativamente detalladas que contiene deberían haber sido previstos como parte de la "consecuencia lógica de las políticas de modernización de la distribución seguidas por el MITI". Recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones arancelarias. Así pues, aun en el caso de que los Estados Unidos hubieran tenido conocimiento en 1967 de la existencia de una tendencia a la integración vertical del sector de las películas y el papel, y de que el MITI estaba tratando de fomentar la modernización del sector de la distribución, incluida la sistematización de las prácticas de distribución, no consideramos que los Estados Unidos tuvieran que haber sido necesariamente conscientes en ese momento de que el MITI formularía una serie detallada de recomendaciones que incluían una sistematización de las prácticas de distribución en la economía japonesa. En consecuencia, constatamos que no debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto razonablemente la existencia del Plan Básico de 1971 antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. No obstante, las expectativas legítimas, en la medida en que existan, se refieren únicamente a las películas y el papel en blanco y negro.

10.184 En lo que respecta a las concesiones hechas por el Japón al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay, es difícil llegar a la conclusión de que en 1979 y 1993, respectivamente, los Estados Unidos no podían prever razonablemente esta medida de 1971

y su aplicación (en la medida en que se aplicó). Aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones dispares en ellos hasta transcurrido algún tiempo desde la publicación de la medida, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso concurren esas circunstancias. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que, en relación con el Plan Básico de 1971, sean titulares de expectativas legítimas, derivadas de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso a los mercados.

10.185 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos aducen que el Plan Básico de 1971 anunciaba que la "modernización" del sector japonés de la distribución era urgente desde el punto de vista de las "contramedidas" relativas a la liberalización de capitales¹³⁰⁴ y que el enfoque decisivo a ese respecto para cada uno de los sectores industriales consistía en considerar que todo el proceso de distribución, desde la producción al consumo, constituía un sistema único.¹³⁰⁵ Por consiguiente, según los Estados Unidos, el Plan, juntamente con el Séptimo Informe Provisional, es un excelente ejemplo del intento del Japón de fomentar los *keiretsu* verticales en su política de sistematización.¹³⁰⁶ Los Estados Unidos aducen que esos hechos son una clara muestra de la forma en que el MITI intentaba trastornar la relación de competitividad en el Japón entre las películas y el papel nacionales e importados. El Japón sostiene que el Plan Básico de 1971 recomendaba la sistematización del sector de la distribución de la economía japonesa sin establecer ninguna discriminación en favor de las empresas nacionales. Según el Japón, la sistematización y el aumento de la eficiencia y la modernización del sector de la distribución consiguientes redundaban y redundan en beneficio de todos los fabricantes, nacionales o extranjeros.

10.186 Nuestro análisis de las repercusiones de este Plan Básico de 1971 nos ha llevado a la conclusión de que las recomendaciones de política general para la sistematización y modernización del sector japonés de la distribución tenían como objeto la distribución de los productos en la economía nacional en su conjunto, prescindiendo del origen de esos productos. Además, aunque una de las preocupaciones expuestas por el MITI y el Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución al presentar el Plan era la de adoptar "contramedidas relativas a la liberalización de capitales", esa preocupación no parece reflejarse en las recomendaciones efectivamente formuladas en el Plan, sino que éstas parecen ser neutrales en cuanto al origen, nacional o extranjero, de los productos y fomentar la normalización y modernización de las prácticas empresariales y las técnicas de gestión, incluida su informatización. En realidad, como se indicaba en el Séptimo Informe Provisional, se esperaba que los productos importados se beneficiaran de la sistematización de la distribución. Aunque cabe la posibilidad de que una medida formalmente neutral en cuanto al origen de los productos pueda ser aplicada de una forma que trastorne la relación de competitividad entre productos nacionales e importados en detrimento de los últimos, los Estados Unidos no han podido citar ningún caso concreto en que el Plan Básico de 1971 haya tenido tales efectos con respecto a las películas o el papel estadounidenses ni, a ese respecto, han demostrado que fuera probable que esa medida llevara aparejado tal resultado.

10.187 Aun suponiendo que el Plan Básico de 1971 sea una orientación administrativa dirigida al sector japonés de las películas para que éste lleve a cabo un proceso de

¹³⁰⁴Ex. 71-10 de los Estados Unidos, página 2.

¹³⁰⁵Ibíd., página 4.

¹³⁰⁶Ibíd., página 6.

integración vertical y utilice mayoristas primarios distribuidores de una sola marca, la reclamación de los Estados Unidos choca con un importante problema cronológico, ya que los dos principales fabricantes de películas fotográficas en el Japón (Fuji y Konica) habían completado prácticamente el proceso de integración vertical de sus distribuidores al por mayor basada en la distribución de marca única con bastante antelación al Plan Básico de 1971.

10.188 Los datos de que disponemos no nos persuaden de que las recomendaciones del Plan Básico de 1971 y su aplicación en la economía japonesa (en la medida en que se aplicó) hayan trastornado la relación de competitividad en el mercado japonés entre las películas y el papel nacionales y estadounidenses. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el Plan Básico de 1971 anule o menoscabe ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.189 Así pues, los Estados Unidos, aunque han demostrado que el Plan Básico de 1971 es una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII y que no debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto el Plan en relación con sus expectativas derivadas de la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro, no han demostrado que el Plan anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos respecto de las películas y el papel en blanco y negro. En lo que respecta a las películas y el papel en color, los Estados Unidos sólo han demostrado la concurrencia de uno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII: la existencia de una medida.

i) Manual de sistematización de la distribución por la industria: cámaras y películas fotográficas, de 1975

10.190 La octava y última "medida" relativa a la distribución es un "Manual de sistematización de la distribución por la industria: cámaras y películas fotográficas", preparado y publicado por el Centro de Desarrollo de la Sistematización de la Distribución en marzo de 1975 ("Manual de 1975")¹³⁰⁷, junto con las medidas adoptadas para aplicar sus recomendaciones. El Centro de Desarrollo de la Sistematización de la Distribución fue establecido con apoyo del MITI en 1972, de conformidad con el Plan Básico de 1971, para facilitar la labor del Consejo de Fomento de la Sistematización de la Distribución, y se le encomendó la tarea de colaborar con la industria para elaborar diversos "manuales de sistematización" para sectores determinados. El Manual de 1975 fue preparado por el Centro en colaboración con un "grupo de trabajo" integrado por grupos del sector, fabricantes de cámaras fotográficas, fabricantes de películas fotográficas, mayoristas de cámaras y películas, minoristas de cámaras y películas y editores de publicaciones especializadas en esa esfera, y a cuyos trabajos asistió como observador un funcionario del MITI.

10.191 En un prólogo al Manual de 1975, el Centro reconoce que "al empeorar el entorno económico, la cuestión de la sistematización de las actividades de distribución ha cobrado una importancia decisiva".¹³⁰⁸ El Centro indica también que la elaboración del Manual de 1975 forma parte de la política del MITI de trabajar activamente para formular políticas eficaces en relación con la sistematización de las actividades de la distribución.¹³⁰⁹ En el

¹³⁰⁷Ex. 75-5 de los Estados Unidos.

¹³⁰⁸Ibíd.

¹³⁰⁹Ibíd.

Manual de 1975 se afirma que "hay necesidad urgente de mejorar la estructura de los fabricantes hasta que éstos tengan una capacidad que les permita resistir a las empresas filiales de capital extranjero".¹³¹⁰ En lo que respecta al fomento de la sistematización de la distribución en el sector de las cámaras y películas fotográficas, el Manual de 1975 hace recomendaciones concretas sobre: i) la normalización de las condiciones de transacción; ii) la integración de códigos y formularios; iii) el aumento de la eficiencia de la distribución física; y iv) el reforzamiento del procesamiento de información, incluido el establecimiento de conexiones informáticas entre fabricantes, distribuidores y minoristas.¹³¹¹

10.192 El Manual de 1975 propugna asimismo el establecimiento de una asociación para el fomento de la sistematización de la distribución en el sector de las cámaras y películas fotográficas, que sirva de foro para que las empresas y el Gobierno debatan y analicen las soluciones propuestas.¹³¹² Posteriormente, se estableció un Comité de Materiales Fotosensibles con miras a la sistematización de la distribución por el sector, al que se encomendó la función de promover la creación de conexiones de información y la integración física de los servicios de distribución.

10.193 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos alegan que el Manual de 1975 es una medida gubernamental, porque el Centro de Desarrollo de la Sistematización de la Distribución, que elaboró el Manual, era "creación del MITI" y en el Manual se aclara que su preparación formaba parte de la política de sistematización del MITI. Los Estados Unidos sostienen, además, que esta medida sigue de hecho en vigor. El Japón responde que el Manual de 1975 es obra de un órgano consultivo del MITI y que la información y las recomendaciones que figuraban en él tenían como destinatario al MITI y no a las empresas privadas. Por tal razón, el Japón sostiene que no cabe interpretar bajo ningún concepto que el Manual de 1975 fuera una medida gubernamental. En cualquier caso, según el Japón, la "medida" no está actualmente en vigor. Las políticas del MITI dieron lugar a la formulación, en los decenios de 1960 y 1970, de recomendaciones dirigidas al sector sobre la forma de modernizar las políticas de distribución. Según el Japón las empresas privadas optaron libremente por seguir o no las recomendaciones formuladas. Este Plan nunca fue en absoluto una medida gubernamental, según el Japón, y dejó de tener cualquier pertinencia hace decenios, cuando las recomendaciones fueron seguidas o ignoradas.

10.194 Aplicando el análisis que hemos hecho antes, observamos que el Manual de 1975 no es una norma legal o reglamentaria ni establece incentivos o desincentivos para que el sector privado adopte determinadas medidas. No obstante, al seguir analizando la cuestión de si el Manual de 1975 es o no una medida gubernamental, constatamos que las pruebas son en cierta medida contradictorias. Aunque el Centro de Desarrollo de Sistematización de la Distribución fue establecido y financiado inicialmente por el MITI, no tenemos constancia de ningún dato del que se desprenda que los miembros del personal del Centro fueran funcionarios públicos. De forma análoga, parece que los miembros del grupo de trabajo que colaboraron en la preparación del Manual procedían del sector privado. En cambio, el contenido del Manual de 1975 y el mandato de prepararlo indican la existencia de una vinculación a la política del Gobierno en materia de sistematización de la distribución. Por último, como se ha indicado antes, en el prólogo del Manual se declara que su elaboración forma parte de la política del MITI¹³¹³; al final del prólogo se manifiesta la confianza del

¹³¹⁰Ibíd., página 122.

¹³¹¹Ibíd., páginas 122-124.

¹³¹²Ibíd., página 124.

¹³¹³Ibíd., prólogo.

Centro en que el Manual será ampliamente adoptado.¹³¹⁴ Naturalmente, no se trata de una declaración del Gobierno del Japón, sino del propio Centro. No hay pruebas de que el Manual de 1975 fuera aprobado por el MITI, como las Directrices de 1970 y el Plan Básico de 1971. En conjunto, a diferencia de nuestras conclusiones acerca de esta misma cuestión en relación con las Directrices de 1970 y del Plan Básico de 1971, consideramos que de las pruebas sobre esta cuestión se desprende que el Manual de 1975 no tiene un aval del Gobierno suficiente para que pueda ser considerado una medida gubernamental. No existe la probabilidad de aplicación a la que se refieren los informes sobre *Japón - Semiconductores y Japón - Productos agropecuarios*, analizados antes. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el Manual de 1975 sea una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.195 Si, a pesar de ello, suponemos que el Manual de 1975 es una medida gubernamental, hemos de analizar aún si esa medida está actualmente en vigor. Aunque cabe dudar de que las recomendaciones recogidas en él sigan siendo pertinentes en el mercado japonés 22 años aproximadamente después de su publicación, no hay ningún dato que indique que el Plan haya sido revocado en ningún momento. Suponiendo que el Manual de 1975 fuera una medida, podría estar aún en vigor.

10.196 *Ventaja resultante.* Recordamos la afirmación de los Estados Unidos de que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas, derivadas de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel, y de que los Estados Unidos no podían haber previsto el Manual de 1975 -que forma parte de la "serie de medidas informales y poco transparentes del Gobierno japonés"- antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. Los Estados Unidos sostienen además que tampoco en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay pudieron prever razonablemente las repercusiones del Manual de 1975 en el mercado japonés de películas y papel. A estas afirmaciones, el Gobierno japonés responde que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente en junio de 1967 el Manual de 1975 porque las políticas expuestas en él son la consecuencia lógica de las políticas de modernización de la distribución seguidas por el MITI, orientadas a la racionalización de las condiciones de transacción y a la sistematización de las prácticas de distribución. El Japón sostiene, además, que aun suponiendo que las políticas de modernización de la distribución del MITI en los decenios de 1960 y 1970 fomentaran la distribución de una sola marca de películas y papel fotográficos como medio de excluir de los canales tradicionales de distribución a las marcas extranjeras, esa tendencia se habría iniciado bastante antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. El Japón mantiene que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente la medida en las fechas de conclusión de las dos últimas Rondas.

10.197 Al analizar lo que los Estados Unidos deberían haber previsto al término de la Ronda Kennedy en relación con el Manual de 1975, aunque no encontramos convincente la calificación de "medida informal y poco transparente" que dan los Estados Unidos al Manual, tampoco nos parece convincente el argumento del Japón de que los Estados Unidos deberían haber previsto ese Manual y las recomendaciones relativamente detalladas que contiene como "consecuencia lógica de las políticas de modernización de la distribución seguidas por el MITI". Recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones arancelarias. Así pues, aun en el caso de que los Estados Unidos debieran haber tenido conocimiento en 1967 de la existencia de la tendencia

¹³¹⁴Ibíd.

a la integración vertical del sector de las películas y el papel y de que el MITI estaba tratando de fomentar la modernización del sector de la distribución, incluida la sistematización de las prácticas de distribución, no consideramos que los Estados Unidos debieran haber tenido conocimiento en ese momento de que el MITI o un organismo como el Centro formularían una serie detallada de recomendaciones que incluían la sistematización de las prácticas de distribución en la economía japonesa. En consecuencia, constatamos que no puede considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto razonablemente la existencia del Manual de 1975 antes de la conclusión de la Ronda Kennedy. No obstante, constatamos una vez más que las expectativas legítimas, en la medida que existan, se refieren únicamente a las películas y el papel en blanco y negro.

10.198 En lo que respecta a las concesiones hechas por el Japón al término de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay, resulta difícil llegar a la conclusión de que en 1979 y 1993, respectivamente, los Estados Unidos no podían haber previsto razonablemente el Manual de 1975 y su aplicación (en la medida en que se aplicó). Aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones dispares en ellos hasta transcurrido algún tiempo después de la publicación de la medida, los Estados Unidos no han demostrado que concurren esas circunstancias en relación con este Manual, que observamos que es aplicable, según su tenor literal, a las películas fotográficas. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que en relación con el Manual de 1975 sean titulares de expectativas legítimas, derivadas de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay, de mejoramiento del acceso a los mercados.

10.199 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos aducen que el Manual de 1975 ponía de relieve que una de los principales problemas con los que se enfrentaba el sector japonés de películas fotográficas era la liberalización de los capitales y el comercio y que había necesidad urgente de mejorar la estructura de los fabricantes para que éstos adquirieran una capacidad que les permitiera resistir a las empresas filiales de capital extranjero, y recomendaba varias medidas orientadas a la sistematización, entre ellas la normalización de las condiciones de transacción.¹³¹⁵ Los Estados Unidos sostienen además que el MITI, por medio del Manual de 1975, planteaba el establecimiento de vínculos de información como parte integrante de sus esfuerzos para conseguir la sistematización de la distribución y propugnaba firmemente el perfeccionamiento de las conexiones informáticas para cimentar el sistema de distribución vertical cerrado y conseguir perpetuarlo.¹³¹⁶ Según el Japón, ninguna de las políticas expuestas en el Manual de 1975 era, por su propia naturaleza, desfavorable para las importaciones. Además, no hay ninguna base para suponer que las políticas de sistematización del MITI, por ejemplo, la creación de vínculos de información, tuviera efectos excluyentes. El Japón observa a este respecto que Kuwada, filial de Nagase y distribuidor primario de marca única para Kodak, era miembro de la Asociación de Comerciantes al por Mayor en el momento en que se preparó el Manual de 1975. En cuanto al argumento de los Estados Unidos según el cual fabricantes del Japón habían establecido conexiones informáticas en línea con sus mayoristas primarios siguiendo las orientaciones del Manual de 1975, el Japón responde que Fuji no estableció su primera conexión en línea con un mayorista primario hasta 1989. El Japón sostiene, en consecuencia, que la supuesta orientación sobre la sistematización que los Estados Unidos pretende que fue tan eficaz para crear una estructura del mercado excluyente fue en realidad ignorada durante 14 años al menos.

¹³¹⁵Ibíd., página 122.

¹³¹⁶Ibíd., páginas 123-124.

10.200 Nuestro análisis de las repercusiones de este Manual de 1975 es similar al que hemos hecho del Plan Básico de 1971: las recomendaciones de política general para la sistematización y modernización del sector japonés de la distribución no atienden a la fuente de los productos en cuestión. Además, a pesar de que una de las preocupaciones expuestas en el Manual es la necesidad de hacer frente a las "empresas filiales de capital extranjero", esta preocupación no parece reflejarse en el análisis que se hace efectivamente, ni en las recomendaciones del Manual. Por ejemplo, el Manual explica que en los últimos años se ha hecho hincapié en la sistematización de la distribución por las cinco razones siguientes: i) equilibrio de la oferta y la demanda; ii) control de los aumentos de precios; iii) necesidad de hacer frente a la escasez de mano de obra y a los aumentos salariales; iv) manipulación oportuna del volumen creciente de mercancías distribuidas; v) creación de un sistema de gestión adaptado a la era de la información.¹³¹⁷ Además, las recomendaciones parecen estar orientadas al fomento de la normalización y a la modernización de las prácticas empresariales y las técnicas de gestión, incluida la informatización. En realidad, como se indicaba en el Séptimo Informe Provisional, se esperaba que los productos importados se beneficiaran de la sistematización de la distribución. Aunque cabe la posibilidad de que una medida formalmente neutral en cuanto al origen de los productos pueda ser aplicada en una forma que trastorne la relación de competitividad entre los productos nacionales y los importados en detrimento de los últimos, los Estados Unidos no han sido capaces de citar ningún caso concreto en el que la sistematización del sector de la distribución en la industria japonesa de películas fotográficas haya socavado las condiciones de acceso a los mercados de las películas o el papel estadounidenses.

10.201 Aun suponiendo que el Plan Básico de 1971 fuera una orientación administrativa dirigida al sector japonés de las películas para favorecer la integración vertical y la utilización de mayoristas primarios distribuidores de una sola marca, la reclamación de los Estados Unidos choca con un importante problema cronológico, debido a que los dos principales fabricantes de películas fotográficas del Japón (Fuji y Konica) habían completado prácticamente el proceso de integración vertical de marca única de sus distribuidores al por mayor bastante antes de la publicación del Manual de 1975.

10.202 Por consiguiente, las pruebas que nos han sido sometidas no nos convencen de que el Manual de 1975 y su aplicación en la economía japonesa (en la medida en que se aplicó) hayan trastornado la relación de competitividad en el mercado japonés entre las películas y el papel nacionales y estadounidenses. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el Manual de 1975 anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.203 Así pues, los Estados Unidos, aunque han demostrado que no debe considerarse que hubieran previsto el Manual de 1975 en relación con sus expectativas derivadas de la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro, no han demostrado que el Manual de 1975 sea una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII ni que anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en relación con las películas y el papel en blanco y negro. En lo que respecta a las películas y el papel en color, los Estados Unidos no han demostrado que concurra ninguno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

j) Observaciones finales sobre las "medidas" relativas a la distribución

¹³¹⁷Ibíd., páginas 117-118.

10.204 En síntesis, los Estados Unidos alegan con respecto a las "contramedidas" relativas a la distribución, que el Japón creó en el mercado japonés de las películas y el papel un sistema de integración vertical y distribución de una sola marca. A juicio de los Estados Unidos, este proceso se llevó a cabo mediante la normalización de las condiciones de transacción, la sistematización y las limitaciones impuestas a los premios a las empresas. Como hemos constatado antes, los Estados Unidos no han podido demostrar que las diversas "medidas" que citan hayan trastornado la relación de competitividad entre las películas y el papel nacionales y estadounidenses en el Japón, principalmente porque la distribución de una sola marca parece haber existido antes de esas "medidas" y con independencia de ellas, pero también porque los Estados Unidos no han demostrado tampoco que tales "medidas" estuvieran destinadas a fomentar la integración vertical o la distribución de una sola marca. En respuesta al problema cronológico, los Estados Unidos han aportado pruebas o expuesto argumentos no convincentes conforme a los cuales las "medidas" citadas han tenido de hecho por consecuencia el reforzamiento del sistema de distribución de una sola marca. De forma análoga, los Estados Unidos tampoco han aclarado por qué la estructura basada en la integración vertical y en la distribución de una sola marca del sector de las películas fotográficas en el Japón -situación que las pruebas aportadas indican que es similar a la que existe en otras partes del mundo (incluidos los Estados Unidos)- habría desaparecido de no ser por la continua intervención estatal.

10.205 Con respecto a varias "medidas" relativas a la distribución, los Estados Unidos aducen que esas medidas han seguido aplicándose a pesar de haber quedado desfasadas o haber sido revocadas oficialmente. A nuestro juicio, los Estados Unidos no han demostrado que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, los Informes Provisionales Sexto y Séptimo, el informe del Estudio de 1969, las Directrices de 1970, el Plan Básico de 1971 o el Manual de 1975 estén trastornando actualmente la relación de competitividad entre las películas y el papel nacionales y estadounidenses en el Japón.

10.206 Observamos que el Sexto y Séptimo Informes Provisionales, el informe del Estudio de 1969, el Plan Básico de 1971 y el Manual de 1975 hacen referencia al "capital extranjero" y a la necesidad de prepararse para su inminente entrada en el Japón. En cada uno de los casos, sin embargo, esas "medidas" no se centran en el capital extranjero, sino en la reforma general del sector japonés de la distribución por razones que no guardan relación alguna con el capital extranjero (por ejemplo la escasez de mano de obra). Con ello no pretendemos sugerir que el párrafo 1 b) del artículo XXIII exija que se pruebe la intención de anular o menoscabar ventajas; nos limitamos a indicar que en nuestro examen de esas "medidas" no hemos quedado convencidos de que el capital extranjero fuera un factor importante para su adopción o aplicación.

10.207 En cuanto las supuestas "medidas" existan y no deban haber sido razonablemente previstas por los Estados Unidos, sólo existen expectativas legítimas en relación con esas "medidas" respecto de las películas y el papel en blanco y negro. Señalamos a este respecto que actualmente el mercado de las películas en blanco y negro en el Japón es insignificante en comparación con el de las películas en color: las partes coinciden en que representa un porcentaje del 3 por ciento aproximadamente.¹³¹⁸ Además, el aparente crecimiento que, según el Japón, registró la cuota de mercado de las importaciones, que pasó del 6,6 por ciento aproximadamente en 1965 a un porcentaje máximo situado en torno al 41,4 por ciento en 1985, a pesar de la supuesta repercusión de las "medidas" en el período 1965-1975, debilita la prueba de la existencia de una relación causal.¹³¹⁹ Los Estados Unidos han

¹³¹⁸Véanse los párrafos 2.2, 5.26, 6.279 y 6.339 *supra*.

¹³¹⁹Véase el párrafo 2.4 *supra*.

presentado otras estadísticas sobre la participación en el mercado de materiales fotográficos, en el que no se desglosan los datos correspondientes a las películas en blanco y negro y los correspondientes a las películas en color.¹³²⁰

10.208 Por último, habría que señalar que los Estados Unidos han expuesto pocos argumentos acerca de la repercusión de esas "medidas" en el papel fotográfico importado. Como aduce el Japón, la única prueba citada por los Estados Unidos en relación con el papel importado se refiere a una medida (la ayuda financiera de la SMEA a los laboratorios fotográficos) que hemos constatado que excede de nuestro mandato.

4. RESTRICCIONES APLICADAS A LOS ESTABLECIMIENTOS MINORISTAS EN GRAN ESCALA

10.209 Los Estados Unidos sostienen que la aplicación por el Japón 1) de la Ley de Establecimientos Minoristas en Gran Escala de 1º de marzo de 1974 ("Ley de Grandes Tiendas")¹³²¹ y las reglamentaciones y "medidas" administrativas conexas, incluidas las "medidas" locales conexas, y 2) de la reforma de la Ley de Grandes Tiendas, que entró en vigor el 14 de mayo de 1979¹³²² ha restringido el desarrollo de un canal alternativo de distribución para las películas importadas, anulando o menoscabando así ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Dada la evidente relación que existe entre esas dos medidas, las examinaremos conjuntamente en esta sección.

10.210 La Ley de Grandes Tiendas fue aprobada por la Dieta del Japón el 1º de octubre de 1973, y entró en vigor el 1º de marzo de 1974. La Ley establecía un procedimiento de notificación aplicable a la apertura de grandes superficies comerciales (en las que podían desarrollar sus actividades varios minoristas) y a la apertura y funcionamiento de los establecimientos minoristas que desarrollaban su actividad en esas superficies. En los términos en que se promulgó inicialmente, la Ley era aplicable a los establecimientos comerciales con más de 1.500 m² de superficie. La reforma de 1979 introdujo dos cambios principales: 1) el umbral de aplicabilidad de la Ley se redujo de 1.500 a 500 m²; y 2) se clasificó a las tiendas en dos grupos: tiendas de la categoría I (de 1.500 m² o más de superficie), sometidas a la jurisdicción del MITI, y tiendas de la categoría II (de 500 a 1.500 m² de superficie) sometidas a la jurisdicción de los gobernadores de las prefecturas locales. La Ley permite regular el tamaño, la fecha de apertura, el horario y los días de cierre de las tiendas.

10.211 El artículo 3 de la Ley obliga a quien pretenda construir o abrir un establecimiento minorista en gran escala a presentar al MITI o a la prefectura competente, con una antelación mínima de 12 meses a la fecha de apertura prevista, una notificación inicial en la que se indique la superficie y la fecha de apertura previstas. Si se considera que el establecimiento está sujeto al procedimiento establecido en la Ley, deben explicarse los planes a la autoridad competente y a los minoristas y consumidores locales. Seguidamente, la autoridad puede recomendar que se reduzca el tamaño del establecimiento y/o se retrase

¹³²⁰Las estadísticas estadounidenses se centran más bien en el porcentaje de los mayoristas primarios o secundarios que solían distribuir o distribuyen actualmente películas fotográficas extranjeras.

¹³²¹Ex. 74-4 de los Estados Unidos; Ex. C-1 del Japón.

¹³²²Law Concerning the Adjustment of Business Activities of the Retail Industry for Large Retail Stores, 1978, Ex. 78-1 de los Estados Unidos.

la fecha de apertura y/o se modifiquen su horario y días de cierre. En 1982, el MITI estableció, mediante la Directiva N° 36, un trámite de "aclaraciones previas" anterior a la notificación inicial exigida por el artículo 3.¹³²³ La Directiva N° 36 fue revocada en 1992. En ese mismo año, se elevó la superficie mínima de las tiendas de la categoría I de 1.500 a 3.000 m² (y a 6.000 m² en determinadas ciudades designadas en una orden).

10.212 Los Estados Unidos sostienen que, a pesar de la alegada reorganización de las ventas al por mayor en el sector de los materiales fotográficos por el Gobierno japonés, los establecimientos minoristas en gran escala siguen siendo en el Japón un canal alternativo de distribución, que puede tener gran importancia, para los fabricantes de películas extranjeras. Según los Estados Unidos, los grandes establecimientos minoristas constituían en parte para los fabricantes extranjeros, excluidos de la red primaria de distribución, una alternativa a los mayoristas. Los Estados Unidos sostienen, además, que las grandes tiendas han comercializado productos importados (incluidas películas) con mayor frecuencia que las pequeñas tiendas y han sido menos vulnerables a las presiones de los fabricantes nacionales. Si se permitiera que los grandes establecimientos minoristas proliferaran por todo el Japón, sostienen los Estados Unidos, los mayoristas perderían importancia y los fabricantes extranjeros podrían obviar el estrangulamiento de la distribución. Según los Estados Unidos, en 1967 y 1968 el Japón, en respuesta a esa amenaza, comenzó a establecer mecanismos para controlar la expansión de las grandes tiendas y finalmente, en 1973, promulgó la Ley de Grandes Tiendas. En opinión de los Estados Unidos, esta Ley sujeta la apertura y ampliación de los establecimientos minoristas en gran escala a un procedimiento gravoso.

10.213 El Japón responde que la Ley de Grandes Tiendas refleja una política de larga data del Japón, que se remonta a la promulgación de la Ley de Grandes Almacenes en 1956¹³²⁴, consistente en regular las grandes tiendas para preservar una serie de establecimientos competidores pequeños, medianos y grandes, política que siguen también otros países. El Japón sostiene que la Ley no se refiere a los productos en general ni a las películas en particular. En ella no se establece qué productos pueden distribuir los establecimientos minoristas en gran escala, ni se tiene en cuenta qué productos vende un establecimiento minorista al determinar si son necesarios ajustes y cuáles. En consecuencia, en opinión del Japón, la Ley de Grandes Tiendas no puede afectar desfavorablemente a la relación de competitividad de ningún tipo de productos importados, incluidas las películas. El Japón añade que la Ley ha sido considerablemente liberalizada en los últimos años y es hoy más favorable a las importaciones que en el momento en el que se otorgaron las concesiones arancelarias pertinentes.

10.214 *Aplicación de medidas.* Ambas parte coinciden -y este Grupo Especial no tiene ninguna razón para poner en duda ese hecho- en que la Ley de Grandes Tiendas de 1974 y la reforma de 1979 son medidas gubernamentales en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Las partes coinciden también -y tampoco tenemos ninguna razón para ponerlo en duda- en que la Ley de Grandes Tiendas, reformada, está actualmente en vigor.

10.215 *Ventajas resultantes.* Los Estados Unidos alegan que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso a los mercados derivadas de las concesiones hechas por el Japón en relación con las películas en las fechas de conclusión de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay. Sostienen que los Estados Unidos no podían haber previsto razonablemente durante las negociaciones de la Ronda

¹³²³Ex. 82-2 de los Estados Unidos; Ex. C-16 del Japón.

¹³²⁴Ex. 56-2 de los Estados Unidos; Ex. C-3 del Japón.

Kennedy el contenido de la Ley de Grandes Tiendas o de su reforma de 1979, porque en aquel momento (1967) no habían sido propuestas ninguna de esas medidas y las dos Directivas fundamentales del MITI, que, en opinión de los Estados Unidos, sentaron las bases de la Ley al ampliar el ámbito de aplicación de la Ley de Grandes Almacenes, no se publicaron hasta junio de 1968 y septiembre de 1970, respectivamente.

10.216 El Japón aduce que los Estados Unidos no pueden reclamar fundadamente expectativas legítimas de mejoramiento del acceso a los mercados, porque la promulgación de la Ley de Grandes Tiendas en 1973 y las reformas introducidas en esa Ley en 1978 y en años posteriores, aunque posteriores a la Ronda Kennedy, dieron continuidad a una política de larga data de preservación de la diversidad en el sector de la venta al por menor mediante la reglamentación de las grandes tiendas. La Ley de Grandes Almacenes, promulgada en 1956, exigía la obtención de una autorización para abrir grandes almacenes nuevos. Según el Japón, la Ley de Grandes Tiendas se limitó a hacer extensiva esta política normativa anterior a nuevos tipos de tiendas que estaban comenzando a aparecer, como los supermercados y las tiendas de precios reducidos en grandes superficies, y fue promulgada con el fin de impedir la elusión deliberada de la Ley anterior. Además, en opinión del Japón, las diversas versiones de la Ley de Grandes Tiendas eran más liberales que la Ley de Grandes Almacenes: la Ley de Grandes Tiendas había sustituido un sistema basado en autorizaciones por un sistema basado en notificaciones; la regulación de los días de cierre y el horario de las tiendas era ahora menos restrictiva; y actualmente se llevaba a cabo el 96 por ciento aproximadamente de los planes notificados, en tanto que en el marco de la Ley de Grandes Almacenes se autorizaba el 84 por ciento de las aperturas solicitadas. Así pues, según el Japón, aun aceptando, a efectos de argumentación, que las restricciones impuestas a las grandes tiendas sean desfavorables para los productos importados, no hay ningún efecto desfavorable para las importaciones que los Estados Unidos no hubieran podido prever en el momento de las concesiones arancelarias de la Ronda Kennedy.

10.217 Al analizar la cuestión de la previsión razonable en el momento de la conclusión de la Ronda Kennedy, tomamos nota de la afirmación del Japón de que la política japonesa de regular la proporción de pequeñas y grandes tiendas en el sector del comercio al por menor se remonta a la Ley de Grandes Almacenes de 1956, por lo que los Estados Unidos deberían haber previsto que esa política continuara y evolucionara en función de los cambios que han tenido lugar en cuanto a los tipos de tiendas. No obstante, de conformidad con nuestra conclusión anterior respecto de medidas que los Estados Unidos han demostrado que se introdujeron con posterioridad a la conclusión de las negociaciones arancelarias correspondientes, entendemos que, salvo que el Japón demuestre lo contrario, no debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto esas medidas. A nuestro juicio, el concepto amplio de previsión razonable preconizado por el Japón puede vaciar de sentido a este elemento de una reclamación de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones. En nuestra opinión, no basta alegar que una medida *concreta* debería haberse previsto porque constituye la continuación de una política anterior del Gobierno de carácter *general*. Observamos a este respecto que el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Semillas oleaginosas* rechazó un argumento similar, según el cual la parte reclamante (los Estados Unidos) debería haber previsto razonablemente la modificación o reforzamiento significativo de medidas de cuya existencia tenía conocimiento en el momento de las concesiones arancelarias.¹³²⁵ Entendemos, por consiguiente, que no debe considerarse que los Estados Unidos, en el momento de la conclusión de la Ronda Kennedy, hubieran previsto razonablemente la Ley de Grandes Tiendas y sus posteriores modificaciones. Las expectativas razonables de los Estados Unidos con respecto a las concesiones hechas por el Japón en la Ronda Kennedy se limitan a las películas y el papel en blanco y negro.

¹³²⁵ *CEE - Semillas oleaginosas*, IBDD 37S/93, página 143, párrafo 149.

10.218 En cuanto a las expectativas resultantes de las concesiones arancelarias de la Ronda de Tokio respecto de las películas y el papel, los Estados Unidos admiten que en aquel momento tenían conocimiento de la Ley de Grandes Tiendas, pero añade que lo que los negociadores no podían conocer ni conocían entonces era hasta qué grado las "contramedidas" del Gobierno relativas a la distribución tendrían por consecuencia un sistema de distribución cerrado, ni que los efectos combinados de las "contramedidas" relativas a la distribución, la Ley de Grandes Tiendas y las "contramedidas" relativas a la promoción impedirían el acceso a los mercados. Los Estados Unidos subrayan que, durante la Ronda de Tokio, ninguna parte contratante aparte del Japón podía haber previsto las medidas que este país adoptaría después de la conclusión de la Ronda para ampliar espectacularmente el alcance de la Ley de Grandes Tiendas y acentuar su carácter invasivo. Los Estados Unidos sostienen que, en particular, la incorporación en 1982 del trámite de "aclaraciones previas", que obligaba a los constructores a reunirse con los minoristas locales y a tratar de obtener su consentimiento antes de presentar la notificación prevista en el artículo 3, acrecentó significativamente el carácter gravoso de la Ley. El Japón responde que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente las medidas en vigor en el momento de las concesiones arancelarias, incluida la Ley de Grandes Tiendas y su reforma de 1979. Según el Japón, desde 1979 no se habían adoptado medidas gubernamentales ni había habido modificaciones de la política del Gobierno importantes (la Directiva N° 36 de 1982 no constituyó una modificación importante), por lo que no había medidas, no previstas en el momento de las concesiones arancelarias de 1979, que pudieran trastornar la competitividad de las películas o el papel importados.

10.219 Entendemos que hay que considerar que los Estados Unidos tenían conocimiento de la Ley de Grandes Tiendas de 1974 antes de la conclusión de la Ronda de Tokio. En cuanto a la reforma de 1979, fue aprobada por la Dieta el 15 de noviembre de 1978. Aunque, al parecer, en agosto de 1978 podría haberse llegado a un acuerdo entre el Japón y los Estados Unidos sobre los aranceles aplicables a las películas y el papel fotográficos, en general las negociaciones bilaterales entre el Japón y los Estados Unidos parecen no haber finalizado hasta diciembre de 1978¹³²⁶, cuando ya había sido aprobada la reforma. Además, las negociaciones de la Ronda de Tokio no acabaron hasta el 12 de abril de 1979, y el protocolo correspondiente tiene la fecha de 30 de junio de 1979. A la luz de estos hechos, consideramos que los Estados Unidos deberían razonablemente haber previsto la reforma de 1979. A este respecto, recordamos nuestra conclusión de que el conocimiento de la existencia de una medida no equivale a la comprensión de sus posibles repercusiones en el mercado de un determinado producto. No obstante, los Estados Unidos no han aclarado la razón por la que no podían haber previsto razonablemente desde un principio las repercusiones de la Ley de Grandes Tiendas, reformada, en el mercado de las películas o del papel. En nuestra opinión, no basta simplemente afirmar que la falta de transparencia y el carácter informal de las medidas del Japón impedían evaluar sus repercusiones. En cuanto a la Directiva de 1982 sobre "aclaraciones previas", admitimos que esta prescripción concreta no fue prevista razonablemente por los Estados Unidos en la Ronda de Tokio.

10.220 Los Estados Unidos admiten que en la fecha de la conclusión de la Ronda Uruguay tenían conocimiento de la Ley de Grandes Tiendas, reformada, pero alegan que en el momento de las negociaciones arancelarias de la Ronda Uruguay, no eran ni podían haber sido conscientes de que el Japón había utilizado la Ley de Grandes Tiendas como un instrumento clave para proteger y apoyar la integración vertical de la distribución en el sector de los artículos fotográficos de consumo. El Japón responde que hace tiempo que la

¹³²⁶Véase Gilbert R. Winham, International Trade and the Tokyo Round Negotiation 268 (1986), Ex. E-6 del Japón.

Ley y las reglamentaciones correspondientes han sido publicadas y que sus prescripciones son públicamente conocidas. Además, sostiene que los Estados Unidos han venido exponiendo esos argumentos sobre la Ley de Grandes Tiendas en relación con las importaciones en general desde hace años, tanto en el "National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers", publicado anualmente por la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales como en las conversaciones bilaterales mantenidas con el Gobierno del Japón en el marco de la iniciativa sobre obstáculos estructurales.

10.221 Habida cuenta de que la Ley de Grandes Tiendas, las modificaciones de esa Ley y los principales elementos de política general subyacentes a la Ley y a sus modificaciones son anteriores a la conclusión de la Ronda Uruguay, y parecen en realidad haber sido objeto de publicaciones oficiales estadounidenses y de conversaciones bilaterales entre los Estados Unidos y el Japón e informes conjuntos de esos países, constatamos que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente en el momento de la conclusión de la Ronda Uruguay los elementos esenciales de la Ley y de sus modificaciones, así como sus posibles repercusiones en el sector japonés de artículos fotográficos.

10.222 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos sostienen que la contención del proceso de expansión de las grandes tiendas en virtud de la Ley de Grandes Tiendas afecta en dos aspectos a la distribución de películas extranjeras en el Japón. En primer lugar, las restricciones aplicadas a las grandes tiendas apoyan indirectamente el dominio de la estructura oligopólica de la distribución por los fabricantes. Esa estructura depende del predominio de los fabricantes sobre los mayoristas y de los mayoristas sobre los minoristas. Las empresas minoristas de mayor capacidad adquisitiva y complejidad pueden forzar a los diversos mayoristas y fabricantes a competir eficazmente entre sí, con objeto de obtener condiciones más favorables y resistir los intentos de someter a los minoristas al control de una cadena única de fabricantes y mayoristas. En segundo lugar, las grandes tiendas ofrecen a los fabricantes extranjeros, excluidos del sistema de distribución al por mayor un canal alternativo de comercialización de las películas. Si existiera una red de grandes tiendas suficientemente desarrollada, el fabricante podría llegar a un segmento considerable del mercado japonés con un número reducido de relaciones comerciales. En consecuencia, los Estados Unidos sostienen que el Japón ha trastornado la relación de competitividad entre las películas y el papel fotográficos importados y nacionales al impedir el desarrollo de un canal alternativo viable de distribución y venta de películas y papel importados.

10.223 El Japón responde que en el asunto que se examina incumbe a los Estados Unidos la carga de explicar concretamente cómo la aplicación de la Ley de Grandes Tiendas a los productos concretos en litigio, es decir a las películas y el papel en blanco y negro y las películas y el papel en color, anula o menoscaba alguna ventaja. Según el Japón, la Ley y sus reglamentos de aplicación no son directamente aplicables ni a las películas o el papel ni, en general, a ningún otro producto. La Ley no hace ninguna distinción entre películas nacionales e importadas, por lo que de ella no se deriva expresamente ninguna desventaja para las importaciones. Además, la regulación que hace esa Ley de Grandes Tiendas tampoco impone tácitamente a las importaciones ninguna desventaja que, por su propia naturaleza, reduzca su competitividad en un mercado en el que se fomenta la existencia de una pluralidad de tipos de establecimientos de venta al por menor. Además, el Japón señala que la Ley de Grandes Tiendas no faculta al Gobierno para recomendar u ordenar al propietario de ninguna tienda que distribuya determinados productos o productos de un determinado origen. En realidad, la única distinción que la Ley establece con respecto a los productos consiste en la aplicación de normas más liberales a los establecimientos minoristas que ofrecen productos importados. Además, las normas impuestas por la Ley a los grandes almacenes no difieren en función del origen de los productos que ofrecen a la

venta las grandes tiendas o los pequeños establecimientos minoristas próximos. Así pues, la Ley no establece ningún tipo de incentivos artificiales para que los minoristas compren películas nacionales, ni desalienta la adquisición por los minoristas de películas importadas.

Según el Japón, no hay ningún motivo para considerar que la existencia de una superficie mayor de venta al por menor lleve aparejada una ventaja para las películas fotográficas importadas, ya que los minoristas eligen los productos en función de la obtención del máximo beneficio posible, y la superficie de venta no altera la rentabilidad de esos productos en beneficio de las marcas nacionales. Por ello, la Ley no puede trastornar, ni siquiera indirectamente, la relación de competitividad entre los productos nacionales e importados. El Japón concluye que esta Ley no ha podido frustrar ninguna previsión razonable de los Estados Unidos respecto de productos concretos en el momento de ninguna de las concesiones arancelarias pertinentes. Según el Japón, conforme a la interpretación excesivamente amplia del párrafo 1 b) del artículo XXIII que preconizan los Estados Unidos, serían impugnables prácticamente todas las políticas gubernamentales que pudieran afectar a productos específicos. El Japón considera, por el contrario, que es necesario que haya un nexo claro entre los productos específicos y la medida gubernamental impugnada, y que las alegaciones de los Estados Unidos en relación con la Ley de Grandes Tiendas no cumplen ese criterio.

10.224 Al analizar la alegación de los Estados Unidos de que la Ley de Grandes Tiendas trastorna la relación de competitividad entre películas y papel nacionales e importados, examinaremos i) la relación entre las grandes tiendas y las películas y el papel importados, y ii) la evolución de la regulación de las grandes tiendas en el Japón.

10.225 En primer lugar, en lo que respecta a la relación entre las grandes tiendas y las películas y el papel importados, observamos que las medidas reguladoras de las grandes tiendas sometidas a nuestro examen son claramente neutrales en cuanto a los productos y al origen de los productos. A esto hay que añadir la falta de pruebas de que esas medidas se hayan aplicado atendiendo a los productos concretos o al origen específico de los productos. De hecho, parece claro que, como en otros muchos países, el factor a que es imputable la oposición a la expansión de las grandes tiendas en el Japón es el temor de los pequeños y medianos minoristas por el impacto que el establecimiento de esas tiendas puede tener sobre ellos, y no el deseo de impedir las importaciones de películas y papel fotográficos extranjeros. Así pues, la razón de ser de la Ley de Grandes Tiendas es la protección de las pequeñas tiendas.

10.226 No obstante, cabe la posibilidad de que se demuestre que una medida formalmente neutral en cuanto al origen de los productos se aplica en una forma que trastorna la relación de competitividad entre los productos nacionales e importados en perjuicio de los últimos. A este respecto, tomamos nota de que los Estados Unidos afirman que la aplicación de la Ley de Grandes Tiendas ha afectado negativamente a la competitividad de las películas importadas en el mercado japonés, al limitar la difusión de las grandes tiendas, que, según alegan los Estados Unidos, basándose en datos de estudios, suelen ofrecer más frecuentemente películas importadas. El Japón sostiene, por el contrario, que lo único que demuestran los datos aportados por los Estados Unidos es que las tiendas, grandes o pequeñas, que suelen ofrecer con mayor frecuencia películas importadas son las que venden gran cantidad de películas. Los Estados Unidos responden que sus datos, una vez hechos los oportunos reajustes en función del volumen de ventas, siguen poniendo de manifiesto que los establecimientos en los que es más probable que se ofrezcan películas importadas son las grandes tiendas. Parece que, aunque la tendencia a ofrecer en venta películas importadas es mayor en las grandes tiendas, en el caso de las películas el acceso a esas grandes tiendas es menos importante que en el de otros productos importados, ya que las películas ocupan muy poco espacio en las estanterías, aun teniendo en cuenta que para disponer de un surtido completo de todos los tipos de películas es necesario tener muchos

rollos de película. Los datos aportados por el Japón, que acreditan que los vendedores de gran cantidad de películas, ya sean pequeños o grandes minoristas, suelen tener más frecuentemente existencias de películas importadas, parecen confirmar este hecho. No obstante, los datos son, en conjunto, contradictorios y no hay ninguna forma segura de resolver el conflicto. A la luz de las constataciones que hacemos en los siguientes párrafos, consideramos que no es necesario que nos pronunciemos sobre esta cuestión.

10.227 No obstante, dejamos constancia de nuestra inquietud ante la posibilidad de basarnos en el tipo de datos presentado por los Estados Unidos para justificar su reclamación en el presente asunto. Los Estados Unidos aducen, en síntesis, que, dado que un determinado tipo de tiendas vende mayor cantidad de productos importados que otras, cualquier regulación de ese tipo de tiendas podría dar lugar a una reclamación legítima al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Ese argumento es similar al utilizado para impugnar las normas de la Comunidad Europea que obligan a cerrar el domingo: puesto que las tiendas de artículos para mejoras en el hogar venden productos importados y venden más productos el domingo, las limitaciones impuestas a la apertura de establecimientos en domingo podrían asimilarse a restricciones a la importación. El Tribunal de Justicia europeo se negó a constatar la existencia de una violación del Tratado de las CE.¹³²⁷

10.228 En segundo lugar, al examinar si la Ley de Grandes Tiendas trastorna la relación de competitividad entre las películas y el papel nacionales e importados, es necesario que analicemos la evolución de la regulación de las grandes tiendas en el Japón. Examinaremos las diferencias entre la situación en 1967, 1979 y 1993, por un lado, y la situación actual, por otro. En concreto, atenderemos a los siguientes factores: pormenores de las reglamentaciones (autorización y notificación; porcentajes de aprobación y condiciones requeridas, horario, días de cierre, tamaño de la tienda); y posición que, dentro de la economía japonesa, ocupan las grandes tiendas en el mercado.

10.229 La regulación de las grandes tiendas es ahora más rígida que en 1967, por cuanto la Ley de Grandes Tiendas abarca más establecimientos minoristas que la Ley de Grandes Almacenes, y las tiendas de 1.000 m² de superficie están sujetas a la Ley, en tanto que la Ley de Grandes Almacenes sólo se aplicaba a las tiendas de 1.500 m² o más.¹³²⁸ No obstante, para evaluar las consecuencias de este cambio, es necesario examinar los puntos concretos de la regulación de las dos legislaciones, la de 1967 y la actual. El Japón señala que la Ley de Grandes Tiendas sólo exige notificaciones y no (como exigía la Ley de Grandes Almacenes) solicitudes de autorización, pero dado que diversos elementos (tamaño, horario) de las tiendas objeto de la notificación pueden ser objeto de regulación, ese aspecto de la Ley de Grandes Almacenes no parece mucho más gravoso que las disposiciones de la Ley de Grandes Tiendas, que es aplicable también a tiendas de menor tamaño. Los Estados

¹³²⁷Torfaen Borough Council/B & Q PLC, Asunto C-145/88 (Rec. p. 3851) [1989]. En relación con el desarrollo posterior de la legislación de la CE pertinente sobre la aplicación del artículo 30 del Tratado de las CE (que prohíbe las restricciones cuantitativas a las importaciones y las medidas que tengan efecto equivalente) pueden verse, en general: Keck & Mithouard, Asuntos C-267 & 268/91 (Rec. p. I-6097) [1993], Punta Casa SpA/Sindaco del Commune di Capena, Asuntos C-69 & 258/93 (Rec. I-2355) [1994].

¹³²⁸La Ley de Grandes Tiendas se aplica a las tiendas de 500 m² de superficie, pero desde 1994, las tiendas con una superficie inferior a 1.000 m² están en general exentas de ajustes porque, en principio, se supone que no hay ninguna probabilidad de que afecten desfavorablemente a los establecimientos minoristas pequeños y medianos próximos. Standards for Evaluating Probability Under Article 7(1,4) Large Stores Law, N° 96, MITI, 1° de abril de 1994, Ex. C-7 del Japón.

Unidos citan datos estadísticos sobre denegación de solicitudes y exigencias de reducción de tamaño en el marco de la Ley de Grandes Tiendas, pero no muestran en qué difiere la situación actual de la existente en el momento de la Ley de Grandes Almacenes, que se aplicaba cuando concluyó la Ronda Kennedy en 1967. No obstante, pueden deducirse algunas conclusiones firmes. Desde el punto de vista de lo normalmente permitido, las políticas sobre horario y días de cierre de las tiendas son más liberales actualmente que en 1967. La hora de cierre "normal" se ha retrasado de las 18.00 a las 20.00 h y el número de días de cierre obligatorios se ha reducido de 48 a 24. Esos cambios son importantes, porque afectan a las operaciones diarias de las grandes tiendas. En relación con la presencia relativa en el mercado de las grandes tiendas en la economía japonesa, observamos, en primer lugar, que ninguna de las partes han presentado datos relativos al período comprendido entre 1967 y 1982. En cambio, ambas partes convienen en que, desde 1982, la cuota de mercado de las grandes tiendas ha aumentado en el sector de las ventas al por menor, aunque moderadamente. Observamos que ese aumento se ha producido a pesar de la vigencia, entre 1982 y 1992, de la prescripción relativa a las "aclaraciones previas".

10.230 Si se compara la situación actual en lo que respecta a la aplicación de la Ley de Grandes Tiendas con la existente cuando concluyeron la Ronda de Tokio en 1979 y la Ronda Uruguay en 1993, llegamos a idéntico resultado. En el momento de la conclusión de la Ronda de Tokio, la Ley de Grandes Tiendas estaba en vigor y se aplicaba a tiendas de una superficie superior a 500 m². Posteriormente, ese límite se ha elevado a 1.000 m², la hora "normal" de cierre se ha retrasado de las 18.00 a las 20.00 h y el número obligatorio de días de cierre se ha reducido de 48 a 24. Ambas partes coinciden en que desde 1982 la cuota de mercado de las grandes tiendas en el sector de las ventas al por menor ha aumentado, aunque moderadamente. En comparación con la situación existente en el momento de la conclusión de la Ronda Uruguay en 1993, el límite de superficie se ha elevado de 500 a 1.000 m², la hora "normal" de cierre se ha retrasado de las 19.00 a las 20.00 h, y el número obligatorio de días de cierre se ha reducido de 44 a 24.

10.231 En conjunto, no estamos convencidos de que la regulación de las grandes tiendas sea más rígida actualmente que en 1967, 1979 ó 1993. Los datos relativos a la evolución reciente de los requisitos de procedimiento y condiciones de funcionamiento de las tiendas sujetas a la Ley indican que desde principios del decenio de 1990 ha habido una liberalización sustancial en la aplicación de la Ley, con el resultado consiguiente de que ésta es ahora más favorable a la apertura de grandes tiendas que en la fecha de conclusión de cualquiera de las tres rondas de negociaciones comerciales multilaterales.

10.232 Por último, examinamos las consecuencias que se derivan para la reclamación de los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII de nuestras conclusiones acerca de la evolución de la regulación de las grandes tiendas en el Japón. Observamos que las alegaciones estadounidenses relativas a las grandes tiendas difieren por su fondo de la alegación de los Estados Unidos sobre las medidas relativas a la distribución y a la promoción. En el caso de esas medidas, los Estados Unidos alegan que el Gobierno del Japón ha intervenido para impedir el acceso de las importaciones al mercado adoptando medidas que hacían la venta de películas importadas más difícil que en el momento en que se otorgó la concesión arancelaria. El fondo de la alegación relativa a la Ley de Grandes Tiendas es diferente. Los Estados Unidos admiten que, tanto el número total de grandes tiendas existentes en el Japón, como su cuota de mercado en el sector de las ventas al por menor son mayores hoy que en 1982. En consecuencia, en la medida en que la existencia de un número mayor de grandes tiendas implique condiciones más favorables para la penetración de las importaciones en el mercado, la situación actual es mejor que la de 1982 (no se dispone de datos sobre la cuota de mercado de las grandes tiendas antes de 1982). En esas circunstancias, los Estados Unidos parecen argumentar que la situación sería aun mejor si el Japón no hubiera intervenido para atenuar esa evolución favorable del mercado,

lo que plantea la cuestión de si los Estados Unidos pueden alegar expectativas legítimas en relación con la evolución prevista del mercado, distintas de las expectativas de que no se trastorne la situación del mercado en el momento de una concesión arancelaria, por ejemplo mediante la concesión de subvenciones, la aplicación de medidas que modifiquen la relación de competitividad existente o la restricción de la utilización de técnicas de venta antes admitidas. Para que hubiera un trastorno de la relación de competitividad, debería haber normalmente una modificación desfavorable de la situación existente en el momento de las concesiones arancelarias. Por ejemplo, en el caso de las subvenciones, un Miembro espera razonablemente que no aumenten las subvenciones, y no que éstas disminuyan. En la medida en que la reclamación de los Estados Unidos se considere basada en expectativas acerca de la evolución del mercado, se plantea la cuestión del grado en que ha de demostrar que tenía razones para prever en 1967 (o en 1979 ó 1993), que se produciría una expansión relativa del segmento de grandes tiendas de la economía japonesa, habida cuenta de la regulación vigente en el marco de la Ley de Grandes Almacenes o de la Ley de Grandes Tiendas. Aun suponiendo que esas expectativas estuvieran protegidas por el párrafo 1 b) del artículo XXIII, los Estados Unidos no han establecido que tuvieran esas expectativas en 1967, 1979 ó 1993.

10.233 Por consiguiente, basándonos en los hechos de que tenemos constancia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que la Ley de Grandes Tiendas de 1974, la reforma de esa Ley en 1979 o cualquier reglamento o medida administrativa de aplicación de la Ley anulen o menoscaben ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

5. "MEDIDAS" RELATIVAS A LA PROMOCIÓN

10.234 Los Estados Unidos alegan que la aplicación por el Japón de las ocho "contramedidas" relativas a la promoción siguientes coloca a las importaciones en situación de desventaja, al restringir la promoción de las ventas, por lo que anula o menoscaba ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII:

- 1) la Decisión del Consejo de Ministros sobre la liberalización de las inversiones directas en el país de 1967;
- 2) la Notificación 17 de 1967 de la JFTC sobre premios a las empresas;
- 3) la Notificación 5 de 1977 de la JFTC sobre ofertas de premios a los consumidores;
- 4) la Orientación de 1981 de la JFTC sobre personal volante;
- 5) las Normas de autorregulación de 1982 relativas a la lealtad en el comercio con empresas;
- 6) el establecimiento en 1982 del Consejo de Promoción Leal del Comercio;
- 7) las Normas de autorregulación de 1982 sobre la indicación de los precios del tratamiento fotográfico; y
- 8) la aprobación en 1987 por la JFTC del Código de Competencia Leal de los Minoristas y del establecimiento del Consejo de Comercio Leal de los Minoristas.

En la parte II se recogen el texto y los materiales básicos en relación con esas "medidas".

10.235 En general, los Estados Unidos sostienen que el Japón ha reforzado las "contramedidas" relativas a la distribución, no sólo mediante el establecimiento por vía legislativa de restricciones a los establecimientos de comercio al por menor, sino también mediante una serie de medidas que imponen límites a la forma en que los fabricantes, distribuidores y minoristas de materiales fotográficos pueden promover sus productos para

incrementar sus ventas de películas y papel fotográficos en el mercado japonés mediante incentivos económicos y una publicidad dinámica. Los Estados Unidos alegan que las "contramedidas" relativas a la promoción han situado en una posición desventajosa a los fabricantes extranjeros de películas y papel fotográficos, al limitar su capacidad de utilizar determinados descuentos, obsequios, cupones y otros incentivos, o de basarse en campañas innovadoras de publicidad, especialmente en campañas en que se haga referencia a los precios o a comparaciones de precios. Según los Estados Unidos el Japón ha aplicado esas "contramedidas" relativas a la promoción a través de la Ley de Premios y de determinados reglamentos publicados por la JFTC de conformidad con la Ley Antimonopolio. Aunque esas medidas son aplicables también a los productores nacionales de películas y papel, los Estados Unidos sostienen que el Japón las ha impuesto con el propósito de luchar contra la competencia internacional de las importaciones extranjeras a raíz de la liberalización del comercio, es decir con la capacidad de los fabricantes extranjeros de traducir su fuerte capitalización y competitividad en relación con los costos en estrategias potentes de comercialización y campañas de promoción dinámicas.

10.236 El Japón responde que la Ley de Premios sólo impone restricciones a los premios de cuantía excesiva y regula exclusivamente las representaciones que inducen a error. En interés de la protección de los consumidores, la Ley de Premios pretende luchar eficazmente contra las prácticas comerciales desleales y estimular a los fabricantes a que compitan basándose principalmente en el precio y en la calidad, y no en incentivos desleales o en representaciones engañosas o que inducen a error. El Japón subraya que la Ley no establece ninguna distinción entre productos importados y nacionales. Añade que la Ley de Premios no impide una competencia vigorosa basada en los precios y en campañas de promoción. A juicio del Japón, la Ley no sólo permite las ofertas a precios ventajosos, sino que las favorece, y una amplia gama de prácticas de promoción son compatibles con ella. Todas las empresas, nacionales o extranjeras, han sido y siguen siendo libres de invertir tanto dinero como deseen en publicidad. El Japón sostiene además que en ningún momento se ha limitado el derecho de las empresas a ofrecer obsequios de promoción o premios en sorteos o concursos, en la medida en que estén en conformidad con las normas establecidas en la ley destinada a proteger a los consumidores. A juicio del Japón, esas normas no son más rígidas que las establecidas por leyes similares en otros muchos países. En algunos aspectos, las normas son, en realidad, menos rígidas que las vigentes en los Estados Unidos, porque ciertos tipos de sorteos y concursos prohibidos en ese país han sido permitidos en el Japón.

10.237 Los Estados Unidos indican además que la JFTC y los 47 gobiernos de las prefecturas pueden adoptar medidas ejecutivas al amparo de la Ley de Premios. Además, la JFTC ha sancionado oficialmente los denominados "códigos de competencia leal" publicados por los "consejos de comercio leal" del sector privado. Los Estados Unidos aducen asimismo que los "consejos de comercio leal" tienen capacidad para imponer medidas disciplinarias a los miembros que infringen los códigos, que a menudo implican acciones coercitivas o sanciones pecuniarias, y que las normas establecidas en sus códigos por los consejos suelen ser adoptadas por la JFTC, que aplica seguidamente esas normas a las entidades "ajenas" a esas organizaciones, dado que la Ley de Premios exige expresamente de la aplicación de medidas antimonopolio a las prácticas, similares a las de los cárteles, de los consejos. El Japón responde que los "códigos de competencia leal" y los "consejos de comercio leal" no son pertinentes al asunto que se examina, porque ningún "código" o "consejo" se ha ocupado de las películas o el papel fotográficos.

10.238 Teniendo presentes estos argumentos generales de las partes, procederemos a examinar cada una de las ocho "medidas" relativas a la promoción a la luz de los tres elementos de las reclamaciones de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones a que hemos hecho antes referencia.

a) Decisión del Consejo de Ministros de 1967

10.239 La primera "medida" relativa a la promoción que los Estados Unidos alegan que anula o menoscaba ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII es la Decisión del Consejo de Ministros del Japón sobre la liberalización de las inversiones directas en el país, de 6 de junio de 1967 ("Decisión del Consejo de Ministros de 1967")¹³²⁹, que hemos analizado anteriormente en nuestro examen de las "medidas" relativas a la distribución. Recordamos la afirmación de los Estados Unidos de que esta Decisión del Consejo de Ministros de 1967 constituyó un "hito" en los esfuerzos del Japón por reestructurar la industria japonesa para que resistiera la inminente competencia extranjera a raíz de la liberalización de capitales en el decenio de 1960. Recordamos asimismo la respuesta del Japón de que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, que ponía en marcha la primera etapa de la liberalización de capitales, se ocupa, en general, de la modernización y del incremento de la eficiencia del sector japonés de la distribución, para permitir a las empresas nacionales competir con las extranjeras en un entorno comercial nuevo y menos regulado.

10.240 Observamos que, en junio de 1967, a raíz de la petición que le había hecho el Gobierno de que realizara un estudio sobre las inversiones directas en el país, el Comité de Expertos del Consejo de Inversiones Extranjeras ("FIC"), un comité consultivo del Ministerio de Hacienda, presentó un informe, en el que manifestaba, entre otras cosas, lo siguiente:

"En lo que respecta a la oferta de premios en gran escala, se considera que el establecimiento de códigos de competencia leal de conformidad con la [Ley de Premios], con la colaboración de la rama de producción que pueda resultar afectada, constituiría una contramedida eficaz."¹³³⁰

Sobre la regulación de las prácticas comerciales desleales, el informe del Comité de Expertos del FIC declaraba además lo siguiente:

"1) Con la entrada de capital extranjero en el Japón, la empresa matriz puede dedicar un gran volumen de ese capital a hacer dumping, ofrecer premios y realizar campañas de publicidad y propaganda en gran escala, etc. Es de suponer que, en el futuro, a medida que avance la liberalización de las inversiones directas en el mercado interno, aumente ese peligro. Por consiguiente, en tales circunstancias, es necesario analizar exhaustivamente si esas actividades reúnen las condiciones para ser consideradas prácticas comerciales desleales en el sentido del artículo 2 de la Ley Antimonopolio y pueden ser reguladas de conformidad con las disposiciones establecidas en el artículo 19 de dicha Ley Antimonopolio o de la Ley que prohíbe los premios injustificados y las representaciones que inducen a error.

2) En lo que respecta a la aplicación de la Ley Antimonopolio, aunque no puede darse un trato diferente a las empresas filiales de capital extranjero, esas empresas cuentan con el apoyo de la tecnología y el capital de la empresa matriz y suelen gozar de una posición económica fuerte, por lo que se considera que con frecuencia estarán sujetas a la regulación de la Ley Antimonopolio. A este respecto, es necesario que podamos aplicar normas que regulen las actividades desordenadas

¹³²⁹Ex. 67-6 de los Estados Unidos.

¹³³⁰Ex. 67-5 (B) de los Estados Unidos, página 3.

del capital extranjero, por cuanto las normas vigentes que regulan las prácticas comerciales desleales no siempre son claras y, podemos aclararlas, por ejemplo, mediante una designación especial o por cualquier otro medio."¹³³¹

10.241 La Decisión del Consejo de Ministros de 1967 establece la siguiente orientación básica de las "contramedidas" que deben adoptarse en el curso del proceso de liberalización:

"En consecuencia, para que nuestras empresas puedan competir en pie de igualdad con el capital extranjero, sería necesario: mejorar la calidad de las empresas y proseguir el proceso de la liberalización del sistema industrial, reforzar intensamente la capacidad de desarrollo tecnológico, organizar el sistema financiero en paralelismo con la organización del sistema industrial y reducir los tipos de interés a largo plazo.

Por otra parte, sería necesario impedir que las empresas extranjeras que desarrollen actividades en el Japón después de la liberalización desorganizaran ramas de la producción nacional recurriendo a su mayor poder, y penetraran en sectores no liberalizados, eludiendo los mecanismos de control.

El establecimiento de esas contramedidas con objeto de fortalecer la capacidad de nuestras empresas para la competencia internacional y evitar que las empresas extranjeras desorganicen nuestras ramas de producción en nuestro mercado constituye una necesidad básica para promover la liberalización y para que nuestro pueblo pueda disfrutar de sus beneficios económicos.

[...]

La orientación básica de las contramedidas que el Gobierno debería adoptar se materializa en los tres elementos siguientes:

- 1) evitar la desorganización que puede provocar la penetración del capital extranjero;
- 2) sentar las bases para que nuestras empresas puedan competir en pie de igualdad con las empresas extranjeras;
- 3) reforzar activamente la calidad de las empresas [nacionales] y reorganizar el sistema industrial, para que las empresas nacionales puedan competir plenamente con el capital extranjero."¹³³²

10.242 Recordamos la afirmación de los Estados Unidos de que, en julio de 1967, el Consejo de Ministros adoptó la recomendación del FIC y de su Comité de Expertos de utilizar la Ley de Premios como "contramedida" relativa a la liberalización mediante el establecimiento de códigos de competencia leal. Según los Estados Unidos, el Gobierno dispuso que los códigos fueran establecidos por representantes y asociaciones comerciales, como preveía el artículo 10 de la Ley de Premios, y que el Gobierno ejerciera una "orientación activa".¹³³³ El Japón, aunque no considera necesario analizar los códigos de competencia leal o los

¹³³¹Ibíd.

¹³³²MITI History volumen 17, páginas 379-388 (traducción provisional), Ex. 67-6 de los Estados Unidos, página 4.

¹³³³Ex. 67-5, A y B de los Estados Unidos.

consejos de comercio leal, dado que ningún código o consejo se ha ocupado de las películas o el papel fotográficos, aduce que para la aplicación efectiva de la Ley de Premios se consideró conveniente que las entidades comerciales convinieran en una autolimitación de los premios excesivos y las representaciones que inducen a error, en previsión de violaciones efectivas de la Ley de Premios. Según el Japón, en este contexto la Ley de Premios permite a las entidades empresariales adoptar, con sujeción a la aprobación de la JFTC, códigos de competencia leal sobre premios y representaciones. El Japón aduce también que, en contra de lo afirmado por los Estados Unidos, el Consejo de Ministros no adoptó el informe del Comité de Expertos del FIC. Por lo tanto, según el Japón, el Gobierno japonés no ejerció una "orientación activa".

10.243 *Aplicación de la medida.* Aunque caben pocas dudas de que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 constituye, en su conjunto, una medida gubernamental en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, las partes discrepan acerca de si esa medida sigue o no en vigor. Aunque el Japón sostiene y los Estados Unidos admiten que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 fue derogada el 26 de diciembre de 1980, los Estados Unidos alegan que la derogación sólo afecta a la parte de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 que se refiere al control de las inversiones internacionales en el Japón, y no a las políticas de distribución y a las "contramedidas" relativas a la liberalización impuestas por la Decisión. El Japón responde que, aunque es imposible contestar adecuadamente a esta alegación, ya que los Estados Unidos no especifican qué medidas consideran que se derivan de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, en todo caso, cualesquiera "medidas" no identificadas específicamente no forman parte del asunto sometido a este Grupo Especial.

10.244 Aunque en relación con esta cuestión los Estados Unidos hacen hincapié en otra parte de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 distinta de aquella a la que se refieren sus argumentos sobre las "medidas" relativas a la distribución, es aplicable a este respecto el mismo análisis de la efectividad de la Decisión que hemos hecho en la sección relativa a la distribución. Sobre la base de ese análisis, constatamos que las políticas de 1967 podrían haber seguido siendo aplicadas, de forma compatible con la Decisión de 1980. En el grado en que esas políticas no hayan sido abandonadas, consideramos que siguen constituyendo una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.245 *Ventaja resultante.* Recordamos la alegación de los Estados Unidos de que las ventajas resultantes para ese país son sus expectativas legítimas de mejoramiento del acceso a los mercados derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón con respecto a las películas y el papel al término de la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay. Los Estados Unidos mantienen que no podían haber previsto razonablemente las repercusiones de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 durante las negociaciones de la Ronda Kennedy. En concreto, según los Estados Unidos, en el momento de las negociaciones de la Ronda Kennedy no se disponía de datos pertinentes acerca de las medidas que el Japón tenía intención de adoptar para aplicar su "programa de contramedidas relativas a la liberalización", y el 30 de junio de 1967, la Decisión del Consejo de Ministros aún no había sido publicada y aplicada. De forma análoga, los Estados Unidos alegan que ni siquiera en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay podían ser conscientes de las repercusiones de esta Decisión del Consejo de Ministros en el sector japonés de las películas fotográficas.

10.246 El Japón aduce que los Estados Unidos no pueden alegar fundadamente la titularidad de expectativas legítimas de mejoramiento del acceso al mercado porque las primeras concesiones arancelarias hechas por el Japón en relación con las películas y el papel -limitadas a las películas y el papel en blanco y negro- datan de la conclusión de la Ronda Kennedy el 30 de junio de 1967, varias semanas después de la adopción de la

Decisión del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1967. Además, según el Japón, la Decisión del Consejo de Ministros fue precedida por un debate público de alto nivel sobre la liberalización de capitales, del que los Estados Unidos habían tenido conocimiento. El Japón aduce además que la Ley de Premios fue promulgada en 1962 y que esa Ley se ocupaba de comportamientos que ya en 1953 la JFTC había considerado que constituían prácticas comerciales desleales. En consecuencia, según el Japón, los Estados Unidos no tenían ningún fundamento legítimo para esperar que no se aprobaran códigos de competencia ni que los premios excesivos y la publicidad engañosa siguieran sin ser objeto de regulación, o que esa regulación no se aplicara firmemente. El Japón aduce que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto la medida en las fechas de la conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.247 Observamos que la citada Decisión del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1967 se publicó en *Kampo* (Gaceta Oficial del Japón) el 21 de junio de 1967¹³³⁴, nueve días antes de la conclusión formal de la Ronda Kennedy (el 30 de junio de 1967). Recordamos el criterio establecido en nuestro análisis general de la previsión razonable, según el cual se presume que un Miembro tiene conocimiento de una medida a partir de la fecha de su publicación, pero esta presunción puede ser refutada si el Miembro acredita la concurrencia de circunstancias excepcionales. Dado el breve período transcurrido entre la publicación de esta medida concreta y la finalización formal de la Ronda Kennedy, consideramos difícil llegar a la conclusión de que debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, puesto que no sería realista esperar que los Estados Unidos hubieran tenido oportunidad de reabrir negociaciones arancelarias sobre productos determinados en los últimos días de una ronda de negociaciones multilaterales. En consecuencia, consideramos que los Estados Unidos, en relación con la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, son titulares de expectativas legítimas, derivadas de la Ronda Kennedy, de mejoramiento del acceso a los mercados. Por el contrario, aplicando ese mismo criterio, constatamos que los Estados Unidos no pueden alegar expectativas legítimas derivadas de las concesiones hechas en la Ronda de Tokio y en la Ronda Uruguay.

10.248 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos aducen que el mejoramiento del acceso de las películas y el papel al mercado japonés resultante de las concesiones hechas por el Japón en la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro se hallan anulados o menoscabados a consecuencia de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 y de las posteriores "contramedidas" relativas a la promoción del Gobierno japonés. Según los Estados Unidos, la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 aprobó la aplicación de "contramedidas" con el fin de "evitar que las empresas extranjeras desorganicen nuestras ramas de producción".¹³³⁵ Los Estados Unidos sostienen además que sus expectativas adicionales resultantes de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay, incluidas las relativas al mejoramiento del acceso de las películas y el papel fotográficos *en color* al mercado, se hallan anuladas o menoscabadas.

10.249 El Japón sostiene que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 únicamente contiene declaraciones muy generales de política sobre los tipos de medidas que el Gobierno consideraba convenientes para modernizar el sector japonés de la distribución en su conjunto después de la liberalización de capitales y no pone en aplicación ninguna medida concreta de la que pueda afirmarse que establece una discriminación de hecho o de derecho desfavorable al acceso de las importaciones al mercado japonés. El Japón aduce

¹³³⁴Cuadro U de la primera comunicación del Japón, página 188 del texto inglés.

¹³³⁵Ex. 67-6 de los Estados Unidos, página 4.

que los Estados Unidos no han aportado al Grupo Especial pruebas que demuestren la existencia de un "menoscabo" a consecuencia de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967.

10.250 El hecho de que, como aduce el Japón, la parte de la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 que se ocupa de la modernización del sistema japonés de distribución esté integrada por declaraciones muy generales de política hace especialmente difícil analizar la alegación de que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 menoscaba ventajas resultantes para los Estados Unidos en materia de acceso a los mercados. En líneas generales, las declaraciones que se hacen en la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 destacan la necesidad de que el Gobierno japonés encuentre la forma de contribuir a la modernización del sector de la distribución en respuesta a la intensificación prevista de la competencia como consecuencia de la liberalización de capitales. Además, los Estados Unidos no han podido citar ninguna medida reguladora o adoptada a consecuencia de actividades de promoción desfavorable para las importaciones que tenga su origen en la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 (aunque sostienen que, en general, la mayoría de las "medidas" relativas a la promoción posteriores que cita se basan en esa Decisión). En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que las declaraciones de política general que figuran en la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 anulen o menoscaben ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. A nuestro parecer, la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 forma, en todo caso, parte del contexto de algunas medidas adoptadas posteriormente por el Japón.

10.251 Así pues, aunque la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 puede considerarse una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII y no debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto la medida antes de la conclusión de la Ronda Kennedy, los Estados Unidos deberían haber previsto la Decisión en las fechas de la conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay. Además, los Estados Unidos no han demostrado que la medida anule o menoscabe ventajas resultantes para ese país de la Ronda Kennedy en lo que respecta a las películas y el papel en blanco y negro, ni de la Ronda de Tokio o de la Ronda Uruguay en lo que respecta a las películas y el papel en blanco y negro y en color.

b) Notificación 17 de 1967 de la JFTC sobre premios a las empresas

10.252 La segunda "medida" relativa a la promoción citada por los Estados Unidos es la Notificación 17 de la JFTC sobre premios a las empresas, de 10 de mayo de 1967 ("Notificación 17 de la JFTC")¹³³⁶ que hemos analizado anteriormente en la sección dedicada a las "medidas" relativas a la distribución. Esta Notificación se publicó de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Premios (que autoriza a la JFTC a restringir los premios) y establece, entre otras cosas, lo siguiente:

"Las empresas [...] que fabriquen (o procesen) los productos que figuran en el cuadro anexo o vendan esos productos no ofrecerán premios a las empresas ("empresas que realizan negocios con otras partes") que compren y vendan los productos fabricados o vendidos por las primeras o los utilicen para suministrar servicios a los consumidores en general, como forma de inducir a las empresas que realizan negocios con otras partes a comenzar a comercializar esos productos, o a condición de que la cifra de negocio de esas empresas u otras condiciones de transacción cumplan determinados criterios que hayan establecido las empresas

¹³³⁶Ex. 67-4 de los Estados Unidos; Ex. D-42 del Japón.

[citadas en primer lugar]. No obstante, las disposiciones precedentes no serán aplicables a las ofertas de premios cuya cuantía anual sea igual o inferior a 100.000 yen por cada empresa que realice negocios con otras partes, y que se consideren razonables a la luz de las prácticas comerciales normales."¹³³⁷

10.253 La Notificación 17 de la JFTC establece un límite cuantitativo de 100.000 yen anuales al derecho de los fabricantes de determinados productos, incluidos los de materiales fotosensibles, a ofrecer premios en efectivo o de otro tipo (por ejemplo, bonos de compra) a mayoristas o minoristas como incentivo para que el mayorista o minorista comience a comercializar los productos del fabricante o cumpla otras condiciones establecidas por él. En virtud de una excepción a esta prohibición de la oferta de premios por una cuantía superior a 100.000 yen (punto 2-4) se permite a un fabricante ofrecer premios a los empleados de empresas distribuidoras y minoristas que tengan una vinculación especial con el fabricante (debido a inversiones de capital, vinculación entre las direcciones de una y otra empresa, etc.). La Notificación 17 de la JFTC fue derogada en abril de 1996 en el curso de la revisión de la Ley de Premios.

10.254 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos sostienen que la Notificación 17 de la JFTC es una medida gubernamental. Aunque admiten que la medida fue derogada en abril de 1996, afirman que otras disposiciones de la legislación japonesa privan de sentido a esa derogación. En concreto, los premios ofrecidos por los fabricantes a los mayoristas siguen sujetos a la Designación 9 de la Notificación 15 de 1982 de la JFTC¹³³⁸, es decir a la disposición que regula el uso de "incentivos injustificados" en el marco de la Ley Antimonopolio. Esa Designación prohíbe ofrecer premios de cuantía que exceda a la habitual a la luz de "las prácticas comerciales normales". Así pues, según los Estados Unidos, dado que la Notificación 17 de la JFTC establece la práctica del sector durante 19 años, en el mejor de los casos no es seguro que las restricciones aplicadas actualmente de conformidad con la Designación 9 difieran en absoluto de la situación existente en virtud de la Notificación 17.

10.255 El Japón sostiene que, aun cuando la Notificación 17 de la JFTC fue en su momento una medida gubernamental, esa medida fue derogada oficialmente en abril de 1996, por lo que, según el Japón, no hay ninguna medida gubernamental en litigio. En lo que respecta a la supuesta continuación de la aplicación de la política básica de la Notificación 17 de la JFTC mediante la Designación 9 de la Notificación 15 (1982) de la JFTC, el Japón responde que los Estados Unidos plantean extemporáneamente una "medida" o política no identificada específicamente en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y que por consiguiente excede del mandato del Grupo Especial. El Japón manifiesta además que, en virtud de la Designación 9 de la Notificación 15 de la JFTC, ha dejado de existir el nivel automático de activación de 100.000 yen y la carga de la prueba corresponde a la JFTC.

10.256 Observamos que ambas partes concuerdan en que en el período comprendido entre 1967 y 1996, la Notificación 17 de la JFTC fue una medida gubernamental. Observamos además que ambas coinciden asimismo en que la medida fue derogada en abril de 1996. Por consiguiente, lo que hemos de dilucidar es si debemos o no entrar a examinar lo que los Estados Unidos califican de continuación de la aplicación de la política de la Notificación 17 de la JFTC por medio de la Designación 9 de la Notificación 15 (1982) de la JFTC, habida cuenta de que la última no ha sido identificada especialmente en la solicitud de

¹³³⁷Ibíd., página 1.

¹³³⁸Designation 9 of Notification 15 (1982): "Inducing customers of a competitor to deal with oneself by offering unjust benefits in the light of normal business practice", Ex. 82-6 de los Estados Unidos.

establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos. En relación con esta cuestión, recordamos que la propia Notificación 17 de la JFTC tampoco había sido identificada específicamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, pero que decidimos considerarla incluida en nuestro mandato por tratarse de una medida adoptada de conformidad con la Ley de Premios, la cual a su vez había sido identificada específicamente en la solicitud. En cambio, la Notificación 15 de 1982 de la JFTC es una "medida" adoptada de conformidad con el artículo 2.9 de la Ley Antimonopolio de 1947. Aunque en la solicitud de establecimiento del grupo especial se citaba a la Ley Antimonopolio, se hacía referencia a ella únicamente en relación con una "medida" concerniente al personal volante, por lo que, constatamos que las "medidas" que no tuvieran relación con el personal volante (por ejemplo las relativas a la notificación de contratos internacionales y a la orientación sobre publicidad mediante ventas con pérdida y dumping) no estaban comprendidas en el ámbito de nuestro mandato. En consonancia con esta constatación, consideramos que tampoco la Designación 9 de la Notificación 15 de la JFTC está comprendida en el ámbito de nuestro mandato. Además, aunque consideráramos procedente tener en cuenta el argumento de los Estados Unidos según el cual la política en que se basaba la Notificación 17 (1967) de la JFTC ha seguido aplicándose mediante la Designación 9 de la Notificación 15 (1982) de la JFTC, observamos que los Estados Unidos no han demostrado que la política en que se basaba la Notificación 17 de la JFTC haya seguido aplicándose mediante las orientaciones administrativas aplicadas actualmente al amparo de la Designación.

10.257 *Ventaja resultante.* Los Estados Unidos aducen que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso al mercado japonés de las películas y el papel derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, y que los Estados Unidos no podían haber previsto en el momento de las negociaciones de la Ronda Kennedy las repercusiones de la Notificación 17 de la JFTC, debido a que en ese momento no se disponía de datos pertinentes en relación con las medidas que el Japón tenía intención de adoptar para aplicar su programa de "contramedidas" relativas a la liberalización. De forma análoga, los Estados Unidos aducen que en las fechas de la conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay no podían haber previsto las repercusiones de esa medida. Recordamos también la tesis japonesa según la cual los Estados Unidos no pueden alegar fundadamente la titularidad de expectativas legítimas de mejoramiento de acceso a los mercados porque las primeras concesiones hechas por el Japón en relación con las películas y el papel -que se limitaban a las películas y al papel en blanco y negro- datan de la fecha de la conclusión de la Ronda Kennedy el 30 de junio de 1967, que es posterior en más de un mes y medio a la publicación de la Notificación 17 de la JFTC el 10 de mayo de 1967. El Japón aduce también que *a fortiori* la medida debería haber sido prevista en las fechas de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay.

10.258 A nuestro parecer, dado que la publicación de la Notificación 17 de la JFTC es anterior a la finalización de la Ronda Kennedy, resulta difícil llegar a la conclusión de que no debe considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto la Notificación 17 de la JFTC antes de las primeras concesiones arancelarias hechas por el Japón en relación con las películas y el papel. Como hemos señalado antes, hay que considerar que los Estados Unidos tenían conocimiento de las reglamentaciones japonesas desde la fecha de su publicación. Aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones dispares en ellos hasta transcurrido algún tiempo desde su publicación, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso concurran esas circunstancias, sobre todo habida cuenta de que en 1967 ya se había consolidado en gran medida la estructura actual del mercado

japonés (había un número reducido de distribuidores primarios de películas y era habitual la distribución de una sola marca de películas), por lo que parece que los Estados Unidos deberían haber podido evaluar, en el momento en que se adoptó la medida, sus posibles repercusiones en el mercado japonés de películas. Así pues, no estamos convencidos de que los Estados Unidos hayan satisfecho la carga de demostrar que, en relación con la Notificación 17 de la JFTC, son titulares de expectativas legítimas, derivadas de la Ronda Kennedy, de un mejoramiento del acceso a los mercados. Consideramos que *a fortiori* este razonamiento es aplicable a las supuestas expectativas legítimas resultantes de las concesiones hechas en la Ronda de Tokio y en la Ronda Uruguay.

10.259 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos sostienen que, a pesar de todo ello, la Notificación 17 de la JFTC, que limita a la cantidad máxima anual de 100.000 yen (278 dólares en 1967), la cuantía de los premios que un fabricante puede conceder a un mayorista o minorista (o a un mayorista primario, un mayorista secundario o un minorista, según los casos) en relación con todos los productos objeto del comercio entre ambos, trastorna la relación de competitividad entre productos nacionales e importados. En opinión de los Estados Unidos, las empresas extranjeras que accedieron al mercado japonés o trataron de ampliar su cuota de mercado a raíz de las reducciones arancelarias y la liberalización de las importaciones no pudieron invertir en sus propias redes de distribución hasta el decenio de 1970, al suprimirse progresivamente las restricciones a la inversión. En consecuencia, las empresas extranjeras tuvieron que competir con los fabricantes japoneses para conseguir que los mayoristas y distribuidores existentes comercializaran sus productos. La Notificación 17 de la JFTC restringió la capacidad de las empresas extranjeras para competir con éxito con las japonesas por los servicios de los distribuidores japoneses al establecer un límite arbitrariamente bajo al valor de los premios que un fabricante podía ofrecer al año a un mayorista o minorista. Además, los Estados Unidos sostienen que los fabricantes extranjeros, que no tenían una relación directa con los mayoristas japoneses debido a la prescripción japonesa que obligaba a contratar con un único agente de importación, no podían prevalerse de la excepción del punto 2-4 de la Notificación 17 de la JFTC, que permitía ofrecer, sin ninguna limitación, premios a los empleados de empresas que tuvieran una relación exclusiva, de integración vertical, con el fabricante.

10.260 El Japón replica que la Notificación 17 de la JFTC no se refería únicamente al sector de los materiales fotográficos, sino que era aplicable a más de 100 sectores. En cualquier caso, sus normas sólo restringían las ofertas excesivas de premios a los distribuidores y no las demás actividades de promoción. La razón de ser de las limitaciones era que las ofertas excesivas podían socavar la competencia leal, con precios fijados libremente, en el sector de la distribución, e incrementar los gastos de distribución en perjuicio de los intereses de los consumidores. Esta Notificación de la JFTC no regulaba las ofertas a precios ventajosos, las rebajas y las ofertas de productos para contribuir a las actividades de promoción de las demás partes. El Japón sostiene, además, que los Estados Unidos interpretan erróneamente la naturaleza de la excepción prevista en el punto 2-4. Los premios ofrecidos a empleados de empresas que tenían una vinculación especial con la empresa fabricante, por razones de participación en el capital o de vinculaciones del personal directivo de ambas empresas, estaban exceptuados de esa regulación porque no eran distintos de los ofrecidos a los empleados de la propia empresa. La excepción sólo era aplicable a transacciones prácticamente idénticas a operaciones realizadas dentro de una misma empresa. Fuji y sus mayoristas primarios no habían podido acogerse a ella porque no existía entre ellos esa vinculación especial. Por último, en lo que respecta a los argumentos de los Estados Unidos sobre las restricciones aplicadas a la inversión, el Japón responde que si en el período previo a la liberalización de capitales Kodak hubiera deseado realizar inversiones para establecer y constituir una relación con cualesquiera mayoristas primarios de una sola marca podría haberlo hecho. Según el Japón, el importador exclusivo de Kodak, Nagase, podía invertir, y

de hecho invirtió, en la distribución, adquiriendo dos empresas que tenían la condición de mayoristas primarios; si lo hubiera deseado, podría legalmente haber hecho inversiones de capital en las empresas mayoristas primarias de Fuji. Según el Japón, las afirmaciones de los Estados Unidos según las cuales las restricciones aplicadas al capital habían obstaculizado los planes empresariales de Kodak carecen de sentido, puesto que Kodak no hizo uso prácticamente de ninguna de las posibilidades legales que se le ofrecían, ni durante el período en que se aplicaron restricciones a la inversión ni después de haberse suprimido esas restricciones.

10.261 Al analizar la cuestión del menoscabo y la relación causal, tomamos nota de que la Notificación 17 de la JFTC parece referirse a las actividades de promoción tanto en relación con los productos nacionales como con los extranjeros. La Notificación no está destinada específicamente a las importaciones ni hace referencia expresa a las películas y el papel fotográficos, aunque incluye los "materiales fotográficos" entre los numerosos productos de consumo a los que es aplicable. Aunque en un resumen para la prensa se hizo referencia a la necesidad de contrarrestar la influencia del capital estadounidense¹³³⁹, la aclaración de la JFTC cita como razones justificativas de la medida la existencia en la industria japonesa de excesos que provocan distorsiones en la competencia natural por precios, calidad y servicios ventajosos, así como las prácticas de venta predatorias propiciadas por el poder del capital.¹³⁴⁰

10.262 En conjunto, a nuestro parecer, de los datos disponibles se desprende que esta medida se dirige contra los posibles excesos en las actividades de promoción del sector de la distribución en general. Se ocupa de los premios excesivos ofrecidos por los fabricantes a los mayoristas y por los mayoristas a los minoristas, pero no pretende regular otros tipos de actividades de promoción, como las ofertas a precios ventajosos y las rebajas. Además, aunque no descartamos la posibilidad de que se demuestre qué medidas formalmente neutrales se aplican a los productos importados de una forma que trastorna la relación de competitividad entre productos nacionales e importados en detrimento de los últimos, los Estados Unidos no han podido citar ningún caso en el que la aplicación de la Notificación 17 de la JFTC haya tenido tal resultado con respecto a las películas o el papel estadounidenses. A este respecto, observamos que, en el período de que se trata, Kodak tenía una vinculación con un mayorista primario (Asanuma), que finalizó en 1975, al parecer a causa de la negativa de Kodak a negociar directamente con ese mayorista.¹³⁴¹ Los Estados Unidos no han acreditado que la imposibilidad de Kodak de ofrecer premios a los empleados de Asanuma fuera pertinente a la terminación de esa vinculación. Además, las afirmaciones hechas en este contexto por los Estados Unidos acerca de las repercusiones de las restricciones aplicadas por el Japón a las inversiones, en la medida en que respondan a

¹³³⁹Severe 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, página 25, Ex. 67-8 de los Estados Unidos, página 1. En su resumen para la prensa, la JFTC aclaraba que el objetivo primario de la Notificación 17 era a) la racionalización de la etapa de distribución y b) la eliminación de la superioridad basada en el poder de capital en la competencia por las ventas, y se indicaba que si el capital estadounidense practicaba una política de ofertas de premios dirigidos al sector japonés de la distribución, no habría posibilidad de competir para el Japón, por lo que deberían aplicarse restricciones que sirvieran de dique antes de la liberalización. *Ibid.*

¹³⁴⁰Restriction on Premium Offers to Businesses, JFTC, Premiums and Representations Inspection Division, Kosei Torihiki, julio de 1967, página 30, Ex. 67-10 de los Estados Unidos, página 2.

¹³⁴¹Affidavit of Takenosuke Katsuoka, Ex. A-11 del Japón, páginas 2-4.

la realidad¹³⁴², no demuestran nada en relación con la aplicación de la Notificación 17 de la JFTC. Por último, en cuanto a la excepción prevista en el punto 2-4 de la Notificación 17 de la JFTC, de los datos se desprende que ni la propia excepción ni su aplicación entrañan ningún tipo de discriminación para las películas o el papel importados. Aunque parece que Kodak no podía prevalerse de esta excepción, debido a la estructura de sus relaciones de distribución, lo mismo ocurría en el caso de Fuji.

10.263 En consecuencia, las pruebas que se nos han presentado no nos han persuadido de que la Notificación 17 de la JFTC y su aplicación en el sector japonés de materiales fotográficos (en la medida en que se haya aplicado) hayan trastornado la relación de competitividad entre las películas y el papel importados y estadounidenses en el mercado japonés, por haber impedido a Kodak establecer relaciones de distribución en ese mercado. Por lo tanto, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que la Notificación 17 de la JFTC anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.264 Así pues, aunque los Estados Unidos han demostrado que la Notificación 17 de la JFTC es una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, se trata de una medida que ya no está en vigor. Además, los Estados Unidos no han demostrado que no deba considerarse que hayan previsto la Notificación 17 en relación con las expectativas de ese país derivadas de la Ronda Kennedy respecto de las películas y el papel en blanco y negro, ni que esa Notificación anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos con respecto a las películas y el papel en blanco y negro. En lo que respecta a las películas y el papel fotográficos en color, los Estados Unidos no han demostrado la concurrencia de ninguno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII, salvo el de que la Notificación es una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

c) Notificación 5 de 1977 de la JFTC sobre ofertas de premios a los consumidores

10.265 La tercera "medida" relativa a la promoción citada por los Estados Unidos es la Notificación 5 de la JFTC sobre restricciones aplicadas a las ofertas de premios a los consumidores, de 1º de marzo de 1977 ("Notificación 5 de la JFTC").¹³⁴³ Esta Notificación fue publicada de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Premios y fue modificada por la Notificación 2 de la JFTC de 16 de febrero de 1996 (que suprimió el tope de 50.000 yen para los premios a todos los compradores). Con determinadas excepciones que se refieren, entre otras cosas, a las muestras, los cupones de descuento, los artículos entregados con ocasión de la apertura de un negocio (todos ellos siempre que "se consideren razonables a la luz de las prácticas comerciales normales"), la Notificación 5 de la JFTC, en la parte pertinente, establece lo siguiente:

"1. El valor de los premios ofrecidos a los consumidores en general, excluyendo los sorteos y los concursos [...] no excederá del 10 por ciento del valor de la

¹³⁴²A este respecto, tomamos nota de la referencia que hace el Japón a una declaración del Presidente de Kodak Japan, Sr. Albert Sieg, en una entrevista realizada en 1988: "Ha sido un error patente esperar tanto para desarrollar una actividad dinámica en este mercado. Podíamos haberlo hecho hace 10 años. Es evidente que la actividad de nuestros competidores japoneses ha cobrado un gran impulso, y que nuestra tarea será mucho más difícil." *A Century of Sales, in Taking on Japan (1988)*, páginas 35-39. El Japón indica además que, ya en 1971, Kodak podía haber constituido una empresa conjunta con una participación del 50 por ciento en su capital, como Kodak Nagase (constituida en 1986).

¹³⁴³Ex. D-32 del Japón.

transacción a que se refiera el ofrecimiento de premios (no obstante, si ese importe es inferior a 100 yen, el límite será de 100 yen), siempre que ello se considere razonable habida cuenta de las prácticas comerciales normales."¹³⁴⁴

10.266 Recordamos la afirmación de los Estados Unidos de que la Notificación 5 de la JFTC restringe considerablemente la oferta de premios a los consumidores en relación con las películas y el papel fotográficos. Según los Estados Unidos, dado el precio relativamente bajo de las películas y el papel, el valor de cualquier premio que respete las restricciones de la JFTC sería insignificante.

10.267 *Aplicación de la medida.* En este punto hay acuerdo en que la Notificación 5 de la JFTC es una medida gubernamental y que sigue aún en vigor, aunque, como se ha indicado antes, fue modificada en febrero de 1996, con la supresión del límite máximo de 50.000 yen para los premios a todos los compradores. Por consiguiente, constatamos que esta Notificación es una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.268 *Ventaja resultante.* Recordamos que los Estados Unidos sostienen que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en la Ronda Kennedy, en la Ronda de Tokio y en la Ronda Uruguay. En particular, los Estados Unidos aducen que en la fecha de la conclusión de las negociaciones de la Ronda Kennedy no podían haber previsto la Notificación 5 de la JFTC, ya que ésta no fue publicada hasta 1977. No había ningún motivo por el que los Estados Unidos pudieran o debieran haber sabido que el Japón adoptaría esa medida. De forma análoga, los Estados Unidos mantienen que no podían haber previsto las repercusiones de esta medida en la fecha de conclusión de la Ronda de Tokio y de la Ronda Uruguay (aunque esas Rondas finalizaron después de haber sido adoptada la medida).

10.269 El Japón replica que la Ley de Premios fue promulgada en 1962 y que la Notificación 5 de la JFTC era simplemente un reglamento de desarrollo de las normas generales establecidas en esa Ley. Según el Japón, los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente ese desarrollo de las normas generales establecidas en la Ley de Premios, puesto que carecían de fundamento legítimo para esperar que los premios excesivos siguieran sin ser objeto de regulación, o que la Ley de Premios no fuera firmemente aplicada. El Japón alega además que *a fortiori* la medida debería haber sido prevista razonablemente con anterioridad a las concesiones hechas por el Japón al finalizar la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay.

10.270 Al analizar si los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente esta medida, recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones, a falta de razones para llegar a una conclusión contraria. En relación con la cuestión que estamos examinando, no estamos convencidos de que la existencia de la Ley de Premios implique que deba considerarse que los Estados Unidos hayan previsto la forma concreta y las condiciones en las que se regulan los premios en la Notificación 5. No obstante, las expectativas legítimas de los Estados Unidos, en caso de existir, se limitan a las películas y el papel en blanco y negro.

10.271 Con respecto a las concesiones hechas en la Ronda de Tokio y en la Ronda Uruguay, que son posteriores a la medida, resulta difícil no llegar a la conclusión de que los Estados

¹³⁴⁴Ibíd., página 1.

Unidos deberían haber previsto esta medida ya en vigor. Además, aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones dispares sobre esos productos hasta transcurrido algún tiempo después de la publicación inicial de la medida, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso concurren esas circunstancias. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que, en relación con la Notificación 5 de la JFTC, sean titulares de expectativas legítimas de un mejoramiento del acceso de las películas y el papel fotográficos a los mercados resultantes de las concesiones hechas en la Ronda de Tokio o en la Ronda Uruguay.

10.272 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos mantienen que la imposición por la JFTC de nuevas restricciones a la utilización de premios trastornó la relación de competitividad entre productos importados y nacionales después de la Ronda Kennedy, al limitar considerablemente los incentivos que las empresas pueden utilizar para interesar por sus productos a distribuidores, minoristas y consumidores. Con respecto, concretamente, a la Notificación 5 de la JFTC, los Estados Unidos aducen que la imposición de límites al valor de las ofertas de premios restringió considerablemente la oferta a los consumidores en general de premios en relación con las películas y el papel fotográficos, y que dado el precio relativamente bajo de esos productos, el valor de cualquier premio que respetara las restricciones de la JFTC sería insignificante. Los Estados Unidos, aun admitiendo que la Notificación 5 de la JFTC es a primera vista neutral, aducen que su aplicación pretendía tener, y de hecho ha tenido, repercusiones distintas sobre el papel y las películas importadas. En particular, los Estados Unidos sostienen que esa medida contribuye a preservar la posición dominante de los fabricantes japoneses de películas y papel al protegerles de importantes formas de competencia basadas en la promoción. En síntesis, según los Estados Unidos, la Notificación 5 de la JFTC, en unión de otras, tiene un "efecto de bloqueo" de la capacidad de los productores extranjeros para realizar actividades de promoción suficientes para poder competir eficazmente con las marcas nacionales dominantes.

10.273 El Japón responde lo siguiente: en primer lugar, la Ley de Premios y las Notificaciones de la JFTC son neutrales en cuanto al comercio, ya que la regulación de los premios y de las representaciones que contienen son aplicables indistintamente a los productos importados y nacionales; en segundo lugar, no hay en las restricciones a los premios excesivos o en las representaciones que inducen a error ningún elemento intrínsecamente desfavorable a las importaciones, ni éstas, por su naturaleza han de basarse especialmente en representaciones que inducen a error o premios excesivos; en tercer lugar, no se ha producido el alegado "efecto de bloqueo", dado que las reglamentaciones no son menos favorables a los productos importados o a los productos a los que corresponde una cuota menor de mercado que a los nacionales; en cuarto lugar, no hay nada que impida a los fabricantes de películas extranjeras promover sus productos invirtiendo las cantidades que deseen en publicidad, o compitiendo en precio y calidad, o mediante premios ajustados a la Ley y representaciones que no induzcan a error¹³⁴⁵; y en quinto lugar, aun en el caso de que se flexibilizara la regulación, esa flexibilización no tendría necesariamente que beneficiar a las marcas que tratan de abrirse paso en el mercado, ya que las marcas dominantes responderían a su vez con actividades agresivas de promoción. En todo caso, el Japón aduce que, en 1996, en el curso de una revisión de las reglamentaciones adoptadas de conformidad con la Ley de Premios, la JFTC racionalizó su norma general sobre premios

¹³⁴⁵Según el Japón, los Estados Unidos hacen hincapié frecuentemente en la situación de desventaja en que se considera que se encuentra una marca que trata de imponerse respecto de una marca dominante, y no a la competencia en el mercado entre marcas importadas y nacionales.

excesivos, suprimió las restricciones a las ofertas de premios a las empresas y elevó el tope máximo de los premios.

10.274 En relación, en concreto, con la competencia de precios, recordamos la manifestación del Japón de que las películas Kodak (la principal marca extranjera) suelen venderse al por menor con sustanciales descuentos sobre el precio de venta al por menor propuesto por el fabricante, y que aunque la publicidad de Kodak no es tan intensa como la de sus competidores nacionales, esta empresa realiza campañas intensas de publicidad centradas en objetivos muy concretos, "con resultados previsibles". El Japón señala que la intensa campaña de publicidad y promoción realizada en Nagano, sede de los Juegos Olímpicos de Invierno de 1998 (de los que una de las empresas patrocinadoras era Kodak) tuvo por consecuencia la duplicación de la cuota de mercado de la empresa en esa zona. Los Estados Unidos responden que la capacidad de los fabricantes extranjeros de utilizar descuentos en los precios para ampliar su presencia en el Japón se ha visto bastante limitada, ya que frecuentemente las reducciones de los precios efectuadas por los fabricantes de los materiales fotográficos extranjeros, incluidos Kodak y Agfa, no se han trasladado a los consumidores en las ventas al por menor. Por ejemplo, según los Estados Unidos, Kodak ha reducido desde 1986 sus precios en un 56 por ciento, lo que representa una disminución sustancialmente mayor que las de sus competidores japoneses, pero esa reducción de los precios no ha repercutido prácticamente en los precios pagados por los consumidores en el mercado. Los Estados Unidos añaden que esta falta de competencia en precios se refleja en el hecho de que el índice japonés de los precios de consumo de películas fotográficas no ha registrado apenas variaciones en un período de siete años, entre 1989 y 1996.

10.275 Al analizar las cuestiones del menoscabo y la relación causal, observamos que el texto de la Notificación 5 de la JFTC parece dirigirse indistintamente a las prácticas de fabricantes nacionales y extranjeros, distribuidores y minoristas, así como a las empresas instaladas en el mercado y a las que acaban de entrar en él. La Notificación no se refiere específicamente a las importaciones, ni hace ninguna referencia a las películas y el papel fotográficos, ni está destinada por cualquier otro concepto a ellos. Las pruebas indican que esta medida limita un tipo determinado de actividades de promoción, y concretamente, el valor de los premios (en porcentaje del valor de cada transacción) que pueden ser ofrecidos a los consumidores en general por fabricantes, distribuidores y minoristas, pero no regula otras formas de promoción, como las ofertas a precios ventajosos, las rebajas o la publicidad en general. Aunque somos conscientes de que los competidores que tienen una pequeña cuota de mercado en un mercado oligopólico tienen necesidad de realizar actividades de promoción en general, consideramos significativo que la Notificación 5 de la JFTC y las demás "medidas" concretas citadas por los Estados Unidos no limiten los gastos generales de publicidad ni la competencia de precios en general.

10.276 Volviendo al primer aspecto de la importancia que reviste para un vendedor de películas y papel importados en el Japón la posibilidad de ofrecer premios a los consumidores al por menor, observamos que los Estados Unidos dan a entender que la capacidad de ofrecer premios a los compradores al por menor es imprescindible porque los minoristas y distribuidores no repercuten en los precios cobrados a los consumidores la reducción de los precios al por mayor. No obstante, aunque no es evidente que Kodak haya hecho en general una publicidad tan intensa como las empresas nacionales, hay pruebas de que cuando Kodak hizo campañas intensas de publicidad (en la región de Nagano) su cuota de mercado aumentó.¹³⁴⁶ De ello se desprende que la oferta de premios a los consumidores

¹³⁴⁶Los Estados Unidos no rechazan la afirmación del Japón de que la intensa campaña de publicidad y promoción de Kodak en Nagano dio lugar a que se duplicara su cuota de mercado en la región.

no es imprescindible para tener éxito en el mercado japonés. Al mismo tiempo, aun cuando las actividades similares a los de los cárteles de los minoristas del Japón puedan dar lugar a la contención de la competencia de precios y a que las rebajas hechas por los fabricantes a los distribuidores o minoristas no se trasladen a los precios cobrados a los consumidores, y aun cuando esa actividad pueda afectar a las importaciones de los fabricantes extranjeros de forma desproporcionada, los Estados Unidos no han demostrado -y ni siquiera han alegado- que esa actividad privada contraria a la competencia, en la medida en que exista, sea imputable a medidas gubernamentales, por lo que nos abstendremos de examinar esa hipótesis en el contexto del presente asunto.

10.277 Como hemos indicado antes, la Notificación 5 de la JFTC se aplica indistintamente a los productos nacionales e importados. No obstante, no descartamos la posibilidad de que se demuestre que una medida que parece formalmente neutral en cuanto al origen de los productos se aplique en una forma que trastorne la relación de competitividad entre los productos nacionales e importados en perjuicio de los últimos. A este respecto, los Estados Unidos citan en sus alegaciones dos ejemplos, en relación con el Código de los Minoristas, que afectan a las ofertas de premios a los compradores al por menor. Como aclararemos al analizar posteriormente el Código de los Minoristas, no consideramos que esos ejemplos demuestren que las limitaciones japonesas a las ofertas de premios a los consumidores al por menor hayan dado lugar a un trastorno de la relación de competitividad entre las películas y el papel nacionales y estadounidenses en el mercado japonés. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que la Notificación 5 de la JFTC anule o menoscabe ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.278 Así pues, aunque puede considerarse que la Notificación 5 de la JFTC constituye una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, los Estados Unidos no han demostrado que no deba considerarse que la hubieran previsto, ni que la medida anule o menoscabe ventajas resultantes para ese país con respecto a las películas y el papel en blanco y negro. Con respecto a las películas y el papel en color, los Estados Unidos sólo han demostrado que concurre uno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII: la existencia de una medida.

d) Orientación de 1981 de la JFTC sobre personal volante

10.279 La cuarta "medida" relativa a la promoción citada por los Estados Unidos es la Orientación de la JFTC de diciembre de 1981 en la que se recomienda el establecimiento de normas sobre la utilización de personal volante ("Orientación de la JFTC sobre personal volante").¹³⁴⁷ En octubre de 1979 la JFTC propuso y el Consejo de Ministros aprobó el establecimiento de una Oficina del Sector de la Distribución ("DSO") para "realizar funciones relativas a las designaciones de prácticas comerciales desleales en relación con la distribución".¹³⁴⁸ Tras su establecimiento, la DSO estudió 16 sectores de actividad, y publicó en diciembre de 1981 sus constataciones sobre las cámaras y los artículos fotográficos, en las que aconsejaba "al sector de las cámaras, materiales fotográficos, laboratorios de fotografía en color y a los sectores conexos" que abordaran los "problemas" generados por el envío por los fabricantes de empleados a grandes almacenes. La supuesta orientación administrativa tiene la forma de una declaración de un funcionario de la DSO de la JFTC, formulada en un artículo titulado "La situación de la distribución de cámaras fotográficas". En la parte

¹³⁴⁷Kosugi Misao, Trade Practices Department, Distribution Sector Office JFTC, Status of Distribution of Cameras, Kosei Torihiki, N° 377, marzo de 1982, páginas 45-49, Ex. 82-3 de los Estados Unidos, página 8.

¹³⁴⁸Cabinet Order N° 43 of 1979, Ex. 79-1 de los Estados Unidos.

pertinente del artículo se dice lo siguiente:

"La JFTC está dando orientaciones a las industrias de las cámaras y los accesorios fotográficos, a los laboratorios fotográficos en colores y a las ramas de actividad conexas para que estudien la utilización de medidas de autorregulación con respecto al envío permanente de vendedores, a fin de no ir demasiado lejos en lo que se refiere a los métodos de promoción de las ventas de los fabricantes o a los actos basados en el poder adquisitivo de las tiendas de gran volumen de ventas."¹³⁴⁹

10.280 En opinión de los Estados Unidos, el envío de personal constituye un incentivo económico insustituible entre empresas: reduce los costos de mayoristas y minoristas y les permite de esa forma aumentar las ventas sobre la base de reducciones de los costos o los precios que repercuten en el escalón inferior de la línea de distribución. Recordamos también que el Japón ha respondido que la industria fotográfica estaba elaborando normas relativas al envío de personal ya antes de que, en diciembre de 1981, la JFTC publicara los resultados del "Estudio sobre la distribución de la industria de cámaras fotográficas".

10.281 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos sostienen que la Orientación de la JFTC sobre personal volante es una medida que adopta la forma tradicional en el Japón de una orientación administrativa y que sigue aún en vigor. El Japón aduce que aunque esa declaración de un funcionario de la JFTC podría haber constituido un tipo de orientación administrativa en el más amplio sentido del término, no se trata del tipo de orientación administrativa que quepa considerar que equivale sustantivamente a una medida formalmente vinculante, ya que ni establece incentivos o desincentivos suficientes para que los particulares actúen en un sentido determinado, ni la aplicación de la orientación depende de la intervención del Gobierno. Además, según el Japón, esa orientación, en el grado en que haya sido alguna vez una medida, no está actualmente en vigor.

10.282 Nuestro análisis de la Orientación de la JFTC sobre personal volante se ciñe, en primera instancia, a determinar si debe considerarse o no que esta "Orientación" forma parte del tipo de orientaciones administrativas que cumplen los requisitos de una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Observamos que ninguna de las partes ha dedicado demasiado espacio a analizar esta cuestión. No obstante, señalamos que la declaración pertinente del funcionario de la JFTC hace referencia expresa a "orientaciones" y aconseja a la industria de materiales fotográficos (o a una parte sustancial de esa rama de actividad) que "estudien la utilización de Medidas de autorregulación con respecto al envío permanente de vendedores [...]". Dada la referencia expresa a orientaciones a la industria de los accesorios fotográficos que hace el órgano del Gobierno que tiene a su cargo la aplicación de la Ley Antimonopolio y de la Ley de Premios, consideramos razonable suponer, a falta de argumentos sustanciales en contrario, que esta Orientación de la JFTC sobre personal volante se ajusta al criterio que hemos establecido en relación con las medidas gubernamentales en nuestro análisis general del párrafo 1 b) del artículo XXIII. El hecho de que la Orientación fuera seguida avala esta conclusión. En consecuencia, constatamos que la Orientación de la JFTC sobre personal volante es una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Asimismo, a falta de cualquier indicación de que esta medida haya sido anulada, constatamos que sigue aún en vigor, aunque señalamos que es posible que su significación sea mínima, dado que la cuestión es actualmente objeto de las Medidas de autorregulación que se describen en la sección siguiente.

10.283 *Ventaja resultante.* Recordamos la alegación de los Estados Unidos de que las

¹³⁴⁹Ex. 82-3 de los Estados Unidos, página 8.

ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel fotográficos derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, y de que, en particular, los Estados Unidos no podían haber previsto al término de la Ronda Kennedy la medida, ni que dentro de los dos años siguientes a la conclusión de la Ronda de Tokio, la JFTC publicaría la Orientación sobre personal volante. Los Estados Unidos aducen también que son titulares de expectativas legítimas resultantes de las concesiones hechas por el Japón en la Ronda Uruguay, ya que incluso en 1994 no eran conscientes de las repercusiones que esta Orientación estaba teniendo en el mercado japonés de películas fotográficas.

10.284 El Japón responde que los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente esta Orientación en el marco del proceso continuo de aplicación de la Ley de Premios por el Gobierno. El Japón aduce que *a fortiori* los Estados Unidos deberían haber previsto razonablemente la medida en la fecha de conclusión de la Ronda Uruguay.

10.285 La Orientación de la JFTC sobre personal volante se publicó en enero de 1981, es decir, después de la conclusión tanto de la Ronda Kennedy como de la Ronda de Tokio. En consonancia con el análisis que hemos hecho anteriormente de las diversas medidas, no estimamos que deba considerarse que los Estados Unidos hubieran previsto razonablemente en las fechas de la conclusión de la Ronda Kennedy o de la Ronda de Tokio la aplicación concreta de la Ley de Premios que se materializa en la Orientación de la JFTC sobre personal volante. En consecuencia, constatamos que, en relación con la Orientación de la JFTC sobre personal volante, los Estados Unidos han demostrado la existencia de expectativas legítimas de mejoramiento de acceso a los mercados resultantes de las concesiones arancelarias otorgadas por el Japón durante la Ronda Kennedy y la Ronda de Tokio. Esas expectativas se refieren exclusivamente a las películas y el papel en blanco y negro en el caso de la Ronda Kennedy, pero abarcan la gama completa de los productos en litigio en el caso de la Ronda de Tokio.

10.286 Con respecto a las concesiones del Japón en la Ronda Uruguay, que se efectuaron con posterioridad a la medida, resulta difícil llegar a la conclusión de que no deba considerarse que los Estados Unidos hayan previsto estas medidas ya en vigor. Una vez más señalamos que, aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones dispares en ellos hasta transcurrido algún tiempo desde su publicación inicial, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso concurren esas circunstancias. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que, en relación con la Orientación de la JFTC sobre personal volante, sean titulares de expectativas legítimas de mejoramiento del acceso a los mercados resultantes de las concesiones de la Ronda Uruguay.

10.287 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos aducen que la Orientación de la JFTC sobre personal volante da lugar a la aplicación de restricciones a un incentivo económico insustituible entre las empresas. Según los Estados Unidos, el hecho de que los fabricantes y distribuidores puedan enviar empleados a los minoristas reduce los costos de esos minoristas y, por consiguiente, permite un aumento de las ventas basado en reducciones de costos o de precios que repercuten en el escalón inferior de la línea de distribución. El Japón responde que la industria fotográfica estaba ya preparando normas relativas al envío de personal antes de que, en diciembre de 1981, la JFTC publicara los resultados del "Estudio sobre la distribución de la industria de cámaras fotográficas" (párrafo 5.249). Además, según el Japón, la Orientación concreta en litigio no está destinada a los sectores de las películas y el papel de la industria de materiales fotográficos.

10.288 Cabe sostener que la Orientación de la JFTC sobre personal volante llevó a las Medidas de autorregulación que se analizan en la sección próxima. Esas medidas contienen limitaciones al envío de personal y por consiguiente aplican de hecho la Orientación. No obstante, analizamos en esta sección los efectos de las medidas que limitan el envío de personal porque los Estados Unidos abordan la cuestión en relación con estas medidas, y no con las Medidas de autorregulación. En primer lugar, observamos que hay discrepancia entre las partes en cuanto a si esta Orientación se aplica o no a los sectores de las películas y el papel. La Orientación se aplica "a las industrias de las cámaras y los accesorios fotográficos, a los laboratorios fotográficos en colores y a las ramas de actividad conexas".¹³⁵⁰ En ella no se hace referencia expresa a los sectores de las películas y el papel. Aunque es posible que esos sectores se consideraran vinculados por la Orientación como "ramas de actividad conexas", según la expresión utilizada en ella, recordamos que en las Directrices de 1970 se afirmaba que era poco frecuente que hubiera personal volante en los establecimientos de venta al por menor de materiales fotográficos. En consecuencia, caben dudas acerca de si esta Orientación estaba destinada a los sectores de las películas y el papel fotográficos.

10.289 En la medida en que la Orientación sea aplicable a los sectores de las películas y el papel, observamos que, al propugnar la utilización de medidas de autorregulación con respecto al envío permanente de vendedores, la Orientación de la JFTC sobre personal volante puede limitar un tipo de actividad de promoción. No obstante los Estados Unidos no han aportado al Grupo Especial ninguna prueba que acredite en qué forma esta medida concreta ha tenido efectos desfavorables sobre los esfuerzos de los fabricantes de películas y papel extranjeros para comercializar sus productos en el Japón. Como se ha indicado ya, hay pruebas de que la utilización de personal volante en el sector de las películas y el papel no es significativa.

10.290 Como hemos señalado también antes, esta medida, a juzgar por sus propios términos, afecta por igual a los productos nacionales e importados. No obstante, no descartamos la posibilidad de que se demuestre que una medida que parece formalmente neutral en cuanto al origen de los productos se aplique de una forma que trastorne la relación de competitividad entre los productos nacionales y extranjeros en detrimento de las importaciones. No tenemos constancia de que esto haya ocurrido en el caso de esta medida.

10.291 La falta de pruebas de la existencia de ese tipo de repercusiones, unida a la declaración del Japón -no refutada por los Estados Unidos- según la cual la industria fotográfica estaba ya preparando normas en esta esfera antes de la Orientación de la JFTC, nos lleva a constatar que los Estados Unidos no han demostrado que la aplicación de la Orientación de la JFTC sobre personal volante haya anulado o menoscabado ventajas resultantes para ese país en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.292 Así pues, puede estimarse que la Orientación de la JFTC sobre personal volante constituye una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII y que los Estados Unidos han demostrado que no debe considerarse que hubieran previsto la medida en relación con las películas y el papel en blanco y negro, en lo que respecta a las expectativas derivadas de la Ronda Kennedy y en relación con toda la gama de productos en litigio en el caso de la Ronda de Tokio, pero no han demostrado que la medida anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. En lo que respecta a la Ronda Uruguay, los Estados Unidos sólo han demostrado la

¹³⁵⁰Ex. 82-3 de los Estados Unidos, página 8.

conurrencia de uno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII: la existencia de una medida.

e) Las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales y el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio, de 1982

10.293 La quinta y sexta "medidas" relativas a la promoción citadas por los Estados Unidos son las Medidas de autorregulación relativas a la lealtad en el comercio con empresas, publicadas en junio de 1982 ("Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales")¹³⁵¹ y el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio el 23 de diciembre de 1982.¹³⁵² Dada la estrecha interrelación de esas dos "medidas", las analizaremos conjuntamente en la presente sección.

10.294 Las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales, que se describen en la parte II, se refieren i) al envío por los fabricantes o mayoristas de personal a los minoristas para la promoción de las ventas u otras operaciones de venta, y ii) a las normas sobre las cantidades y las aportaciones destinadas a la promoción.

10.295 El Consejo de Promoción Leal del Comercio fue establecido por el sector fotográfico japonés el 23 de diciembre de 1982. Según sus Estatutos, el Consejo tiene por objeto, entre otras cosas, establecer un orden equitativo de las transacciones en el sector de la fotografía y promover y aplicar las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales.¹³⁵³ Forman parte del Consejo seis agrupaciones: Zenren (Asociación de Comerciantes al por Menor), Shashoren (Asociación de los Distribuidores de Materiales Fotosensibles), Zenraboren, la Asociación de Fabricantes de Materiales Fotosensibles, la Asociación de la Industria de Cámaras Fotográficas y la Asociación de la Industria de Accesorios. Según el artículo 17 de los Estatutos, el "establecimiento o anulación de disposiciones de estos Estatutos y de funciones de este Consejo requerirá la aprobación previa de la Comisión de Comercio Leal del Japón".¹³⁵⁴

10.296 *Aplicación de las medidas.* La cuestión que hay que dilucidar es si el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio y la publicación y aplicación de las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales son imputables al Gobierno del Japón (en concreto a la JFTC). Recordamos las afirmaciones de los Estados Unidos de que la JFTC dirigió a la industria fotográfica nacional una orientación administrativa en la que invitaba a adoptar Medidas de autorregulación en relación con el personal volante (la anterior medida examinada) y estableció posteriormente el Consejo de Promoción Leal del Comercio mediante una orientación administrativa. En relación con esta última afirmación, hay que señalar que una directiva del Consejo de Promoción Leal del Comercio declara lo

¹³⁵¹Camera Times, "Self-Regulating Measures Regarding Making Business Dealings with Trading Partners Fair" ("Self-Regulating Rules on Fairness in Trade"), 22 de junio de 1982, Ex. 82-8 de los Estados Unidos, páginas 1-3.

¹³⁵²The National Photography Industry Fair Trade Promotion Council Articles of Association, 23 December 1982, see: Fair Trade Promotion Council Established: "An Attempt to Improve the Structure of the Industry" Fujimori Masao (Misuzu) Appointed Chairman of the Council, in: Zenren Tsuho, enero de 1983, páginas 46-47, Ex. 83-3 de los Estados Unidos, páginas 2 y siguientes.

¹³⁵³El Consejo publicó también las Normas de autorregulación sobre la indicación de los precios del revelado de las películas negativas en color (15 de mayo de 1984), Ex. 84-4 de los Estados Unidos (véase *infra*).

¹³⁵⁴Ex. 83-3 de los Estados Unidos.

siguiente:

"este Consejo fue establecido en diciembre de 1982 bajo la orientación de la Comisión de Comercio Leal del Japón con el objetivo de garantizar un sistema comercial equitativo en el sector fotográfico, intensificando el intercambio de ideas y el entendimiento entre las empresas y contribuyendo al desarrollo del sector".¹³⁵⁵

Los Estados Unidos añaden que el artículo 17 de los Estatutos del Consejo de Promoción Leal del Comercio aclara que la JFTC supervisa las actividades del Consejo. Con arreglo a ese artículo "el establecimiento o anulación de disposiciones de estos Estatutos y de funciones de este Consejo requerirá la aprobación previa de la Comisión de Comercio Leal del Japón".¹³⁵⁶ Además, a juicio de los Estados Unidos, en el artículo 4 de los Estatutos se refleja expresamente la delegación de competencias de la JFTC al Consejo de Promoción Leal del Comercio, al que se confieren una serie de facultades de ejecución:

"Con el fin de alcanzar los objetivos descritos en el artículo 3 anterior, el Consejo creará un comité que tendrá las siguientes funciones: [...] garantizar un orden equitativo de transacciones entre todos los elementos del sistema de distribución, fabricantes, mayoristas y minoristas. [...] Adoptar las medidas necesarias contra quienes infrinjan las Medidas de autorregulación. [...] Mantener la conexión con las autoridades gubernamentales competentes. [...] Todas las demás funciones necesarias para alcanzar los objetivos del Consejo."¹³⁵⁷

Los Estados Unidos sostienen, además, que los efectos de los códigos de competencia leal y de las actividades de los consejos de comercio leal, incluidos los de la actuación de las asociaciones comerciales en el ámbito de un código o consejo, son imputables al Gobierno japonés, ya que los códigos y consejos deben ser aprobados por la JFTC. Concretamente, el párrafo 1) del artículo 10 de la Ley de Premios establece lo siguiente:

"Tras obtener la 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."¹³⁵⁸

Los Estados Unidos señalan que según el párrafo 3) de ese mismo artículo la aplicación de los códigos y el funcionamiento de los consejos están sujetos a la supervisión de la JFTC, y el párrafo 5) exime a sus actividades de la aplicación de las normas antimonopolio. Según el párrafo 5) del artículo 10 de la Ley de Premios, la Ley Antimonopolio no será aplicable "a los códigos de competencia leal autorizados [...] ni a los actos realizados por las empresas o por una asociación comercial de conformidad con dichos códigos".¹³⁵⁹

¹³⁵⁵National Photographic Industry Fair Trade Promotions Council, Notice N° 1, 29 de agosto de 1992, Ex. 92-7 de los Estados Unidos.

¹³⁵⁶Ex. 83-3 de los Estados Unidos.

¹³⁵⁷Ibíd., página 2.

¹³⁵⁸Premiums Law, Ex. 62-6 de los Estados Unidos.

¹³⁵⁹Ibíd.

10.297 El Japón replica que la autorregulación del sector pertenece al ámbito de la actuación del sector privado y no es una medida gubernamental. Según el Japón, el Consejo de Promoción Leal del Comercio es una organización del sector privado, creada por la industria de las cámaras fotográficas para aplicar normas voluntarias sobre personal volante, y carece de facultades gubernamentales. El Japón señala que la afiliación al Consejo no es discriminatoria y que pueden formar parte de él entidades nacionales y extranjeras; Kodak forma parte de él, en su calidad de miembro de la Asociación de Fabricantes de Cámaras Fotográficas. El Japón añade que, aunque los instrumentos del Consejo utilizan las expresiones "aprobación" y "orientación", y el Consejo puede declarar que recabará la aprobación de la JFTC o seguirá sus orientaciones, esas referencias no implican la delegación por la JFTC de ninguna facultad al Consejo. Además, el Japón sostiene que la JFTC no tiene capacidad legal para aprobar los acuerdos en que se basa el Consejo de Promoción Leal del Comercio; la intervención de la JFTC en relación con la aplicación por el Consejo de las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales, en particular en cuanto se refieren al personal volante, consistió en la manifestación no vinculante de la opinión de la JFTC de que el acuerdo no infringiría automáticamente la Ley Antimonopolio. Además, según el Japón, las medidas adoptadas por el Consejo al amparo de un código aprobado no están exentas de la aplicación de disposiciones sustantivas, relativas a la prohibición de prácticas comerciales desleales, de la Ley Antimonopolio. La única consecuencia jurídica de la aprobación por la JFTC es que ésta debe revocar la aprobación antes de aplicar la Ley Antimonopolio a un código aprobado o a las medidas de aplicación del mismo.

10.298 Al analizar la cuestión de si debe o no considerarse que el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio y la publicación y aplicación de las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales son medidas imputables al Gobierno japonés, observamos, en primer lugar, que de los documentos que acreditan las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales y el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio se desprende que tanto las Medidas concretas de autorregulación como el propio Consejo son en gran medida fruto de decisiones de asociaciones privadas del sector. Por el contrario, puede observarse también que en la Ley de Premios, la Orientación de la JFTC sobre personal volante, los Estatutos del Consejo de Promoción Leal del Comercio (así como una directiva posterior del Consejo) y las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales sugieren la existencia de una conexión sustancial entre la JFTC y esas dos supuestas "medidas". Recordamos a este respecto que un funcionario de la JFTC declaró en 1981 lo siguiente:

*"la JFTC está dando orientaciones a las industrias de las cámaras y los accesorios fotográficos, a los laboratorios fotográficos en colores y a las ramas de actividad conexas para que estudien la utilización de Medidas de autorregulación con respecto al envío permanente de vendedores, a fin de no ir demasiado lejos en lo que se refiere a los métodos de promoción de las ventas de los fabricantes o a los actos basados en el poder adquisitivo de las tiendas de gran volumen de ventas" (la cursiva es nuestra).*¹³⁶⁰

Recordamos asimismo que en 1992 una directiva del Consejo de Promoción Leal del Comercio declaraba lo siguiente:

"Este Consejo fue establecido en diciembre de 1982 bajo la orientación de la Comisión de Comercio Leal del Japón con el objetivo de garantizar un sistema comercial equitativo en la

¹³⁶⁰Ex. 82-3 de los Estados Unidos, página 8.

industria fotográfica, intensificando el intercambio de ideas y el entendimiento entre las empresas, y contribuyendo al desarrollo del sector" (la cursiva es nuestra).¹³⁶¹

Además, el artículo 17 de los Estatutos del Consejo de Promoción Leal del Comercio dispone lo siguiente: "*El establecimiento o anulación de disposiciones de estos Estatutos y de funciones de este Consejo requerirán la aprobación previa de la Comisión de Comercio Leal del Japón*" (la cursiva es nuestra).¹³⁶² Asimismo, el artículo 4 de los Estatutos insta al Consejo, para llevar a cabo sus objetivos (incluido el establecimiento de un orden equitativo de transacciones en la industria fotográfica) a "*mantener la conexión con las autoridades gubernamentales competentes*" (la cursiva es nuestra).¹³⁶³ Hay que señalar que en el "addendum" de las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales, se hace la siguiente declaración:

"cada una de las empresas miembros del Consejo de Promoción Leal del Comercio se autorregulará de conformidad con estas normas, y el Consejo de Promoción Leal del Comercio, *bajo la orientación de la Comisión de Comercio Leal del Japón*, impartirá, cuando resulte procedente y necesario, orientaciones a sus empresas miembros" (la cursiva es nuestra).¹³⁶⁴

10.299 Habida cuenta de las declaraciones que se acaban de reproducir de la JFTC y del Consejo de Promoción Leal del Comercio, estimamos que las Medidas de autorregulación tienen una conexión suficiente con la orientación administrativa del Gobierno japonés para poder constatar que son imputables al Gobierno a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Con independencia de que los Estatutos del Consejo o las Medidas de autorregulación de 1982 fueran o no de hecho aprobadas formalmente por la JFTC, hay un grado de probabilidad de que los particulares actuaran de conformidad con las Medidas de autorregulación suficiente para considerar que las Medidas constituyen una orientación administrativa comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 b) del artículo XXIII.¹³⁶⁵ A nuestro parecer esta constatación es congruente con la práctica anterior del GATT. A este respecto, señalamos la calificación de "disposiciones legales" dada a los "códigos de competencia leal" similares aprobados por la JFTC en el informe de 1987 sobre el asunto *Japón - Impuestos sobre bebidas alcohólicas*.¹³⁶⁶ Asimismo, al no haberse formulado ninguna alegación ni presentado ninguna prueba en contrario, constatamos que esas dos medidas siguen aún en vigor.

10.300 *Ventaja resultante*. Recordamos la alegación de los Estados Unidos de que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso

¹³⁶¹National Photographic Industry Fair Trade Promotions Council, Notice N° 1, 29 de agosto de 1992, Ex. 92-7 de los Estados Unidos.

¹³⁶²Ex. 83-3 de los Estados Unidos.

¹³⁶³Ibíd.

¹³⁶⁴Ex. 82-8 de los Estados Unidos, página 3.

¹³⁶⁵Véase *Japón - Productos agropecuarios*, IBDD 35S/185, página 268. Véanse también los párrafos 10.46, 5.495 y 5.501-5.505 *supra*.

¹³⁶⁶Informe del Grupo Especial sobre *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y de bebidas alcohólicas importados* ("*Japón - Impuestos sobre bebidas alcohólicas*") adoptado el 10 de noviembre de 1987, IBDD 34S/94, página 99, párrafo 2.7.

al mercado japonés de películas y papel fotográficos, derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay, y de que, en concreto, los Estados Unidos no podían haber previsto las medidas en la fecha de la conclusión de la Ronda Kennedy, ni que, en junio de 1982, en respuesta a una orientación de la JFTC, la industria fotográfica nacional promulgaría sus Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales, o que a esas Medidas seguiría seis meses más tarde el establecimiento formal del Consejo de Promoción Leal del Comercio. De forma análoga, los Estados Unidos sostienen que, incluso en la fecha de conclusión de la Ronda Uruguay no eran conscientes de las repercusiones de esas Medidas en el sector japonés de las películas.

10.301 Recordamos también la respuesta japonesa según la cual las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales y el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio no son pertinentes a las expectativas razonables de los Estados Unidos, por cuanto una y otra corresponden al ámbito de actuación del sector privado.

10.302 Al analizar la cuestión de qué deberían haber previsto los Estados Unidos en las fechas de conclusión de la Ronda Kennedy y de la Ronda de Tokio, recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto medidas adoptadas después de la conclusión de una ronda de negociaciones, a no ser que haya razones para llegar a la conclusión contraria. En relación con estas dos medidas concretas, no vemos ninguna razón por la cual los Estados Unidos debieran haberlas previsto. La existencia de códigos y consejos en el sistema comercial japonés no significa que los Estados Unidos pudieran o debieran prever las normas concretas recogidas en una medida específica adoptada por un consejo. En consecuencia, constatamos que, en relación con esas medidas, los Estados Unidos son titulares de expectativas legítimas de mejoramiento de acceso a los mercados resultantes de la Ronda Kennedy y de la Ronda de Tokio.

10.303 Por el contrario, en lo que respecta a las concesiones hechas por el Japón en la Ronda Uruguay, que se otorgaron con posterioridad a esas medidas, resulta difícil llegar a la conclusión de que los Estados Unidos no podían haber previsto razonablemente esas medidas, que ya estaban en vigor. Aunque reiteramos una vez más que es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para los productos importados o de sus posibles repercusiones distintas en ellos hasta transcurrido algún tiempo desde que la medida se publicó inicialmente, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso concurren esas circunstancias. La falta de pruebas en ese sentido parece especialmente significativa dado que el código regula la industria fotográfica y el Consejo está integrado por miembros de ese sector, es decir que se trata de medidas adoptadas para productos específicos. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que, en relación con las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales y con el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio, sean titulares de expectativas legítimas de mejoramiento de acceso a los mercados resultantes de las concesiones hechas en la Ronda Uruguay.

10.304 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos aducen que, mediante la regulación de la utilización de personal volante, de los fondos para campañas de promoción y de las indicaciones relativas a los precios, el Consejo de Promoción Leal del Comercio frena la competencia en el sector de las películas y el papel y otros artículos fotográficos. A este respecto, los Estados Unidos sostienen que el historial de las medidas de ejecución del Consejo refleja la extraordinaria amplitud de su gama de actividades y de las posibilidades que ofrecen sus facultades de ejecución. Los Estados Unidos citan como ejemplo el "éxito

alcanzado por el Consejo al desbaratar la más importante campaña de promoción del decenio de 1980 de Kodak, la de los paquetes de prueba de películas VR".¹³⁶⁷ Según los Estados Unidos, el Consejo, a petición de Zenren (la Asociación de Minoristas) y en colaboración con la JFTC, determinó antes de que comenzara la campaña (en junio de 1983) que el anuncio previsto de un precio rebajado de Kodak era una representación que inducía a error; a consecuencia de ello se redujo la duración de la campaña de promoción y se prescindió casi completamente de los anuncios. Además, los Estados Unidos sostienen que el Consejo de Promoción Leal del Comercio sigue ejerciendo presión sobre los fabricantes de materiales fotográficos para que reduzcan el número de empleados que desplazan a los establecimientos de venta al por menor. Los Estados Unidos señalan que en julio de 1996, el Consejo envió una "directiva" a Kodak en la que se manifestaba que el Consejo había "decidido en julio de 1995 solicitar la cooperación [de Kodak] para seguir reduciendo el personal volante" y que Kodak debía "informar inmediatamente a este Consejo de la situación de la empresa".¹³⁶⁸

10.305 El Japón responde que, dado que la constitución del Consejo de Promoción Leal del Comercio y la publicación de las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales son actos privados, no puede haber ningún menoscabo revisable de las condiciones de acceso a los mercados a los Estados Unidos "a consecuencia de" tales actos. Aunque el Consejo fue establecido tras celebrar consultas con la JFTC, esas consultas, según el Japón, no implican ninguna delegación de facultades al Consejo. El Japón aduce que el Consejo de Promoción Leal del Comercio es una organización del sector privado, establecida por la industria de cámaras fotográficas para aplicar normas voluntarias sobre personal volante en ese sector, que carece de facultades gubernamentales y que no tiene nada que ver con las películas o el papel. Además, el Japón sostiene que nunca se han planteado problemas ni inquietudes en relación con el personal volante en el sector de las películas o el papel fotográficos, debido probablemente a que, en el caso de las películas, la mayoría de los consumidores eligen por sí mismos los productos en vez de recurrir a los empleados de los puntos de venta y, en el caso del papel éste suele venderse a profesionales, que normalmente no recurren al consejo de empleados enviados por las empresas fabricantes. Así pues, según el Japón, aun suponiendo que el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio y la publicación de las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales puedan ser asimiladas a medidas gubernamentales, no habría ninguna base para alegar la existencia de menoscabo a consecuencia de ellas. El Japón aduce también que el único caso de menoscabo citado por los Estados Unidos en relación con esas dos medidas es la supuesta medida para frenar la campaña de las películas VR de Kodak en 1983, acción que no tiene nada que ver con el envío de vendedores; que en todo caso la campaña no fue "desbaratada", sino que siguió adelante en los términos esenciales previstos; que la JFTC desempeñó un papel de escasa importancia en las conversaciones mantenidas con representantes de Kodak en relación con esa campaña y que la afirmación estadounidense de que Zenren, el Consejo de Promoción Leal del Comercio y la JFTC actuaron de consuno para poner trabas a la campaña de las películas VR es simplemente falsa.

¹³⁶⁷Los Estados Unidos aclaran que la campaña de los "paquetes de prueba de películas VR" fue prevista en 1983 por Nagase Sangyo, principal importador japonés de Kodak, como estrategia de promoción para el lanzamiento de una edición limitada especial de una serie de películas VR de Kodak. El "paquete" incluía un rollo de película VR para 12 tomas en cada una de las velocidades (100, 200, 400 y 1.000 ASA). En su promoción se utilizaron campañas de publicidad en periódicos y televisión y el paquete se vendía con un 38 por ciento de descuento sobre el precio normal al por menor.

¹³⁶⁸Promotion Council, Issue N° 8-1, 22 de julio de 1996, Ex. 96-7 de los Estados Unidos.

10.306 Aunque consideramos que de las pruebas aportadas se desprende claramente que la introducción de las Medidas de autorregulación y el establecimiento del Consejo fueron fruto en gran medida de actos del sector de las cámaras fotográficas de la industria de materiales fotográficos del Japón, consideramos también que esas mismas pruebas indican que en las medidas adoptadas por el Consejo de Promoción Leal del Comercio participan muchas instancias de la industria del sector de los materiales fotográficos que pueden verse también afectadas por ellas. Así pues, no nos parece claro, que, a pesar de lo que aduce el Japón, esas medidas no sean en absoluto pertinentes a los sectores de las películas y el papel fotográficos de la economía japonesa. En cambio, coincidimos con el Japón en que el único ejemplo concreto de cualquier menoscabo a consecuencia de esas medidas citado por los Estados Unidos es el supuesto desbaratamiento de la campaña de las películas VR de Kodak en junio de 1983.

10.307 En lo que respecta a esa campaña, hemos de señalar en primer lugar que este plan de promoción de Kodak no guardaba ninguna relación con el envío de personal o con las cantidades destinadas a campañas de promoción, las dos actividades de carácter general a las que son aplicables las Medidas de autorregulación. De hecho, de los datos de que tenemos constancia se desprende, como sostiene el Japón, que la cuestión del envío de vendedores tenía escasa importancia en el mercado de películas y papel fotográficos. Las propias Directrices de 1970 del MITI habían indicado, antes incluso de la adopción del Código, que el envío de personal no era frecuente en el mercado japonés de las películas¹³⁶⁹ y las Directrices de 1990 del MITI recomendaban esencialmente que el envío de personal se limitara a las ventas de nuevos productos que requerían conocimientos y técnicas especializados.¹³⁷⁰ De hecho, los Estados Unidos no han indicado al Grupo Especial si en el mercado japonés de películas y papel se ha utilizado o se utiliza el envío de personal y en qué forma, ni han citado ejemplos de la forma en que se ha limitado la utilización de cantidades destinadas a campañas de promoción.

10.308 En segundo lugar, no nos parece convincente el argumento del Japón de que los problemas citados por los Estados Unidos en relación con la campaña de las películas VR de Kodak se referían únicamente a una acción del Consejo de Promoción Leal del Comercio que pertenece al ámbito del sector privado. Las pruebas presentadas por ambas partes muestran que la acción contra los paquetes de prueba de las películas VR tuvo su origen en la presión que Zenren, la asociación de establecimientos minoristas fotográficos, ejerció sobre el distribuidor de Kodak (Nagase) para limitar la campaña de promoción, y especialmente sus descuentos sobre los precios de este nuevo tipo de películas. De hecho, esas pruebas indican que Zenren consiguió persuadir a Kodak de que redujera el alcance y la duración de su plan de rebajas de promoción. No obstante, las pruebas indican también que, además de la iniciativa privada de Zenren, funcionarios de la JFTC, a instancias del Consejo de Promoción Leal del Comercio, dirigieron a Kodak una orientación acerca de los problemas que podían plantearse en el marco de la Ley Antimonopolio en relación con la realización de la campaña de las películas VR. Según los Estados Unidos, la orientación se

¹³⁶⁹Cover note to the 1970 Guidelines, Ex. 70-3 de los Estados Unidos; 1970 Guidelines, Ex. 70-4 de los Estados Unidos; Ex. B-24 del Japón. Concretamente en las Directrices del MITI se manifestaba que "es poco frecuente que haya personal volante en los establecimientos de venta al por menor de materiales fotográficos en general. Hay personal volante en los departamentos de revelado, producción de copias y ampliación de los grandes establecimientos minoristas; no obstante hay pocas prácticas sistematizadas y el envío de personal se efectúa únicamente en circunstancias especiales". *Ibíd.* Véase el párrafo 2.19 *supra*.

¹³⁷⁰MITI, Guidelines for Improving Business Practices, 25 de junio de 1990, Ex. 90-5 de los Estados Unidos, página 6.

refería a la difusión del carácter limitado de la oferta, el número de paquetes incluidos en ella, las tiendas que los ofrecían y las condiciones de la oferta. Asimismo, funcionarios de la JFTC pidieron a Kodak que reajustara su segundo envío y anunciara en los mostradores de las tiendas cuándo se liquidaban los productos.¹³⁷¹ No nos parece claro que el cumplimiento de la mayoría de esas condiciones obstaculizara gravemente la campaña de las películas VR. En todo caso, el Japón niega que se impartieran esas orientaciones. A este respecto, observamos que de las demás pruebas aportadas por los Estados Unidos se infiere que la limitación de la campaña se debió a promesas hechas a Zenren.¹³⁷² Considerando en conjunto todas las pruebas, parece que el factor más importante que incidió en la campaña fue, con creces, la presión ejercida por Zenren sobre la filial de Kodak. No se ha demostrado que esa presión tuviera en absoluto su origen en la JFTC. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han presentado pruebas suficientes de la razón por la que cabe afirmar que las declaraciones hechas a representantes de Kodak por la JFTC y funcionarios del Consejo en relación con la campaña hayan menoscabado condiciones competitivas de acceso a los mercados resultantes para los Estados Unidos. A juzgar por los datos de que tenemos constancia, parece que Kodak pudo llevar a cabo con éxito una campaña en relación con las películas VR, aunque más corta de lo previsto. Por último, hay que señalar que este incidente, que data de hace 14 años, es el único citado por los Estados Unidos.

10.309 En consecuencia, habida cuenta de esta falta de pruebas de la forma en que las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales han anulado o menoscabado expectativas legítimas en materia de acceso a los mercados resultantes para los Estados Unidos, no podemos constatar que los Estados Unidos hayan satisfecho la carga de la prueba a ese respecto.

10.310 En consecuencia, cabe considerar que las Medidas de autorregulación sobre la lealtad en las relaciones comerciales y el establecimiento del Consejo de Promoción Leal del Comercio constituyen medidas a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII y que los Estados Unidos han demostrado que no debe considerarse que hubieran previsto esas medidas respecto de las expectativas derivadas de la Ronda Kennedy en relación con las películas y el papel en blanco y negro y, en el caso de la Ronda de Tokio, en relación con toda la gama de productos en litigio, pero no han demostrado que las medidas en cuestión anulen o menoscaben ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Con respecto a la Roda Uruguay, los Estados Unidos sólo han demostrado la concurrencia de uno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII: la existencia de una medida.

f) Las Normas de autorregulación de 1984

10.311 La séptima "medida" relativa a la promoción citada por los Estados Unidos es la publicación en mayo de 1984 por el Consejo de Promoción de las "Normas de autorregulación sobre la indicación de los precios del tratamiento fotográfico de las películas en negativo en color" ("Normas de autorregulación de 1984").¹³⁷³ Esas Normas

¹³⁷¹Affidavit of Ishikawa Sumio, Nagase official, Ex. 97-10 de los Estados Unidos.

¹³⁷²"Trial Pack Acclaimed in America, but in Japan ...?" Shukan Shashin Sokuho, 29 July 1983, p. 2, quoting Nagase Kodak Deputy Yokoyama, Ex. 83-19 de los Estados Unidos, página 2.

¹³⁷³National Photography Industry Fair Trade Promotion Council, 15 May 1984, "The Self-Regulating Standards Regarding Representation of Developing Fees for Colour Negative Film", Ex. 84-4 de los Estados Unidos; Kosei Torihiki Joho, N° 993, 28 May 1984, "Photo Industry to Establish Self-Regulating Standards Regarding Representation of Development and Printing Price, etc.", Ex.

prescriben la forma en que pueden indicarse los precios del revelado y la obtención de copias. En concreto, definen la información que deben utilizar las empresas de tratamiento de películas ("quienes reciben directamente las películas en color de los consumidores en general para su procesamiento") en conexión con las indicaciones de los precios de revelado y obtención de copias de películas en color, con inclusión del precio de obtención de copias, el precio del revelado, el tiempo de procesamiento y el fabricante del papel. Las Normas establecen "disposiciones sobre las indicaciones de los precios del tratamiento fotográfico de las películas en negativo en color [...] y los precios de obtención de copias para positivos fotográficos de tamaño normal para atender pedidos directos de los consumidores en general, en espera de que se establezca el código de competencia leal".¹³⁷⁴ Según las Normas:

"las empresas deben indicar adecuadamente precios como los del revelado de películas en color y no deben hacer representaciones que puedan inducir a error a los consumidores en general o hacerles concebir expectativas excesivas [...] Esta Norma no debe utilizarse para limitar o restringir la libertad de las empresas para fijar los precios".¹³⁷⁵

Las Normas disponen además que "en caso necesario el Consejo de Promoción Leal del Comercio realizará investigaciones y dará orientaciones sobre la aplicación de estas Normas".¹³⁷⁶

10.312 Los Estados Unidos afirman que dado que las Normas de autorregulación de 1984 abarcan la indicación de los precios del revelado de las películas negativas en color, hay relación entre esta "medida" y los materiales fotográficos. El Japón aduce que estas Normas se adoptaron para hacer frente al problema que planteaban algunos suministradores de servicios, que indicaban que la obtención de copias era gratuita, pero cobraban a los clientes un alto precio por el revelado. Las directrices respondían al propósito de facilitar a los consumidores información suficiente acerca de los precios del revelado y la obtención de copias. En tal sentido, según el Japón, esas directrices no tenían ninguna relación con las ventas de películas, y el papel de la JFTC en ellas era limitado.

10.313 *Aplicación de la medida.* Los Estados Unidos aducen que las Normas de autorregulación de 1984 son, de hecho, una medida gubernamental, ya que el Consejo de Promoción Leal del Comercio "es creación de la ley japonesa" y esas Normas se elaboraron siguiendo las instrucciones de la JFTC y en estrecha colaboración con ella, y sostienen además que la "medida" sigue en vigor. El Japón responde que las Normas no son una medida gubernamental porque i) el Consejo de Promoción Leal del Comercio, que publicó las Normas de autorregulación de 1984, es una organización del sector privado, y ii) la JFTC tuvo sólo una intervención limitada en la elaboración de esas Normas.

10.314 Al analizar si las Normas de autorregulación de 1984 deben o no ser asimiladas a una medida gubernamental, recordemos que aunque no cabe duda de que el Consejo de Promoción Leal del Comercio es una organización que agrupa a asociaciones de empresas del sector privado, el Consejo mantiene vínculos complejos con la JFTC. Señalamos además que en un artículo que apareció en una publicación especializada del sector dos semanas

84-3 de los Estados Unidos.

¹³⁷⁴Ex. 84-4 de los Estados Unidos.

¹³⁷⁵Ibíd.

¹³⁷⁶Ibíd.

después de la publicación de las Medidas de autorregulación de 1984 se afirmaba que "el Consejo estableció las 'Normas de autorregulación sobre la indicación de los precios del revelado y de la obtención de copias' el 15 de mayo y *las presentó a la Comisión de Comercio Leal del Japón*" (la cursiva es nuestra).¹³⁷⁷ En el mismo artículo se manifiesta después que "las Normas de autorregulación son sólo una medida temporal en espera del establecimiento de un código de competencia leal" y que "el Consejo necesitó un largo período e *instrucciones de la JFTC para establecer esas Normas de autorregulación*" (la cursiva es nuestra).¹³⁷⁸ Aun cuando al parecer las Normas de autorregulación de 1984 no fueron aprobadas formalmente por la JFTC, habida cuenta de las referencias expresas a la dependencia del Consejo de Promoción Leal del Comercio de la JFTC en lo que respecta al establecimiento de esas Normas, consideramos que hay un grado de probabilidad de que los particulares actuaran de conformidad con las Normas de autorregulación de 1984 suficiente para considerar que esas Normas constituyen una orientación administrativa imputable al Gobierno japonés. Así pues, las Normas de autorregulación de 1984, en ese sentido, tienen una conexión suficiente con el Gobierno japonés para dar pie a una constatación de que constituyen una medida comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 b) del artículo XXIII.¹³⁷⁹ Esta conclusión es concorde con la práctica anterior del GATT. A este respecto, hay que señalar la calificación de "disposiciones legales" que se daba a los "códigos de competencia leal" similares aprobados por la JFTC en el informe de 1987 sobre el asunto *Japón - Impuestos sobre bebidas alcohólicas*.¹³⁸⁰ En cuanto a si la medida sigue o no en vigor, dado que en el texto de la propia medida se indica que ésta tiene un carácter temporal "en espera del establecimiento del Código de Competencia Leal" no estamos convencidos de que surta aún efectos, pero lo supondremos a los efectos de la parte siguiente de nuestro análisis.

10.315 *Ventaja resultante.* Recordamos la alegación de los Estados Unidos de que las ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel fotográficos derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en la Ronda Kennedy, la Ronda de Tokio y la Ronda Uruguay y, de que, en particular, los Estados Unidos no podían haber previsto que en mayo de 1984, después de la Ronda Kennedy y de la Ronda de Tokio, la industria fotográfica japonesa, a través del Consejo de Promoción Leal del Comercio, publicaría, en respuesta a la orientación de la JFTC, una segunda serie de medidas de autorregulación, las Normas de autorregulación de 1984. Los Estados Unidos alegan, de forma análoga, que tampoco en la fecha de la conclusión de la Ronda Uruguay eran conscientes de las repercusiones de esta medida en el mercado de las películas y el papel. Recordamos también la respuesta del Japón según la cual las Normas de autorregulación de 1984 no son pertinentes a las expectativas razonables de los Estados Unidos porque su publicación por el Consejo de Promoción Leal del Comercio es un acto que pertenece al ámbito del sector privado y es "consecuencia" de las políticas aplicadas anteriormente.

10.316 Al analizar la cuestión de qué deberían haber previsto los Estados Unidos en las fechas de la conclusión de la Ronda Kennedy y de la Ronda de Tokio, observamos que esta medida sólo es aplicable a las películas en color, por lo que la Ronda Kennedy no es

¹³⁷⁷Ex. 84-3 de los Estados Unidos.

¹³⁷⁸Ibíd.

¹³⁷⁹Véase *Japón - Productos agropecuarios*, IBDD 35S/185, página 278.

¹³⁸⁰Informe del Grupo Especial sobre *Japón - Impuesto sobre bebidas alcohólicas*, IBDD 34S/94, página 99; véanse también los párrafos 2.7 y 5.509-5.510 *supra*.

pertinente a ella. Además, recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones, a no ser que haya razones que lleven a una conclusión de signo contrario. En este caso, no vemos ninguna razón por la que los Estados Unidos debieran haber previsto esta medida concreta de protección de los consumidores por el mero hecho de que antes de la Ronda de Tokio existieran ya en el Japón códigos de competencia leal y consejos de comercio leal. En consecuencia, constatamos que, en relación con las Normas de autorregulación de 1984, los Estados Unidos son titulares de expectativas legítimas de mejoramiento de acceso a los mercados resultantes de la Ronda de Tokio.

10.317 Con respecto a las concesiones del Japón en la Ronda Uruguay, hechas después de 1984, resulta difícil llegar a la conclusión de que los Estados Unidos no podían haber previsto razonablemente esta medida, que estaba ya en vigor. Una vez más reiteramos que aunque es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida para las importaciones o de las posibles repercusiones diferentes en ellas hasta transcurrido algún tiempo después de la publicación inicial de la medida, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso concurren esas circunstancias. Esta falta de pruebas es especialmente significativa habida cuenta de que las Normas de autorregulación se refieren específicamente a las películas en color. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que, en relación con las Normas de autorregulación de 1984, sean titulares de expectativas legítimas de mejoramiento del acceso a los mercados resultantes de las concesiones hechas en la Ronda Uruguay.

10.318 *Menoscabo y relación causal.* Los Estados Unidos alegan que, al regular la utilización de las indicaciones relativas a los precios mediante las Normas de autorregulación de 1984, el Consejo de Promoción Leal del Comercio restringe la competencia para las películas y el papel fotográficos y que el historial de las medidas de ejecución del Consejo refleja la extraordinaria amplitud de su gama de actividades y las posibilidades que ofrecen sus facultades de ejecución. El Japón responde que las Normas de autorregulación de 1984 son una reglamentación del sector privado destinada a garantizar la lealtad en lo que respecta a la indicación de los precios del tratamiento fotográfico y la obtención de copias para las películas en color, y que los Estados Unidos no han demostrado en qué sentido esa supuesta "medida" trastorna la relación de competitividad en cuanto al acceso a los mercados de las películas en color importadas en el mercado japonés. El Japón sostiene además que el objetivo de las Normas de autorregulación es la protección de los consumidores, con independencia del origen de los productos.

10.319 Al abordar la cuestión del menoscabo y la relación causal, observamos que las Normas de autorregulación de 1984 regulan el tipo de información que las empresas de procesamiento fotográfico están obligadas a facilitar en la publicidad relativa al procesamiento y la obtención de positivos fotográficos de las películas en color. En síntesis, la medida parece destinada a la protección de los consumidores, en particular mediante la prevención de indicaciones que puedan inducir a error sobre los precios en el sector del tratamiento de las películas fotográficas. Observamos además que los Estados Unidos no han indicado al Grupo Especial ni han puesto de manifiesto en qué aspectos o de qué forma la aplicación de las Normas de autorregulación de 1984 del Consejo de Promoción Leal del Comercio, que parecen ser neutrales en cuanto al origen de las películas en color, han repercutido en Kodak o han trastornado por otra razón la relación de competitividad entre las películas en color nacionales e importadas en el Japón. En consecuencia, constatamos que las pruebas de las que hay constancia no demuestran que la aplicación de las Normas de autorregulación de 1984 -en la medida en que se hayan aplicado- anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos.

10.320 Así pues, cabe considerar que las Normas de autorregulación de 1984 constituyen una medida a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII y que los Estados Unidos han demostrado que no debe considerarse que hubieran previsto las Normas en lo que respecta a las expectativas derivadas de la Ronda de Tokio en relación con las películas (e indirectamente con el papel) en color, pero no han demostrado que esa medida anule o menoscabe ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Con respecto a la Ronda Uruguay, los Estados Unidos sólo han demostrado que concurre uno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII: la existencia de una medida.

g) El Código de Competencia Leal de los Minoristas y el Consejo de los Minoristas, de 1987

10.321 La octava y última "medida" relativa a la promoción citada por los Estados Unidos es la aprobación, en marzo de 1987, del Código de Competencia Leal de los Minoristas ("Código de Competencia Leal") y de su órgano de ejecución, el Consejo de Comercio Leal de los Minoristas ("Consejo de los Minoristas").¹³⁸¹ El 31 de marzo de 1987, en aplicación del párrafo 1) del artículo 10 de la Ley de Premios, la JFTC aprobó el Código de Competencia Leal y su órgano de ejecución, el Consejo de los Minoristas. Los objetivos expresos del Código de Competencia Leal son "proteger la elección apropiada de los productos por los consumidores en general, prevenir la captación desleal de clientes, y asegurar de ese modo la libre competencia".¹³⁸² Según se declara en él expresamente, el Código es aplicable a la "categoría de las cámaras" (según la traducción del Japón) o a "las cámaras y productos conexos" (según la traducción de los Estados Unidos)¹³⁸³ por lo que no abarca expresamente las películas o el papel fotográficos, y establece normas sobre las representaciones que hacen los comerciantes al por menor de esos productos, incluidas las representaciones en carteles en las tiendas, y en prospectos, así como sobre las comparaciones de precios ("representación de dos precios"), las ventas a plazos, la utilización de expresiones como "el mejor", "el más barato" y "nueva venta", las representaciones en las que se comparan la calidad, las propiedades y las condiciones de transacción, y la prohibición de representaciones que induzcan a error y de la publicidad mediante ventas con pérdida. Esos objetivos, definiciones y normas figuran en los artículos 1 a 12 del Código. El artículo 13 establece el Consejo de los Minoristas "para alcanzar los objetivos del presente Código" y el artículo 14 enumera las actividades del Consejo, incluidas la realización de ajustes en función de la observancia del Código, la investigación de presuntas infracciones del Código, la adopción de las medidas necesarias contra los infractores, la tramitación de las reclamaciones de los consumidores en general, la actuación para "dar a conocer ampliamente la [Ley de Premios y] otras leyes y reglamentos relativos al comercio leal y prevenir la infracción de esas leyes y reglamentos" y la "conexión con las autoridades competentes". Los artículos 15 a 17 se ocupan de la investigación de las infracciones y de las decisiones al respecto. Por último, el artículo 18 declara que el Consejo

¹³⁸¹Fair Competition Code Regarding Representations in the Camera and Related Products Retailers Industry, Kampo (Official Gazette), 11 de abril de 1987, Ex. 87-4 de los Estados Unidos; Fair Competition Code Regarding Representations in the Camera and Related Products Retailers Industry, Kampo, 11 de abril de 1987, páginas 1-3, Ex. D-66 del Japón.

¹³⁸²Ibíd, página 1.

¹³⁸³Hay que señalar que los expertos en traducción designados por el Grupo Especial coinciden con la traducción que hace el Japón del término japonés "kamera-rui" por "camera category" ("categoría de las cámaras"). Véase la cuestión 17 de traducción en la parte XI.

de los Minoristas podrá establecer reglamentos de ejecución y aplicación del Código y que "antes de establecer o modificar reglamentos [...] [el Consejo de los Minoristas] habrá de obtener la aprobación de la Comisión de Comercio Leal del Japón".¹³⁸⁴

10.322 Los Estados Unidos opinan que el Gobierno japonés, al aprobar el Código de Competencia Leal y el Consejo de los Minoristas, ha delegado en el Consejo de los Minoristas la facultad de adoptar medidas de ejecución al amparo de ese Código y de la Ley de Premios. Sostienen además que las normas establecidas por el Código de Competencia Leal son aplicables a las actividades de todas las empresas que venden artículos fotográficos, y que aunque las películas no están expresamente incluidas en su ámbito de aplicación, el Código se ha aplicado a las campañas de promoción de películas y papel fotográficos. Según los Estados Unidos, esta aplicación expansiva tiene su origen en el párrafo 2 del artículo 2 que establece lo siguiente: "Para alcanzar los objetivos expuestos en el artículo anterior, las empresas deben respetar el espíritu de este Código aun cuando los productos que ofrezcan no sean exactamente cámaras y productos conexos." Los Estados Unidos añaden que la aplicación del Código a las películas y al revelado y la obtención de copias era esencial para conseguir el apoyo de Zenren (la Asociación de Minoristas) al Código y al Consejo de los Minoristas.

10.323 El Japón responde que el Código de Competencia Leal, a juzgar por su propio texto, no es aplicable, ni nunca se ha aplicado, a las películas o el papel fotográficos, sino que el Código (y el Consejo de los Minoristas establecido en él) representa a 47 asociaciones de minoristas a nivel de prefectura, con 6.600 entidades comerciales, y sólo se ocupa de las representaciones relativas a la venta al por menor de cámaras y productos conexos; los premios no están comprendidos en absoluto en su ámbito de aplicación. El Japón sostiene que la JFTC nunca ha permitido ni tiene intención de permitir la aplicación del Código a las películas o el papel fotográficos.

10.324 *Aplicación de la medida.* Lo que hay que dilucidar en este momento no es si la aprobación por la JFTC del Código de Competencia Leal de los Minoristas y de su órgano de ejecución, el Consejo de los Minoristas, debe considerarse una medida gubernamental: es evidente que la aprobación por un órgano gubernamental -la JFTC- es una medida gubernamental. Lo que hay que dilucidar es si esa aprobación de la JFTC significa que los actos realizados por el Consejo de los Minoristas al amparo del Código y las disposiciones incorporadas al Código pueden asimilarse a medidas gubernamentales.

10.325 A este respecto, los Estados Unidos alegan que, lo mismo que hizo en el caso del Consejo de Promoción Leal del Comercio, el Japón ha delegado en el Consejo de los Minoristas las facultades de ejecución atribuidas a la JFTC por la Ley de Premios. Los Estados Unidos sostienen que el Consejo de los Minoristas constituye un ejemplo especialmente ilustrativo de la relación entre una asociación empresarial y un consejo de comercio leal y pone de manifiesto la efectiva delegación de poderes a una asociación empresarial por el Gobierno japonés. Los Estados Unidos añaden que debe considerarse al Gobierno japonés responsable de los efectos de los códigos de competencia leal y de las actividades de los consejos de comercio leal, incluidas las asociaciones empresariales cuando actúen al amparo de un código o de un consejo, porque los códigos y consejos son una creación de la ley japonesa, y, concretamente, del párrafo 1) del artículo 10 de la Ley de Premios que establece lo siguiente:

"Tras obtener la autorización de la Comisión de Comercio Leal de conformidad con los reglamentos de la Comisión, las empresas podrán concertar o una *asociación*

¹³⁸⁴Ex. 87-4 de los Estados Unidos; Ex. D-66 del Japón, página 9.

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 competencia leal. Esta regla será aplicable en el caso de que se trate de introducir modificaciones" (la cursiva es nuestra).¹³⁸⁵

Según los Estados Unidos, del párrafo 1) del artículo 10 se desprende claramente que el establecimiento del Código está supeditado a la aprobación de la JFTC. De forma análoga, el párrafo 3) del artículo 10 de la Ley de Premios confirma que la aplicación de los códigos y el funcionamiento de los consejos están sujetos a la supervisión de la JFTC. Los Estados Unidos subrayan además que el poder de los Consejos de los Minoristas y de Zenren es aún mayor, porque el párrafo 5) del artículo 10 de la Ley de Premios establece que la Ley Antimonopolio del Japón no será aplicable "a los códigos de competencia leal autorizados [...] ni a los actos realizados por las empresas o por una asociación comercial de conformidad con dichos códigos". Los Estados Unidos aducen también que un grupo especial anterior, el que examinó el asunto *Japón - Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, declaró que los códigos de competencia leal publicados por los consejos de comercio leal en el Japón eran "disposiciones legales" del Gobierno japonés.¹³⁸⁶

10.326 El Japón responde que el Código de Competencia Leal del Consejo de los Minoristas es una autorregulación de las entidades empresariales aprobada por la JFTC de conformidad con la Ley de Premios, y que el Consejo de los Minoristas es un órgano voluntario establecido en el Código para aplicar esta autorregulación. El Japón sostiene que el Consejo de los Minoristas sólo es responsable de la observancia del Código por el que se prohíben las representaciones que inducen a error y no tiene competencia para aplicar la Ley de Premios ni puede restringir las ofertas a precios ventajosos. Según el Japón, aunque el Consejo de los Minoristas puede adoptar medidas privadas de ejecución frente a sus miembros, no puede aplicar el Código a quienes no lo son: las entidades empresariales ajenas al Consejo no pueden ser objeto de ninguna medida de éste derivada del incumplimiento del Código. El Japón sostiene además que las medidas que adopten los consejos al amparo de un código autorizado no están exentas de la aplicación de las disposiciones sustantivas (prohibición de las prácticas comerciales) de la Ley Antimonopolio; del mismo modo que las actividades de las demás asociaciones están sujetas a la Ley Antimonopolio, cualquier acto de un consejo puede ser objeto de una acción basada en esa Ley. La única consecuencia legal de la autorización de la JFTC, según el Japón, es que la JFTC ha de revocar la autorización antes de aplicar la Ley Antimonopolio a un código aprobado o a las medidas de aplicación de ese código.

10.327 Al analizar el grado en que las medidas adoptadas por el Consejo de los Minoristas al amparo del Código de Competencia Leal pueden ser asimiladas a medidas gubernamentales en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, consideramos que podría ser conveniente atender a la condición que atribuyen a esas medidas el Gobierno japonés y el sector de los artículos fotográficos. A este respecto, tomamos nota de las referencias que han hecho los Estados Unidos al artículo 10 de la Ley de Premios, y en especial a su párrafo 1), según el cual las asociaciones comerciales pueden obtener la autorización de la JFTC para establecer códigos de competencia, al párrafo 3) de dicho artículo, según el cual la aplicación de los códigos y la actuación de los consejos están sujetas a la supervisión de la JFTC y el párrafo 5) de dicho artículo 10, según el cual la Ley Antimonopolio no será aplicable a los códigos de competencia leal autorizados ni a los actos realizados por las

¹³⁸⁵Premiums Law, Ex. 62-6 de los Estados Unidos; Ex. D-1 del Japón.

¹³⁸⁶IBDD 34S/94, página 99, párrafo 2.7.

empresas o por una asociación comercial de conformidad con dichos códigos.¹³⁸⁷ En un contexto en el que la JFTC ha autorizado el Código de Competencia Leal y el Consejo de los Minoristas, y el párrafo 5) del artículo 10 parece otorgar a los actos del Consejo de los Minoristas y de sus miembros realizados de conformidad con el Código una exención gubernamental de la aplicación de determinadas disposiciones de la Ley Antimonopolio, resulta difícil llegar a la conclusión de que las investigaciones, los actos de ejecución y los actos de cooperación con el gobierno del Consejo de los Minoristas de conformidad con el Código son únicamente actividades privadas de una asociación comercial del sector privado. La referencia que se hace en el artículo 1 del Código de Competencia Leal al "objetivo" de "establecer normas relativas a las representaciones que se hacen en las transacciones al por menor que tienen por objeto las cámaras fotográficas y productos conexos sobre la base del [párrafo 1) del artículo 10 de la Ley de Premios]" y la referencia ulterior del párrafo 2) del artículo 18 de dicho Código al requisito según el cual "antes de establecer o modificar las disposiciones de conformidad con la cláusula 1 *supra*, [el Consejo de los Minoristas] habrá de obtener la aprobación de la Comisión de Comercio Leal del Japón"¹³⁸⁸, refuerzan la probabilidad de que esos actos sean actos gubernamentales o cuasigubernamentales

10.328 En consecuencia, constatamos que, teniendo en cuenta la aprobación por la JFTC del Código de Competencia Leal y del Consejo de los Minoristas y la sanción por la JFTC de los actos realizados por el Consejo de los Minoristas de conformidad con dicho Código, esos actos tienen una conexión suficiente con la orientación administrativa del Gobierno del Japón y con su aprobación para justificar la constatación de que se trata de medidas imputables al Gobierno a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Dada la intervención de la JFTC que hemos analizado antes, consideramos que hay un grado suficiente de probabilidad de que los particulares actúen en conformidad con el Código de Competencia Leal como si éste fuera una medida jurídicamente vinculante.¹³⁸⁹ Esta constatación es compatible con la práctica anterior del GATT. A este respecto, recordamos la calificación de "disposiciones legales" dada en el informe de 1987 sobre el asunto *Japón - Impuestos sobre bebidas alcohólicas* a los "códigos de competencia leal" aprobados por la JFTC.¹³⁹⁰ Por último, observamos que una constatación en sentido opuesto generaría el riesgo de que pudieran eludirse las obligaciones en el marco de la OMC mediante la delegación por un Miembro de facultades cuasigubernamentales a entidades privadas. Las disposiciones del GATT prevén expresamente esa posibilidad en el caso de las obligaciones relativas al comercio de Estado. A este respecto, una nota interpretativa a los artículos XI, XII, XIII, XIV y XVIII dice lo siguiente: "En los artículos XI, XII, XIII, XIV y XVIII las expresiones 'restricciones a la importación' o 'restricciones a la exportación' se refieren igualmente a las aplicadas por medio de transacciones procedentes del comercio de Estado". La existencia de esta nota demuestra que los redactores del Acuerdo General fueron conscientes de la necesidad de abordar expresamente un aspecto del problema de la delegación de facultades por el gobierno. A nuestro juicio, la nota avala nuestra conclusión de que el término "medida" debe interpretarse, a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII, de forma que las ventajas resultantes no puedan ser anuladas o menoscabadas por actos de entidades con facultades cuasigubernamentales.

10.329 *Ventaja resultante.* Recordamos la alegación de los Estados Unidos de que las

¹³⁸⁷Ex. 62-6 de los Estados Unidos; Ex. D-1 del Japón.

¹³⁸⁸Retailers Fair Competition Code, Ex. 87-4 de los Estados Unidos; Ex. D-66 del Japón.

¹³⁸⁹Véase *Japón - Productos agropecuarios*, IBDD 35S/185, página 278.

¹³⁹⁰IBDD 34S/94, página 99, párrafo 2.7.

ventajas resultantes para ese país son las expectativas legítimas de mejoramiento del acceso al mercado japonés de películas y papel fotográficos derivadas de las concesiones arancelarias hechas por el Japón en la Ronda Kennedy y en la Ronda de Tokio y de que, en particular, los Estados Unidos no podían haber previsto que en marzo de 1987, bastante después de la Ronda Kennedy y de la Ronda de Tokio, la JFTC crearía el Código de Competencia Leal y el Consejo de los Minoristas para establecer y aplicar normas relativas a las representaciones que inducen a error en la publicidad en relación con los precios y con las condiciones de promoción. De forma análoga, los Estados Unidos sostienen que en la fecha de la conclusión de la Ronda Uruguay no eran aún conscientes de la amplitud de las repercusiones de esa medida en el mercado japonés de películas. El Japón responde que la aprobación en 1987 por la JFTC del Código de Competencia Leal y del Consejo de los Minoristas no es pertinente a las expectativas razonables de los Estados Unidos, por cuanto esta medida sólo afecta a las cámaras y aparatos fotográficos conexos. Además, a juicio del Japón, la aprobación del Código por la JFTC en 1987 constituyó un acto de aplicación de la Ley de Premios preexistente y no introdujo ninguna modificación en la aplicación de la política seguida de conformidad con la Ley.

10.330 Al analizar la cuestión de qué deberían haber previsto los Estados Unidos en las fechas de conclusión de la Ronda Kennedy y de la Ronda de Tokio, recordamos nuestra conclusión de que normalmente no debe considerarse que un Miembro haya previsto una medida adoptada después de la conclusión de una ronda de negociaciones, salvo que haya razones para llegar a la conclusión contraria. En este caso, no encontramos ninguna razón por la que los Estados Unidos debieran haber previsto estas medidas concretas. El hecho de que antes de la Ronda Uruguay existieran en el Japón códigos de competencia leal y consejos de comercio leal, y de que unos y otros estuvieran autorizados por el artículo 10 de la Ley de Premios, no implica que fueran previsibles las disposiciones y actos concretos de los códigos y de los consejos. En consecuencia, constatamos que, en relación con el Código de Competencia Leal y el Consejo de los Minoristas, los Estados Unidos son titulares de expectativas legítimas de mejoramiento de acceso a los mercados resultantes de la Ronda Kennedy y de la Ronda de Tokio.

10.331 En cambio, en lo que respecta a las concesiones hechas por el Japón en la Ronda Uruguay, posteriores a 1987, resulta difícil llegar a la conclusión de que los Estados Unidos podían razonablemente no haber previsto esa medida, que ya estaba en vigor. Aunque reiteramos que es concebible que en determinadas circunstancias el Miembro exportador de la OMC pueda razonablemente no ser consciente de la significación de una medida o de sus posibles repercusiones distintas hasta transcurrido algún tiempo después de la publicación inicial de la medida, los Estados Unidos no han demostrado que en este caso concurren esas circunstancias. En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que, en relación con el Código de Competencia Leal y el Consejo de los Minoristas, sean titulares de expectativas legítimas de mejoramiento de acceso a los mercados resultantes de las concesiones hechas en la Ronda Uruguay.

10.332 *Menoscabo y relación causal.* Al examinar la existencia de una relación causal, abordaremos tres cuestiones. En primer lugar, si el Código de Competencia Leal es aplicable en absoluto a las películas y el papel fotográficos; en segundo lugar, si los artículos 3 y 4 del Código, relativos al origen, anulan o menoscaban ventajas; y en tercer lugar, si la aplicación del Código menoscaba ventajas.

10.333 En cuanto a la primera cuestión, la tesis de los Estados Unidos es que el Código es aplicable, *de jure* y *de facto*, a las películas y el papel. Los Estados Unidos señalan que el párrafo 2 del artículo 2 del Código establece que "para alcanzar los objetivos expuestos en el artículo anterior, las empresas deben respetar el espíritu de este Código aun cuando los

productos que ofrezcan no sean exactamente cámaras y productos conexos".¹³⁹¹ Los Estados Unidos añaden que un miembro de la industria explicó que "naturalmente, habría resultado imposible convencer a los miembros de la Zenren, cuya principal actividad comercial es el revelado y la obtención de positivos si [las reglamentaciones] sólo [se aplican a] las cámaras".¹³⁹² A juicio de los Estados Unidos, el Japón ha invitado a los empresarios de la industria fotográfica a elaborar y aplicar normas que redundan en su propio interés, y no es posible prescindir de las realidades del mercado asociadas a esa cooperación de las empresas del sector.

10.334 El Japón, por el contrario, sostiene que el Código, tanto en su tenor literal como en su aplicación, no abarca las películas o el papel fotográficos, y que el respeto al "espíritu del Código" conforme al párrafo 2 del artículo 2 no puede hacerse extensivo a artículos que no pertenecen a la "categoría de las cámaras". Según el Japón, aun cuando las empresas del sector decidieran ampliar el ámbito de aplicación del Código a esos productos, esa decisión no tendría ninguna repercusión sobre la aplicación de la Ley de Premios o de la Ley Antimonopolio, a no ser que fuera aprobada por la JFTC. El Japón mantiene que la JFTC nunca ha permitido ni tiene intención de permitir la aplicación del Código a las películas o el papel fotográficos.

10.335 Nuestra conclusión respecto de esta primera cuestión es que, en tanto que es evidente que el Código es aplicable a las cámaras, de las pruebas aportadas no se desprende claramente si las disposiciones del Código son también aplicables y han sido de hecho aplicadas a las películas y el papel. No obstante, a los efectos de nuestro análisis de los elementos restantes, supondremos que el Código es aplicable a esos productos.

10.336 En lo que respecta a los artículos 3 y 4 del Código, los Estados Unidos alegan que esos artículos establecen expresamente una discriminación desfavorable a las importaciones en lo que respecta a las representaciones relativas al país de origen del producto. El artículo 3, que se refiere a los carteles en las tiendas, y el artículo 4, que regula los prospectos, exigen anuncios publicitarios que indiquen el país de origen de la mercancía importada; esa indicación no se exige en el caso de los productos de origen japonés, salvo que los productos nacionales parezcan similares a productos importados (es decir, salvo que puedan ser confundidos con productos importados).

10.337 El Japón responde que el propósito a que responde la prescripción que exige la indicación del país de origen en el caso de los productos importados es simplemente el de facilitar una información suficiente a los consumidores. Además, el Japón aduce que los Estados Unidos no han demostrado que la aplicación de esta disposición haya trastornado la relación de competitividad en perjuicio de las películas o el papel importados.

10.338 En relación con esta cuestión, aunque somos sensibles a la posibilidad de que una prescripción discriminatoria sobre la designación del país de origen pueda dar lugar a un empeoramiento de la relación de competitividad, observamos en primer lugar que el artículo IX del GATT permite expresamente prescripciones relativas a la *fijación de marcas* de

¹³⁹¹Véase la traducción japonesa de "kamera-rui" por "categoría de las cámaras" y no "cámaras y productos conexos". Ex. D-68 del Japón. Señalamos que los expertos designados por el Grupo Especial avalan la traducción del Japón. Véase la cuestión 17 de traducción, parte XI.

¹³⁹²Discussion on Progress of Fair Trade Council Focuses on Making Competition Codes Fully Known, Zenren Tsuho, agosto de 1987, páginas 16-20, Ex. 87-7 de los Estados Unidos, Ex. D-70 del Japón. Véase la traducción, distinta, que hace el Japón de esta frase. Señalamos que los expertos en traducción designados por el Grupo Especial parecen coincidir en que la traducción de los Estados Unidos es más fiel. Véase la cuestión 18 de traducción, parte XI.

origen. En consecuencia, no nos atrevemos a desautorizar sin más las prescripciones del Código, aunque excedan de la fijación de marcas. Por otra parte, señalamos que el Código exige la indicación de origen de determinados productos, nacionales e importados, y que el Japón ha dado una explicación en cuanto al diferente trato dado a los productos nacionales e importados en relación con las designaciones del país de origen. Pero lo más importante es que los Estados Unidos no han demostrado que esa prescripción del Código sobre la designación de origen haya trastornado la relación de competitividad entre las películas o el papel nacionales e importados.

10.339 En lo que respecta a la tercera cuestión -la aplicación del Código- los Estados Unidos sostienen que el Código de Competencia Leal faculta al Consejo de los Minoristas a adoptar medidas de ejecución en relación con las representaciones que inducen a error en las campañas de promoción, no sólo dentro del ámbito del propio Código, sino también dentro del ámbito de la Ley de Premios y de las leyes conexas sobre competencia. En concreto, según el párrafo 7 del artículo 14 del Código, el Consejo de los Minoristas realizará, entre otras, "actividades encaminadas a dar a conocer ampliamente la [Ley de Premios] y otras leyes y reglamentos relativos al comercio leal y prevenir la infracción de esas leyes y reglamentos". En opinión de los Estados Unidos, el Consejo de los Minoristas actúa como un órgano supletorio de ejecución de la JFTC. Los Estados Unidos añaden que el Consejo de los Minoristas aplica el Código a las actividades de promoción de entidades que no son miembros del Consejo, y no sólo a las empresas que han acordado adherirse al Código. Esta práctica, según los Estados Unidos, concuerda con la idea del Gobierno japonés de que los códigos de competencia deben aplicarse en todo un sector para que produzcan el efecto deseado. Los Estados Unidos añaden que la JFTC ha confirmado que se apoya en los códigos de competencia leal en el proceso de aplicación de la Ley de Premios a las entidades "ajenas" a esos códigos.¹³⁹³ Además, los Estados Unidos aducen que la JFTC, al haber aprobado el Código, no sólo ha conferido amplias facultades a entidades particulares para que actúen como órganos supletorios de ejecución, sino que les exime también de la iniciación de un procedimiento contra ellas por razón de sus actividades. A este respecto, los Estados Unidos citan la declaración del Secretario General de la JFTC según la cual "aun en el caso de que el contenido de los códigos o de los actos basados en los códigos infrinjan la Ley Antimonopolio, no puede iniciarse contra ellos ningún procedimiento para restringirlos basado en esa Ley".¹³⁹⁴ Los Estados Unidos citan también una declaración del Director de la División de Orientaciones sobre Premios y Representaciones de la JFTC según la cual "la aprobación del Código significa que las funciones que desempeñamos en relación con las medidas para hacerlo cumplir¹³⁹⁵ en caso de infracción corresponderán al

¹³⁹³A este respecto, los Estados Unidos citan una circular de la Zenren de febrero de 1988 titulada "Don't Give Up Exposing and Forwarding Materials [Regarding Violations] - Japan Fair Trade Commission Probing Non-Members' Representations Violations", Zenren Tsuho, Ex. 88-2 de los Estados Unidos; Ex. D-83 del Japón. En esta circular se afirma que "todos los destinatarios de avisos o advertencias reiteradas son empresas que no son miembros; mientras la postura de un miembro se rectifica mediante una amonestación verbal, a una empresa que no sea miembro se le envía una advertencia más severa por escrito". La circular expone también "algunos ejemplos recientes de casos en los que no se ha atendido a los argumentos de aquellas empresas no miembros que han sido reiteradamente advertidas [por infracciones] o respecto de las que la Comisión de Comercio Leal del Japón ha iniciado ya investigaciones". *Ibíd.*

¹³⁹⁴Competition Policy Law, Itoga Shogo, JFTC Secretary General, Jirei Dokusen Kinshi Ho, 15 de diciembre de 1995, Ex. 95-20 de los Estados Unidos, página 5.

¹³⁹⁵El Japón traduce "teki-hatsu" como "divulgación" y no como "medidas para hacerlo cumplir", Ex. D-82 del Japón. Los expertos en traducción designados por el Grupo Especial no coinciden sobre cuál es la traducción apropiada en este contexto, pero se inclinan por una traducción que indique

Consejo de Comercio Leal. Si no se cumpliera esta previsión, [la aprobación] no tendría sentido".¹³⁹⁶

10.340 El Japón responde que el Consejo de los Minoristas, de conformidad con el Código de Competencia Leal, puede adoptar medidas de autorregulación contra los Miembros, pero no aplicar el Código a los que no lo son. Según el Japón quienes no son miembros no están sujetos a ninguna medida del Consejo por incumplimiento del Código. La JFTC, por su parte, llega a sus propias conclusiones acerca del comportamiento de las empresas no integradas en los consejos, pero sólo adopta medidas si se determina que ese comportamiento infringe la Ley de Premios. El Japón añade que, dado que las normas de los códigos sobre las representaciones que inducen a error se basan en la Ley de Premios, no hay diferencias fundamentales entre los conceptos de representaciones que inducen a error de la Ley de Premios y de los códigos. No obstante, el Japón hace hincapié en que las facultades de ejecución que atribuye la Ley de Premios a la JFTC no son susceptibles de delegación a una organización privada.

10.341 Observamos en primer lugar que las pruebas presentadas sobre esta cuestión, en particular la circular de febrero de 1988 de Zenren, indican que aunque las cláusulas del Código de Competencia Leal no se aplican expresamente a las empresas "ajenas" a él, el Consejo de los Minoristas ha alentado de hecho a los Miembros a informar de las presuntas "infracciones" cometidas por no miembros y ha conseguido presionar a éstos para que cumplieran el Código, apoyándose en el hecho de que si no lo hacían estarían sujetos a medidas de ejecución de la Ley Antimonopolio. De las pruebas se desprende además que este modo de proceder del Consejo de los Minoristas se produce con pleno conocimiento -y con aprobación al menos tácita- de la JFTC.

10.342 Recordamos a continuación la alegación del Japón de que los Estados Unidos no han indicado qué disposiciones concretas del Código o qué actividades concretas del Consejo de los Minoristas han trastornado la competitividad de las películas y el papel fotográficos importados. Para el Japón la razón de que los Estados Unidos no lo hayan hecho es que ningún "código" o "consejo" ha afectado nunca a la importación de películas o papel.

10.343 En relación con la cuestión básica de la demostración del menoscabo y la relación causal, recordamos la declaración de los Estados Unidos de que el efecto de los mecanismos japoneses de ejecución que se solapan -la JFTC, el Consejo de Promoción, el Consejo de los Minoristas y otros "consejos de comercio leal" y asociaciones de empresas- unidos a las numerosas disposiciones legales que pueden poner trabas a una campaña de promoción han tenido un importante "efecto de bloqueo" sobre importaciones como las de Kodak. Los Estados Unidos aducen que Kodak ha concebido numerosos proyectos de premios y concursos, pero que, según un director general de esa empresa "se eliminaban esos proyectos de los planes si podían entrar en conflicto con los reglamentos estatales o las normas de autorregulación del sector [...] tratamos de autorregularnos antes de ser destinatarios de medidas [de la JFTC o del Consejo de Comercio Leal]".¹³⁹⁷

10.344 Los Estados Unidos citan además varios ejemplos de premios en conexión con el

una intervención más activa que la "divulgación". Véase la cuestión 20 de traducción, parte XI.

¹³⁹⁶Fair Trade Council Established, Operated by Zenren, Will Respect "Fair Competition Code" - Urgent Need to Have Code Known by October Start, Zenren Tsuho, julio de 1987, página 3, Ex. 87-5 de los Estados Unidos.

¹³⁹⁷Affidavit of Sumi Hiromichi, 27 de noviembre de 1996, Ex. 96-10 de los Estados Unidos, párrafos 24 y siguientes.

revelado de películas, de concursos y de otros actos de promoción que, según afirman, Kodak intentaba lanzar pero tuvo que anular. En concreto, según los Estados Unidos:

- En 1979, es decir antes de la adopción de la medida que se examina, Kodak organizó un concurso en el que se ofrecían como premios grabadores de vídeo de un valor de 100.000 yen aproximadamente. Al parecer la JFTC informó a Kodak de que su concurso no era correcto.¹³⁹⁸
- En 1987, Kodak intentó preparar una campaña conjunta de promoción con McDonald, pero no pudo hacerlo debido a la limitación del 10 por ciento impuesta a los premios que podían ofrecerse a los consumidores en general. Kodak pretendía entregar gratuitamente cámaras desechables Kodak Panorama con las comidas de McDonald. Debido a la norma del 10 por ciento, Kodak tuvo al parecer que organizar una campaña de promoción en la que los compradores de una comida de McDonald recibían un "número" que les daba la posibilidad de ganar en un sorteo una cámara Panorama.¹³⁹⁹
- En ese mismo año, Kodak había negociado un acuerdo con el Ministerio de Correos y Comunicaciones conforme al cual Kodak vendería postales fotográficas en las oficinas de correos del Japón a precios inferiores al precio corriente al por menor. Los consumidores podrían cargar el costo de las postales a sus depósitos de ahorro en las oficinas de correos. No obstante el Ministerio anuló el acuerdo, al parecer debido a las presiones de Zenren, y dirigió una orientación administrativa a Kodak para que desistiera del plan. Kodak se vio al parecer obligado a cumplir la orientación administrativa debido a los riesgos comerciales que implicaba el incumplimiento de la orientación del Ministerio.¹⁴⁰⁰
- En 1990, la JFTC parece haber intervenido en una campaña de producción realizada por un laboratorio fotográfico afiliado a Kodak, Nakamurabashi Photo Station. Nakamurabashi ofrecía como premio un álbum de fotografías de un valor de 200 yen aproximadamente en conexión con el revelado de películas. Al parecer la JFTC constató que esa campaña era demasiado agresiva y emitió una orientación para que en actividades posteriores de promoción se adoptaran cautelas suficientes.¹⁴⁰¹

10.345 A estas alegaciones, el Japón responde que en los casos de que tiene conocimiento, se adoptaron medidas porque los premios de que se trataba excedían del tope legal. El Japón aduce que el origen de los productos no tiene nada que ver con las medidas adoptadas por la JFTC, y que campañas similares en relación con productos nacionales habrían sido consideradas también contrarias a la ley. Además, según el Japón, las reglamentaciones sobre premios se han flexibilizado, en particular desde 1994, y son objeto de continua revisión por la JFTC. La "nueva norma general en materia de premios" se había aplicado a todos los sectores a partir de abril de 1996, y desde ese momento la JFTC había procedido a revisar las reglamentaciones sobre premios aplicables a los distintos sectores,

¹³⁹⁸Affidavit of Yasuyuki Suzuki, 13 de febrero de 1997, Ex. 97-6 de los Estados Unidos.

¹³⁹⁹Affidavit of William Jack, 13 de febrero de 1997, Ex. 97-2 de los Estados Unidos, páginas 7-8.

¹⁴⁰⁰Affidavit of Mikio Suzuki, 13 de febrero de 1997, Ex. 97-3 de los Estados Unidos, páginas 1-4.

¹⁴⁰¹Affidavit of Isshi Norito, 13 de febrero de 1997, Ex. 97-5 de los Estados Unidos, páginas 1-3.

incluidas las notificaciones de la JFTC relativas a sectores específicos y los "códigos de competencia leal", con el fin de garantizar su compatibilidad con la nueva norma general en materia de premios. A consecuencia de ello, en marzo de 1997 habían sido anuladas o modificadas 10 de las 29 Notificaciones referentes a sectores específicos.¹⁴⁰² La Notificación 17 sobre premios a las empresas fue derogada el 16 de febrero de 1996. Según el Japón, ninguna de las oficinas competentes del Gobierno japonés recuerda el supuesto incidente de 1987, citado por los Estados Unidos, sobre el proyecto de Kodak de la campaña de "postales". El Japón sostiene que, en cualquier caso, las medidas antes alegadas de la JFTC y del Ministerio de Correos y Telecomunicaciones no tienen nada que ver con la aprobación por la JFTC en 1987 del Código de Competencia Leal y del Consejo de los Minoristas. Por último, el Japón aduce que, dado que las películas y el papel no están comprendidos en el ámbito de ningún código de competencia leal, ni sujetos a ninguna medida de un consejo de comercio leal, los argumentos de los Estados Unidos sobre "el efecto de bloqueo" de esos códigos y consejos sólo podrían tener sentido en relación con las cámaras Kodak, y no con las películas a las que se refiere la reclamación de los Estados Unidos en el presente procedimiento.

10.346 Al examinar los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por los Estados Unidos sobre los ejemplos concretos de supuesto menoscabo, observamos que ninguno de esos ejemplos parece tener una conexión clara con la aprobación en 1987 por la JFTC del Código de Competencia Leal y del Consejo de los Minoristas, ni con cualesquiera medidas adoptadas por el Consejo de los Minoristas al amparo del Código. En concreto, la oferta en 1979 de grabadores de vídeo como premio fue anterior en ocho años aproximadamente a la medida y la supuesta intervención fue una intervención directa de la JFTC y no del Consejo de los Minoristas; el Plan de 1987 para entregar cámaras Kodak Panorama con las comidas de McDonald parece haber chocado con la norma del 10 por ciento de la JFTC aplicable a los premios, y no con cualquier medida del Consejo de los Minoristas; el Plan de 1987 de Kodak para vender postales fotográficas en las oficinas japonesas de correos parece no haberse llevado a efecto debido a la presión de Zenren y a la orientación del Ministerio de Correos y Telecomunicaciones, y no a ninguna medida del Consejo de los Minoristas; y la campaña de promoción de 1990 realizada por un laboratorio fotográfico afiliado a Kodak, Nakamurabashi Photo Station, quedó sin efecto al parecer como consecuencia de la intervención directa de la JFTC, y no de ninguna medida del Consejo de los Minoristas. Además, no estamos convencidos de que ninguna de esas medidas de la JFTC o del Ministerio de Correos y Telecomunicaciones haya trastornado la relación de competitividad entre las películas y el papel nacionales e importados. Por último, consideramos que la alegación del "efecto de bloqueo" hecha por los Estados Unidos es demasiado general y no está apoyada por pruebas suficientes.

10.347 Por las razones expuestas, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que la aprobación por la JFTC del Código de Competencia Leal y del Consejo de los Minoristas en marzo de 1987, ni cualquier medida posterior del Consejo de los Minoristas, anulen o menoscaben ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.348 Así pues, puede considerarse que la aprobación por la JFTC del Código de Competencia Leal y del Consejo de los Minoristas constituyen una medida a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII y que los Estados Unidos han demostrado que no debe considerarse que hubieran previsto esa medida respecto de las expectativas estadounidenses en relación con las películas y el papel en blanco y negro derivadas de la

¹⁴⁰²Kampo, 16 de febrero de 1996, Ex. D-30 del Japón; Kampo, 10 de diciembre de 1996, Ex. D-31 del Japón.

Ronda Kennedy y en relación con toda la gama de productos en litigio en el caso de la Ronda de Tokio. En cambio, los Estados Unidos no han demostrado que la medida en cuestión anule o menoscabe ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. En lo que respecta a la Ronda Uruguay, los Estados Unidos sólo han demostrado la concurrencia de uno de los elementos necesarios para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII: la existencia de una medida.

h) Observaciones finales sobre las "medidas" relativas a la promoción

10.349 Observamos que las pruebas concernientes a las "contramedidas" relativas a la promoción citadas por los Estados Unidos se refieren únicamente a casos aislados de medidas de ejecución adoptadas por la JFTC y el Consejo de los Minoristas al amparo de Notificaciones de la JFTC y del Código de Competencia Leal. Las pruebas confirman además que ni las Notificaciones de la JFTC ni el Código de Competencia Leal limitan significativamente la publicidad o la competencia de precios. En consecuencia, hemos constatado que los Estados Unidos no han demostrado que ninguna de las medidas relativas a la promoción trastorne la relación de competitividad en el mercado japonés entre las películas y el papel importados y nacionales.

6. EFECTOS COMBINADOS

10.350 Recordamos la alegación de los Estados Unidos de que las "contramedidas" relativas a la distribución, la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas, y las "contramedidas" relativas a la promoción, *combinadas*, anulan o menoscaban ventajas resultantes para ese país, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. Más concretamente, los Estados Unidos alegan que: las "contramedidas" relativas a la distribución, en su conjunto, anulan o menoscaban ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII; la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas anulan o menoscaban asimismo ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, en el contexto de la estructura restrictiva de la distribución en el Japón; y las "contramedidas" relativas a la promoción, en su conjunto, anulan o menoscaban ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII, en el contexto de la estructura restrictiva de la distribución en el Japón.

10.351 Los Estados Unidos aducen que las "medidas" relativas a la distribución operan como un todo orgánico. A juicio de los Estados Unidos, los estudios, informes, encuestas, directrices u otras "medidas" relativas a la distribución individualmente y por sí solas podrían no haber bastado para alcanzar el objetivo del Japón de reestructurar el sistema de distribución. Los Estados Unidos sostienen que el MITI preveía que el Gobierno y el sector privado actuaran conjuntamente para fijar las metas de la reestructuración industrial, y que las empresas se esforzaran por alcanzar esas metas, apoyadas por incentivos oficiales fiscales y de otra naturaleza. Según los Estados Unidos, destacados expertos del Japón convienen en que una de las maneras en que se logra la aplicación efectiva de las orientaciones administrativas consiste en un proceso continuo de estudios, encuestas, persuasión y utilización apropiada de incentivos fiscales, para mantener al sector privado centrado en los objetivos fijados por el Gobierno, evaluar la medida en que éstos se han alcanzado y crear una presión de las demás empresas sobre aquellas que se quedan atrás en ese proceso.

10.352 Recordamos la respuesta del Japón de que, dado que ninguna de las "medidas" relativas a la distribución alegadas tiene individualmente un efecto desfavorable sobre los productos importados ni altera las condiciones de competencia a las que éstos se enfrentan, el hecho de que estas medidas se consideren como un "conjunto de medidas" no altera en absoluto el hecho de que las medidas en cuestión no trastornan las condiciones de

competitividad en materia de acceso a los mercados de las películas o el papel importados. En síntesis, el Japón aduce que "la suma de cero y cero es cero".

10.353 A nuestro entender, no puede descartarse la posibilidad de que medidas que aisladamente no menoscaben ventajas, tengan efectos desfavorables en las condiciones de competencia consideradas en su conjunto. No obstante, para demostrar que esa tesis jurídica tiene una pertinencia objetiva al asunto que examinamos, los Estados Unidos deben presentar pruebas concretas pertinentes y justificar detalladamente la forma en que esas pruebas apoyan la teoría. Al examinar las alegaciones de los Estados Unidos en relación con los "efectos combinados", recordamos nuestro análisis del hecho de que i) las diversas "medidas" citadas por los Estados Unidos -"medidas" relativas a la distribución y a la promoción y restricciones aplicadas a las grandes tiendas- fueron introducidas en un período de varios decenios, y ii) varias de esas "medidas" no están ya en vigor. Recordamos también nuestro análisis de los problemas cronológicos en relación con la publicación de las "medidas" y la aparición en el mercado japonés de condiciones normalizadas de transacción y de un sistema de distribución de una sola marca. En ese contexto, consideramos que los Estados Unidos, en cuanto aleguen que las diversas "medidas" adoptadas en relación con la distribución, la promoción y las grandes tiendas ponen en práctica políticas que tienen efectos complementarios y acumulativos sobre las películas y el papel fotográficos, han de exponer detalladamente a este Grupo Especial la forma en que esas supuestas "medidas" interactúan en su aplicación para provocar efectos diferentes de los que supuestamente provoca aisladamente cada una de esas "medidas" y que se suman a ellos.

10.354 Recordamos nuestras constataciones en relación con las supuestas "medidas" relativas a la distribución, y en particular nuestra constatación de que los Estados Unidos no han demostrado que ninguna de las supuestas "medidas" relativas a la distribución (aisladamente consideradas) haya trastornado la competitividad en materia de acceso a los mercados de las películas o el papel importados. En concreto, recordamos que con respecto a cada una de las "medidas" relativas a la distribución citadas por los Estados Unidos hemos constatado que había un problema "cronológico", es decir que la integración vertical y la distribución de una sola marca a que se refería la reclamación de los Estados Unidos se habían producido en gran medida antes de la adopción de las diversas "medidas". Es evidente que el mismo problema cronológico se plantea en relación con las "medidas" relativas a la distribución consideradas en su conjunto. Habida cuenta de esas constataciones anteriores y del hecho de que los Estados Unidos no han expuesto otros argumentos ni presentado pruebas adicionales acerca de la forma en que esas mismas "medidas", "operando de forma combinada", han afectado desfavorablemente a la distribución de las películas y el papel importados en el Japón, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que los efectos combinados de las "medidas" relativas a la distribución menoscaben las expectativas de competencia en materia de acceso a los mercados de las películas o el papel estadounidenses en el mercado japonés.

10.355 Los Estados Unidos aducen también que la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas, en el marco de la estructura restrictiva de la distribución en el Japón, anulan o menoscaban la competitividad en materia de acceso a los mercados de las películas o el papel importados. En particular, alegan que la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas han favorecido el sistema de distribución alineado verticalmente que patrocina el Gobierno del Japón en el sector de las películas y el papel fotográficos. Los Estados Unidos se refieren a un Estudio del MITI de 1969 relativo a las condiciones de transacción que, según los Estados Unidos, demuestra que ese Ministerio consideraba que las grandes tiendas constituían una amenaza para los sistemas de distribución oligopólicos de Fuji y Konica. Según los Estados Unidos, este Estudio cita como otras amenazas a este sistema oligopólico el "desarrollo de canales de venta al por menor (en especial supermercados y cadenas de tiendas ordinarias) distintos de los canales de venta al por menor de material

fotográfico, y los cambios en las condiciones de transacción debidos a este liderazgo" y en segundo lugar, los "efectos de la plena participación de Eastman Kodak". En las orientaciones se explicaba por qué las grandes tiendas amenazaban la distribución oligopólica: "cuando esta participación [la participación de los supermercados en las ventas de películas] se haga mayor, crecerá la influencia sobre los fabricantes, y se perturbará el sistema de mercado controlado por éstos". Los Estados Unidos afirman que, de no ser por las medidas de restricción del crecimiento de las grandes tiendas, éstas habrían introducido en el sistema japonés de distribución un grado suficiente de competencia y capacidad de negociación para erosionar el control vertical exclusivo ejercido sobre la distribución por los fabricantes japoneses. Por ello, sostienen que la Ley de Grandes Tiendas y las medidas conexas deben considerarse "medidas" importantes en los esfuerzos globales del Japón para crear y apoyar una distribución dominada por los fabricantes y alineada verticalmente.

10.356 A estas alegaciones, el Japón responde que los Estados Unidos se limitan a citar fuera de contexto una declaración en apoyo de su argumento de que la Ley de Grandes Tiendas ha "favorecido" el sistema de distribución supuestamente patrocinado por el Gobierno en el sector de las películas y el papel fotográficos. Concretamente, el Japón señala que los Estados Unidos eligen unas pocas frases de la categoría residual "otros" al final del informe de varios centenares de páginas sobre las condiciones de transacción.¹⁴⁰³ El Japón aduce que las observaciones que se hacen en el informe acerca de "problemas futuros" se refieren a la amenaza de la reintroducción de condiciones comerciales irracionales y no a la posible amenaza de las grandes tiendas a un supuesto sistema de distribución oligopólico que supuestamente el Gobierno estuviera tratando de proteger. El Japón señala que el informe del MITI habla de la "libre competencia" como un hecho positivo. A este respecto, el Japón indica que los Estados Unidos han omitido una parte esencial de la cita: "se perturbará el sistema de mercado controlado por los fabricantes, *lo que conducirá a un entorno de libre competencia*" (cursiva añadida). El Japón señala que cometió por inadvertencia un error de traducción, al haber omitido al final de la frase citada las palabras "y este efecto es deseable".¹⁴⁰⁴ Por último, el Japón aduce que el temor expuesto con respecto al aumento de las ventas de los supermercados no era el temor a una amenaza a ningún oligopolio nacional establecido, sino el temor a que esos nuevos canales de venta al por menor introdujesen prácticas comerciales irracionales, como plazos de pago anormalmente largos, devoluciones de productos y envío de personal volante.¹⁴⁰⁵

10.357 A este respecto hay que señalar también que para poder demostrar que la teoría estadounidense de las "medidas" que operan conjuntamente tenga una pertinencia fáctica al asunto que se examina, esa teoría debe basarse en una justificación detallada y en pruebas convincentes. Sobre la base de las pruebas presentadas y los argumentos expuestos por ambas partes, y teniendo en cuenta la parte adicional del informe del Estudio del MITI mencionada por el Japón, consideramos que el informe del Estudio del MITI citado por los Estados Unidos, si se traduce correctamente y se interpreta en su contexto, no apoya suficientemente la tesis de los Estados Unidos en relación con la supuesta función de la Ley de Grandes Tiendas (y las "medidas" conexas) para favorecer lo que los Estados Unidos pretenden que es un sistema oligopólico de distribución de las películas y el papel

¹⁴⁰³MITI's 1969 Survey Report on Transaction Terms, Ex. B-1 del Japón, página 309; Ex. 15 de los Estados Unidos.

¹⁴⁰⁴Ibíd. El Japón manifiesta que aunque pueda considerarse que la frase inicialmente citada identifica una amenaza, la cita correcta indica claramente que se considera que la "libre competencia" es "deseable". Ibíd.

¹⁴⁰⁵Ibíd.

fotográficos en el Japón, sino que las pruebas parecen indicar que la máxima preocupación del MITI era evitar la reintroducción de lo que consideraba condiciones comerciales irracionales. En la medida en que los Estados Unidos alegan que la Ley de Grandes Tiendas "generaba" en el Japón un sistema de distribución verticalmente integrado y dominado por los fabricantes, su pretensión se enfrenta al problema cronológico a que se ha hecho antes referencia, es decir, al hecho de que esa estructura de la distribución existía antes de la adopción de la Ley de Grandes Tiendas en 1973. Los Estados Unidos no presentan pruebas suficientes en cuanto a la forma en que la Ley de Grandes Tiendas contribuyó a conservar esa estructura preexistente basada en la integración vertical. A falta de otras pruebas y argumentos que apoyen la alegación de los Estados Unidos, y habida cuenta de nuestras anteriores constataciones, según las cuales los Estados Unidos no han demostrado que la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas hayan trastornado la competitividad en materia de acceso a los mercados de las películas o el papel importados, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas hayan favorecido en el Japón un sistema de distribución verticalmente alineado de las películas y el papel.

10.358 Los Estados Unidos sostienen además que, con independencia del papel que desempeña la Ley de Grandes Tiendas en apoyo del sistema oligopólico de distribución en el sector de las películas y el papel fotográficos del Japón, las restricciones aplicadas a las grandes tiendas han limitado el acceso al mercado, al restringir un canal alternativo para la comercialización de productos extranjeros. Los Estados Unidos aducen que el desarrollo sin restricciones de las grandes tiendas, aun cuando no alterara la dominación exclusiva de los fabricantes sobre los mayoristas japoneses, permitiría la expansión de un canal de ventas que, según los Estados Unidos, ha demostrado ser más propicio a las importaciones en el Japón. Los Estados Unidos citan el ejemplo de Agfa, la mitad al menos de cuyas ventas de películas en el Japón se efectúan a la cadena de supermercados Daiei, que es la mayor empresa minorista del país. Si la reglamentación represiva del Gobierno japonés no hubiera retardado durante tres decenios la expansión de Daiei, Daiei podría ser hoy una cadena aún mayor, y las ventas de Agfa a esa cadena podrían ser también mayores. Por otra parte, según los Estados Unidos, si los mayoristas primarios del Japón no mantuviesen relaciones de exclusividad con los fabricantes japoneses y estuvieran dispuestos a ofrecer películas extranjeras, la necesidad de recurrir como alternativa a las grandes tiendas sería mucho menor. Así pues, los Estados Unidos afirman que, con independencia de los efectos de la Ley de Grandes Tiendas en combinación con las "medidas" relativas a la distribución, la Ley de Grandes Tiendas (y las "medidas" conexas) *por sí mismas*, en el marco de un sistema cerrado de distribución, anulan o menoscaban ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.359 El Japón rechaza las alegaciones de menoscabo con respecto a los efectos combinados de la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas en el contexto del sistema japonés de distribución "cerrado", reafirmando en que ninguna de las supuestas "medidas" tiene individualmente efectos desfavorables sobre los productos importados ni altera la competitividad de esos productos. Según el Japón, no es más probable que las grandes tiendas ofrezcan a la venta productos importados: lo que importa es el volumen de ventas, independientemente de que se trate de pequeñas o grandes tiendas. El Japón afirma, además, que a pesar de la existencia de la Ley de Grandes Tiendas, el número de grandes tiendas ha aumentado. El Japón reitera que no hay pruebas de los efectos combinados de la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas, en el contexto de un sistema de distribución cerrado, porque la suma de cero es cero.

10.360 Como hemos indicado antes, para que pudiera considerarse que la noción de efectos combinados es efectivamente pertinente al asunto que se examina, los Estados Unidos deberían haber demostrado claramente cómo las pruebas apoyan esa alegación.

Recordamos a este respecto nuestras constataciones acerca de la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas, que hemos examinado conjuntamente, y en especial nuestras constataciones según las cuales los Estados Unidos no han demostrado que ninguna de esas supuestas "medidas" haya trastornado la relación de competitividad en la esfera del acceso a los mercados de las películas o el papel importados. Habida cuenta de esas constataciones anteriores y del hecho de que los Estados Unidos no han expuesto otros argumentos ni presentado pruebas adicionales sobre la forma en que esas "medidas", "operando de forma combinada", hayan tenido repercusiones negativas en la distribución de películas y papel importados en el Japón, salvo la referencia anecdótica a la utilización por Agfa de la cadena de supermercados Daiei como vehículo principal de la distribución de películas en el Japón (argumento que, de ser exacto, podría considerarse indicativo de la existencia de esa fuente alternativa de distribución en el Japón), constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que los efectos combinados de la Ley de Grandes Tiendas y las "medidas" conexas, en el contexto de un supuesto sistema de distribución cerrado, menoscaben la relación de competitividad de las películas o el papel importados en el Japón en lo que se refiere al acceso a los mercados.

10.361 Recordamos a continuación la alegación de los Estados Unidos de que las "contramedidas" relativas a la promoción han favorecido también el sistema de distribución cerrado. Según los Estados Unidos, la Notificación 17 de la JFTC de conformidad con la Ley de Premios eliminó un importante medio de que los fabricantes extranjeros ofrecieran a los distribuidores japoneses condiciones más interesantes para comercializar los productos extranjeros. La Notificación 17 de la JFTC, a juicio de los Estados Unidos, eliminó sustancialmente todo tipo de premios de los fabricantes a los mayoristas, excepto aquellos de valor simbólico que pudieran considerarse razonables a la luz de las prácticas comerciales habituales. Los Estados Unidos sostienen que al limitar la capacidad de ofrecer premios, se ha limitado la capacidad de los fabricantes extranjeros de utilizar su capacidad financiera y de comercialización para convencer a los distribuidores japoneses de que abandonaran su relación de exclusividad con los fabricantes japoneses, o para consolidar su relación con los distribuidores japoneses. Y, dado que, a juicio de los Estados Unidos, la Notificación 17 apoya directamente el sistema de distribución dominado por los fabricantes japoneses, hay que considerar que esa Notificación constituye a la vez una "contramedida" relativa a la distribución y una "contramedida" relativa a la promoción. Otras "contramedidas" relativas a la promoción, contribuyen también, según los Estados Unidos, a limitar el acceso a los mercados de las películas y el papel fotográficos en el Japón. Cuando un fabricante extranjero tiene un acceso limitado al sistema de distribución, es especialmente importante que pueda llegar a los consumidores japoneses mediante premios y campañas de promoción atractivos. Según los Estados Unidos, cualquiera de los límites aplicados a los premios y a las campañas de promoción, considerado individualmente, puede no haber menoscabado sustancialmente la capacidad de las empresas extranjeras para competir en el Japón, pero consideradas en su conjunto, las "contramedidas" relativas a la promoción han tenido un efecto de bloqueo importante, sobre todo en el sistema de aplicación basado en los códigos y consejos de competencia leal y en las medidas del Consejo de Promoción Leal del Comercio.

10.362 El Japón rechaza la alegación de los Estados Unidos de que las supuestas "medidas" relativas a la promoción, consideradas en su conjunto, hayan menoscabado ventajas resultantes para los Estados Unidos, puesto que, según el Japón, ninguna de las supuestas "medidas" consideradas individualmente ha tenido efectos desfavorables sobre los productos importados o ha alterado la relación de competitividad respecto de esos productos. El Japón reitera que aun cuando se considere a las políticas relativas a la distribución y a las "medidas" relativas a la Ley de Premios como dos "conjuntos de medidas", esas medidas no pueden en absoluto colocar en una situación desventajosa a las

importaciones, porque, según el Japón, la suma de cero y cero es cero.

10.363 Una vez más señalamos que para demostrar que la teoría estadounidense de los efectos combinados es efectivamente pertinente al asunto que se examina, sería necesario que esa teoría se basara en una justificación detallada y en pruebas convincentes. Recordamos a este respecto nuestras constataciones con respecto a la supuestas "medidas" relativas a la promoción, y en especial nuestras constataciones según las cuales los Estados Unidos no han demostrado que ninguna de esas supuestas "medidas" -individualmente- haya trastornado la relación de competitividad de las películas o el papel importados en lo que se refiere al acceso a los mercados. Aunque se regulan, de forma no discriminatoria, algunas actividades específicas de promoción (publicidad engañosa, determinados premios), se admiten instrumentos como la publicidad veraz y la competencia de precios. En conjunto, los Estados Unidos sólo citan un número reducido de ejemplos, que corresponden a un período de muchos años, en los que se limitaron en algún sentido actividades de promoción de Kodak. Habida cuenta de esas constataciones anteriores y del hecho de que los Estados Unidos no han expuesto otros argumentos ni han presentado pruebas adicionales sobre la forma en que esas "medidas", "operando de forma combinada", han afectado negativamente a la distribución en el Japón de películas y papel importados, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que los efectos combinados de las "medidas" relativas a la promoción, en el marco de un supuesto sistema de distribución cerrado, menoscaben la competitividad en el Japón de las películas o el papel estadounidenses en lo que se refiere al acceso a los mercados.

10.364 Por último, los Estados Unidos sostienen que las "contramedidas" relativas a la promoción, consideradas en su conjunto, *combinadas* con los esfuerzos del Gobierno japonés para reestructurar el sistema de distribución mediante las "contramedidas" relativas a la distribución y las "medidas" concernientes a las grandes tiendas, han tenido por efecto la anulación o el menoscabo de ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.365 El Japón responde que las alegaciones de los Estados Unidos respecto de las tres categorías de "medidas" combinadas entre sí es deficiente desde el punto de vista fáctico y lógico. A juicio del Japón, los Estados Unidos no han presentado pruebas verosímiles de que las "medidas" estuvieran destinadas a operar de forma combinada o que operaran de hecho de forma combinada. El Japón afirma además que los Estados Unidos no han aportado pruebas de que la Ley de Grandes Tiendas haya tratado en algún sentido de perjudicar a los productos extranjeros, dado que la Ley se aplica actualmente y se ha aplicado en todo momento de manera uniforme a todas las entidades que facilitan servicios de comercio al por menor. De forma análoga, el Japón mantiene que los Estados Unidos no han aportado pruebas de que las medidas de la JFTC hayan afectado desfavorablemente a los productos extranjeros (párrafo 4.27).

10.366 Una vez más, recordamos nuestras constataciones según las cuales las pruebas presentadas por los Estados Unidos no demuestran que ninguna de las "medidas" individuales -"medidas" relativas a la distribución, "medidas" que restringen las grandes tiendas, o "medidas" relativas a la promoción- anule o menoscabe ventajas resultantes para los Estados Unidos en lo que respecta a las expectativas de acceso a los mercados de las películas o el papel importados. Habida cuenta de esas constataciones anteriores y del hecho de que los Estados Unidos no han expuesto otros argumentos ni han presentado pruebas adicionales en apoyo de sus tesis de que todas esas "medidas" operando de forma combinada, han alterado las expectativas de los Estados Unidos en materia de acceso a los mercados, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que las tres categorías de "medidas" *combinadas* anulen o menoscaben ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

10.367 En último término, no corresponde a este Grupo Especial realizar una investigación propia, amplia e independiente de la posible aplicabilidad de la teoría estadounidense de los efectos combinados al asunto que se examina, sino que incumbe a los Estados Unidos, en su calidad de parte reclamante, hacer una exposición detallada de la pertinencia de su teoría. Consideramos que los Estados Unidos no han hecho esa exposición.

F. PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III: TRATO NACIONAL EN LO CONCERNIENTE A LEYES, REGLAMENTOS Y PRESCRIPCIONES

10.368 Los Estados Unidos sostienen que las mismas "medidas" relativas a la distribución que han citado como medidas que anulan o menoscaban ventajas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII conceden además un trato menos favorable a las películas y el papel importados, con infracción de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III. Concretamente, los Estados Unidos alegan que la aplicación por el Japón de las ocho "medidas" siguientes infringe el artículo 4 del artículo III¹⁴⁰⁶:

- 1) la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 sobre la liberalización de las inversiones directas en el país;
- 2) la Notificación 17 de 1967 de la JFTC sobre premios a las empresas;
- 3) el Sexto Informe Provisional sobre perspectivas y aspectos de la modernización de la distribución, de 1968;
- 4) el Séptimo Informe Provisional, sobre sistematización de las actividades de distribución, de 1969;
- 5) el informe del Estudio de 1969 sobre las condiciones de transacción;
- 6) las Directrices para la racionalización de las condiciones del comercio de películas fotográficas, de 1970;
- 7) el Plan Básico de Sistematización de la Distribución, de 1971; y
- 8) el Manual de Sistematización de la Distribución por la Industria: cámaras y películas fotográficas, de 1975.

Antes de examinar esas ocho medidas relativas a la distribución a la luz del párrafo 4 del artículo III¹⁴⁰⁷, deseamos hacer algunas observaciones de carácter general en relación con esa disposición del GATT y su adecuada interpretación en el presente asunto.

10.369 El texto del párrafo 4 del artículo III, en la parte pertinente, es el siguiente:

"4. Los productos del territorio de [todo Miembro] importados en el territorio de cualquier [otro Miembro] no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta,

¹⁴⁰⁶En el párrafo 10.21 *supra* hemos constatado que las tres "medidas" adicionales relativas a la distribución citadas por los Estados Unidos -la aplicación de las disposiciones relativas a la notificación de los contratos internacionales del Reglamento N° 1 de la JFTC de conformidad con el artículo 6 de la Ley Antimonopolio (abril de 1971), la ayuda financiera concedida por el JDB a los mayoristas de Konica (1976) y la ayuda financiera concedida por la SMEA a los laboratorios de fotografía (julio de 1977)- no están comprendidas en el mandato de este Grupo Especial, por no haber sido planteadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial de forma compatible con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, por lo que no hemos procedido a examinarlas.

¹⁴⁰⁷Dado que los argumentos de las Comunidades Europeas en relación con el párrafo 4 del artículo III coinciden en gran medida con los de los Estados Unidos, no nos ocupamos separadamente de los argumentos de las CE.

la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior."

Consideramos que, en consonancia con los precedentes en el GATT/OMC, en virtud de esta disposición los Estados Unidos están obligados a demostrar la existencia de: a) una ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta o la distribución en el mercado interior de películas o papel importados; y b) que el trato recibido por las películas y el papel importados en lo concerniente a la ley, el reglamento o la prescripción es menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional.¹⁴⁰⁸ Observamos que no hay discrepancia entre las partes sobre este punto.

10.370 Al examinar la pertinencia del párrafo 4 del artículo III a la presente diferencia, consideramos que hemos de tener también en cuenta el principio general establecido en el párrafo 1 del artículo III, que estipula lo siguiente:

"1. [Los Miembros] reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional."

Como el Órgano de Apelación declaró en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*:

"El párrafo 1 del [artículo III] formula el principio general de que no deberían aplicarse medidas interiores de manera que se proteja la producción nacional. Este principio general informa el resto del artículo III. La finalidad del citado párrafo 1 es establecer ese principio general y que sirva de guía para la comprensión e interpretación de las obligaciones específicas que figuran en el párrafo 2 del artículo III y los demás párrafos del mismo artículo, respetando al propio tiempo, y no disminuyendo en ningún modo, el significado de la actual redacción de los textos de esos otros párrafos."¹⁴⁰⁹

Esencialmente, como reiteró el Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas*, "el artículo III obliga a los Miembros de la OMC a facilitar para los productos importados unas condiciones de competencia iguales a las de los productos nacionales".¹⁴¹⁰

10.371 Observamos que la cuestión específica en relación con el trato nacional que examinó

¹⁴⁰⁸Véase por ejemplo, *Estados Unidos - Gasolina*, WT/DS2/9, páginas 37-38.

¹⁴⁰⁹WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, página 22.

¹⁴¹⁰Ibíd., página 20, con una cita de los asuntos *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, IBDD 34S/157, párrafo 5.1.9 y *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*, IBDD 34S/94, párrafo 5.5 b). Véase el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 337*, que se examina más adelante, en el que se declaró por primera vez que "la frase 'no deberán recibir un trato menos favorable' del párrafo 4 [del artículo III] exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados en lo relativo a la aplicación de cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior" (la cursiva es nuestra). Informe adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402, página 451, párrafo 5.11. Véanse también *CEE - Piezas y componentes*, IBDD 37S/147; *Canadá - Inversión extranjera*, IBDD 30S/151.

el Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas* era el de las diferencias de la imposición interna en relación con el párrafo 2 del artículo III y que, aunque el Órgano de Apelación indica claramente que el principio general formulado en el párrafo 1 del artículo III informa el resto de ese artículo y que ese principio debe servir de guía para la comprensión e interpretación de sus demás párrafos, en el asunto *Bananos III* el Órgano de Apelación declaró que "la determinación con respecto a si ha habido o no una infracción del párrafo 4 del artículo III *no* exige que se considere separadamente si una medida "prote[ge] la producción nacional".¹⁴¹¹ En consecuencia, y en consonancia con la declaración más reciente del Órgano de Apelación formulada en *Bananos III*, utilizaremos el principio general formulado en el párrafo 1 del artículo III como guía para interpretar el párrafo 4 de dicho artículo, pero no consideraremos separadamente si las medidas citadas por los Estados Unidos "prote[gen] la producción nacional".

10.372 En cuanto a la carga de la prueba, como hemos manifestado antes (sección D), observamos que corresponde a la parte que exponga un hecho, o formule una alegación u oposición la carga de aportar la prueba correspondiente. Una vez que la parte haya aportado pruebas suficientes para establecer la presunción de que lo alegado es cierto, la carga de presentar pruebas para refutar la presunción se desplaza a la otra parte.¹⁴¹² Así pues, en el asunto que examinamos, incumbe a los Estados Unidos la carga de probar sus alegaciones, incluidas las formuladas en relación con los artículos III y X. Una vez que los Estados Unidos hayan establecido la presunción de que lo alegado es cierto, corresponde al Japón la carga de presentar pruebas suficientes para refutar esa presunción.

a) Leyes, reglamentos o prescripciones

10.373 En relación con las ocho "medidas" relativas a la distribución citadas por los Estados Unidos, hemos de determinar en primer lugar si constituyen leyes, reglamentos [o] prescripciones en el sentido del párrafo 4 del artículo III. En este punto, recordamos que al ocuparnos de la interpretación del término *medida* en el contexto del párrafo 1 b) del artículo XXIII, y en relación con las mismas ocho "medidas" relativas a la distribución de que se trata aquí, llegamos a la conclusión de que debía darse a ese término una interpretación amplia.¹⁴¹³

10.374 Recordamos además la referencia que hacíamos en esa misma sección a anteriores asuntos sustanciados en el marco del GATT en los que se había tratado de lo que podía considerarse comprendido en la expresión "cualquier ley, reglamento o prescripción" del párrafo 4 del artículo III. En esa sección observábamos que, en esos asuntos, la conclusión de la existencia de una ley, reglamento o prescripción vigente que infringiera las normas del GATT daba lugar a una presunción de anulación o menoscabo. Aun así, los grupos especiales han adoptado un enfoque amplio al examinar cuándo una medida gubernamental es una ley, reglamento o prescripción. Por ejemplo en 1984, un grupo especial examinó los compromisos escritos de compra y exportación en el marco de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera del Canadá, presentados por los inversores en relación con las actividades de las empresas que se proponían adquirir o establecer y supeditados a la aprobación por el Gobierno canadiense de la adquisición o establecimientos propuestos. Esos compromisos por escrito se consideraban jurídicamente

¹⁴¹¹WT/DS27/AB/R, página 106 (cursiva en el original).

¹⁴¹²Véase *Estados Unidos - Camisas y blusas de tejidos de lana*, WT/DS33/AB/R, página 16.

¹⁴¹³Véanse los párrafos 10.47 a 10.50.

vinculantes en virtud de la Ley. El Grupo Especial determinó que había que considerar que los compromisos eran leyes, reglamentos o prescripciones en el sentido del párrafo 4 del artículo III aunque la Ley no hiciera obligatoria su presentación.¹⁴¹⁴ De forma análoga, el Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Piezas y componentes* consideró que la expresión "ley, reglamento o prescripción" abarcaba las obligaciones "que una empresa acepta voluntariamente con objeto de obtener una ventaja del Gobierno".¹⁴¹⁵

10.375 Observamos que hay discrepancia entre las partes en cuanto a la amplitud de la interpretación que debe darse a la expresión "cualquier ley, reglamento o prescripción" del párrafo 4 del artículo III. Los Estados Unidos aducen que la expresión se refiere a medidas gubernamentales, es decir a medidas adoptadas en nombre de un Miembro de la OMC por funcionarios públicos o por particulares autorizados a actuar en nombre del gobierno, en aplicación de políticas gubernamentales. Según los Estados Unidos, del propio texto del párrafo 4 del artículo III se desprende que abarca "cualquier" acto del gobierno que incluya la formulación de la política del gobierno y su aplicación. Los Estados Unidos mantienen que un Miembro debe ser considerado responsable cuando su actuación conceda un trato menos favorable a los productos importados que a los nacionales, con independencia del sistema utilizado por el Miembro para obtener ese resultado. A juicio de los Estados Unidos, no hay un criterio ni una serie de criterios que tengan carácter decisivo, enfoque que, según los Estados Unidos, coincide con la advertencia del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* en la que incita a adoptar un enfoque caso por caso y a abstenerse de aplicar las normas de la OMC en una forma que prescinda "de los hechos reales, en casos reales, en el mundo real".¹⁴¹⁶ El Japón responde que para que una parte esté sujeta a una prescripción gubernamental es necesario que i) esté obligada legalmente a cumplir lo solicitado, o ii) obtenga alguna ventaja del Gobierno a cambio de su cumplimiento. Dicho de otro modo, es necesario que el incumplimiento lleve aparejada, formal o sustantivamente, una sanción del gobierno o la privación de una ventaja ofrecida por el gobierno.

10.376 Del tenor literal de las palabras *cualquier ley, reglamento o prescripción* del párrafo 4 del artículo III parece inferirse que su alcance es más limitado que el del término *medida* del párrafo 1 b) del artículo XXIII. No obstante, con independencia de que haya o no que dar a esas palabras una interpretación tan amplia como al término *medida*, habida cuenta de la interpretación amplia que se ha dado a ellas en los asuntos que hemos citado, partimos, a los efectos de nuestro análisis, del supuesto de que debe entenderse que abarcan una gama igualmente amplia de actos del gobierno y acciones de particulares que pueden asimilarse a medidas gubernamentales. A este respecto, estimamos que nuestro anterior análisis de los asuntos del GATT en que se ha examinado la orientación administrativa en relación con lo que puede estimarse que constituye una "medida" a los efectos del párrafo 1 b) del artículo XXIII, y particularmente de los informes de los Grupos Especiales sobre *Japón - Semiconductores* y *Japón - Productos agropecuarios* es también aplicable al ámbito de la expresión de "cualquier ley, reglamento o prescripción" del párrafo 4 del artículo III.

¹⁴¹⁴ *Canadá - Inversión extranjera*, IBDD 30S/151, páginas 171-172, párrafo 5.4.

¹⁴¹⁵ *CEE - Piezas y componentes*, IBDD 37S/147, página 218, párrafo 5.21. Véase también *Bananos III*, WT/DS27/R, párrafos 7.179 y 7.180. Observamos también que la Lista ilustrativa de medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC) que figura en el anexo al Acuerdo sobre las MIC indica que las MIC incompatibles con el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo XI incluyen las que sean "obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja" (la cursiva es nuestra).

¹⁴¹⁶ *Japón - Bebidas alcohólicas*, página 37.

10.377 Recordamos nuestras anteriores constataciones, según las cuales sólo cuatro de las ocho "medidas" en litigio relativas a la distribución -la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, la Notificación 17 de 1967 de la JFTC, las Directrices de 1970 y el Plan Básico de 1971- son o han sido medidas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. De esas cuatro medidas, consideramos que la Notificación 17 de la JFTC ya no está en vigor. En consecuencia, hemos constatado ya que de las ocho "medidas" relativas a la distribución citadas por los Estados Unidos sólo deben considerarse medidas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII la Decisión del Consejo de Ministros de 1967, las Directrices de 1970 y el Plan Básico de 1971. En consecuencia, aplicando la hipótesis indicada en cuanto a la similitud de las *leyes, reglamentos o prescripciones* a que se refiere el párrafo 4 del artículo III y las *medidas* a que se refiere el párrafo 1 b) del artículo XXIII, supondremos que las tres medidas encajan en la definición de *cualquier ley, reglamento [o] prescripción* en el sentido del párrafo 4 del artículo III. Además, para que nuestro análisis sea más completo, al examinar si se concede a los productos importados un trato menos favorable, partiremos del supuesto de que las otras cinco "medidas" relativas a la distribución citadas por los Estados Unidos son también *leyes, reglamentos [o] prescripciones* a los efectos del párrafo 4 del artículo III.

b) Trato no menos favorable

10.378 Recordamos que los Estados Unidos alegan que las ocho "medidas" en litigio relativas a la distribución conceden a las películas y el papel importados un trato menos favorable que a las películas y el papel similares de origen nacional en el mercado japonés, en tanto que el Japón sostiene que los Estados Unidos no han demostrado que las supuestas "medidas" concedan un trato menos favorable a las películas o el papel importados.¹⁴¹⁷

10.379 Recordando la manifestación hecha por el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* según la cual "el artículo III obliga a los Miembros de la OMC a facilitar para los productos importados unas condiciones de competencia iguales a las de los productos nacionales"¹⁴¹⁸ consideramos que este criterio de la igualdad efectiva de las condiciones de competencia en el mercado interno constituye el criterio del trato nacional exigible, no sólo en general con respecto al artículo III, sino, más concretamente, en relación con el "trato no menos favorable" a que se refiere el párrafo 4 del artículo III. Observamos, a este respecto, que la interpretación del trato igual en el sentido de igualdad efectiva de oportunidades de competencia, que enunció claramente por primera vez el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 337*¹⁴¹⁹ ha sido aplicada sistemáticamente en informes de posteriores grupos especiales del GATT y de la OMC.¹⁴²⁰ El informe del Grupo

¹⁴¹⁷Ninguna de las partes pone en duda que las películas y el papel importados sean "productos similares" a las películas y el papel nacionales (japoneses), por lo que no vemos que haya ninguna razón para examinar este requisito concreto del párrafo 4 del artículo III.

¹⁴¹⁸*Japón - Bebidas alcohólicas*, página 20, en la que se citan los asuntos *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, IBDD 34S/157, párrafo 5.1.9 y *Japón - Impuestos sobre bebidas*, IBDD 34S/94, párrafo 5.5 b).

¹⁴¹⁹*Estados Unidos - Artículo 337*, IBDD 36S/402, páginas 451-452, párrafo 5.11.

¹⁴²⁰Véanse por ejemplo, *Canadá - Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización*, adoptado el 18 de febrero de 1992, IBDD 39S/28, párrafos 5.12 a 5.14 y 5.30-5.31; *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, IBDD 39S/242, párrafo 5.30; *Estados Unidos - Gasolina*, WTO/DS2/R, párrafo 6.10; *Canadá - Publicaciones*, WT/DS31/R, adoptado el 30 de julio de 1997, página 89; *Bananos III*, WT/DS27/R, párrafos 7.179-7.180.

Especial sobre *Estados Unidos* - Artículo 337 explica muy claramente el criterio, en los siguientes términos:

"la prescripción del párrafo 4 del artículo III de que el trato no sea 'menos favorable', no va acompañada de reserva ni precisión alguna. El mismo concepto se encuentra en otras partes del Acuerdo General y en acuerdos negociados posteriormente en el marco del GATT, en tanto que la *expresión del principio fundamental de trato* entre los productos importados y otros productos extranjeros (en virtud del principio de la nación más favorecida) o entre aquéllos y los productos nacionales (en virtud del trato nacional prescrito por el artículo III). La frase 'no deberán recibir un trato menos favorable' exige *una igualdad efectiva de oportunidades* para los productos importados en lo relativo a la aplicación de cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior. Ello establece claramente el criterio mínimo admisible" (la cursiva es nuestra).¹⁴²¹

10.380 Recordamos nuestras anteriores constataciones según las cuales no se ha demostrado que ninguna de las ocho "medidas" relativas a la distribución citadas por los Estados Unidos establezcan una discriminación respecto de los productos importados, bien *de jure* (el caso de las medidas que por su propio tenor literal establecen una discriminación en función del origen de los productos) o *de facto* (medidas que al ser aplicadas trastornan la relación de competitividad entre productos nacionales e importados existente en el momento en que se otorgó la concesión arancelaria pertinente). A este respecto, podría aducirse que el criterio que enunciamos y aplicamos en relación con el párrafo 1 b) del artículo XXIII -el "trastorno de la relación de competitividad"- difiere de "la alteración de la igualdad efectiva de oportunidades de competencia" aplicable al párrafo 4 del artículo III. No obstante, no encontramos ninguna diferencia significativa entre los dos criterios, aparte del hecho de que este criterio relativo al párrafo 4 del artículo III exige en general la concesión de un trato no menos favorable a los productos importados, en tanto que el criterio del párrafo 1 b) del artículo XXIII requiere una comparación de la relación de competitividad entre productos extranjeros y nacionales en dos momentos concretos distintos: el del otorgamiento de la concesión y el momento actual.

10.381 En este análisis, como en nuestro examen de las mismas medidas en relación con la alegación estadounidense de anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones, las pruebas aducidas por los Estados Unidos indican que las medidas ni i) establecen, por sus propios términos, una discriminación respecto de las películas o el papel importados (son formalmente neutrales en cuanto al origen de los productos) ni ii) tienen en su aplicación efectos distintos sobre las películas o el papel importados. Como hemos señalado anteriormente en el análisis de la reclamación de anulación y menoscabo sin infracción de disposiciones, no estamos convencidos de que la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 o las Directrices de 1970 estuvieran destinadas a fomentar la integración vertical del sector de la distribución de materiales fotográficos con el fin de impedir a los productos extranjeros el acceso al mercado. Además, los argumentos estadounidenses sobre la existencia de una relación causal tropiezan con graves dificultades cronológicas, ya que no estamos persuadidos de que haya un nexo significativo entre la Decisión del Consejo de Ministros de 1967 o las Directrices de 1970, de una parte, y la estructura del mercado, preexistente en gran medida, de otra. Por otra parte, las recomendaciones del Plan Básico de 1971 parecen ser neutrales en cuanto al origen de los productos y promover la normalización y modernización incluida la informatización de las prácticas empresariales y las técnicas de gestión. Además, como hemos indicado también antes, la distribución al por

¹⁴²¹ *Estados Unidos* - Artículo 337, IBDD 36S/402, página 451, párrafo 5.11.

mayor de una sola marca es la estructura común del mercado -de hecho, la normal- en la mayoría de los grandes mercados nacionales de películas, incluido el estadounidense. No está claro por qué razón no podrían existir en el Japón los mismos factores económicos que favorecieron la distribución al por mayor de una sola marca en los Estados Unidos.

10.382 En consecuencia, y esencialmente por las razones ya expuestas en nuestras constataciones sobre las alegaciones de anulación y menoscabo sin infracción de disposiciones, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que ninguna de las "medidas" en litigio relativas a la distribución conceda a las películas y el papel importados un trato menos favorable que a las películas y el papel de origen japonés, por lo que debe desestimarse la reclamación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 4 del artículo III.

G. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO X: PUBLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE APLICACIÓN GENERAL

10.383 Los Estados Unidos alegan que los dos aspectos siguientes de la actuación del Gobierno del Japón son incompatibles con el párrafo 1 del artículo X del GATT¹⁴²²:

1) en el contexto de la Ley de Premios y de los códigos de competencia leal pertinentes, el Japón no ha publicado las medidas de aplicación de la JFTC y de los consejos de comercio leal que establecen o modifican criterios susceptibles de aplicación en casos futuros; y

2) en el contexto de la Ley de Grandes Tiendas y de las reglamentaciones locales pertinentes, el Japón no ha publicado las orientaciones de conformidad con las cuales las oficinas regionales del MITI, los gobiernos de las prefecturas y las autoridades locales obligan a quienes solicitan el establecimiento de una nueva tienda o la ampliación de una tienda existente, de conformidad con la Ley de Grandes Tiendas, a coordinar sus planes con los competidores locales antes de presentar una notificación para que sea examinada por las autoridades públicas, y continúan imponiendo el trámite de "aclaraciones previas".

1. REFLEXIONES GENERALES ACERCA DEL CRITERIO LEGAL DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO X

10.384 Antes de examinar cada una de esas alegaciones, nos ocuparemos de algunos aspectos de carácter más general en relación con el criterio legal del párrafo 1 del artículo X. El texto del párrafo 1 del artículo X, en la parte pertinente, establece lo siguiente:

"Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y *disposiciones administrativas de aplicación general* que cualquier [Miembro] haya puesto en vigor y que se refieran a la clasificación o a la valoración en aduana de productos, a los tipos de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas, o a las prescripciones, restricciones o prohibiciones de importación o exportación, o a la transferencia de pagos relativa a ellas, o a *la venta, la distribución*, el transporte, el seguro, el almacenamiento, la

¹⁴²²Observamos que aunque en la solicitud de establecimiento de este Grupo Especial presentada por los Estados Unidos (WT/DS44/2) se hace referencia a la violación de los párrafos 1 y 3 del artículo X, los Estados Unidos no han formulado ninguna alegación legal en relación con el párrafo 3 del artículo X en sus comunicaciones al Grupo Especial, por lo que limitamos nuestro examen de las reclamaciones formuladas en relación con el artículo X a las formuladas al amparo del párrafo 1 de dicho artículo.

inspección, la exposición, la transformación, la mezcla o cualquier otra utilización de dichos productos, *serán publicados rápidamente a fin de que los gobiernos y los comerciantes tengan conocimiento de ellos*" (la cursiva es nuestra).

Observamos que los Estados Unidos no se refieren a leyes, reglamentos o decisiones judiciales, sino a *disposiciones administrativas* y que la principal cuestión que plantean sus alegaciones al respecto es si las disposiciones administrativas que, según los Estados Unidos, el Japón no ha publicado son disposiciones administrativas *de aplicación general*. En particular, los Estados Unidos mantienen que el Japón aplica la Ley de Premios y el Código de Competencia Leal de los Minoristas, así como la Ley de Grandes Tiendas, fundamentalmente a través de medidas de aplicación informales, *no publicadas*, de forma incompatible con lo prescrito en el párrafo 1 del artículo X.

10.385 El reciente informe del Grupo Especial de la OMC que examinó el asunto *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y de fibras sintéticas o artificiales* analizó el significado de la expresión "de aplicación general".¹⁴²³ Este Grupo Especial consideró que "por ejemplo, si la medida se hubiese dirigido a una empresa determinada o hubiese sido aplicada a un envío determinado, no podría haber sido considerada como medida de aplicación general".¹⁴²⁴ Hacemos nuestro ese análisis y consideramos que, en consonancia con el significado corriente del texto del párrafo 1 del artículo X, la obligación de publicación impuesta por dicho precepto no se extiende a las disposiciones administrativas destinadas a personas o entidades determinadas.

10.386 No obstante, no hay en el GATT o en la OMC otros precedentes directamente pertinentes.¹⁴²⁵ En concreto, no hay precedentes sobre si la obligación de publicar las disposiciones administrativas de aplicación general que impone el párrafo 1 del artículo X abarca también, como sostienen los Estados Unidos, la resolución de cuestiones concretas por un órgano administrativo que establece o revisa sustancialmente criterios o principios susceptibles de aplicación en casos futuros. Una vez dicho esto, hay que señalar que el Japón parece haber formulado una argumentación muy similar en el procedimiento del Grupo Especial sobre *CEE - Piezas y componentes*, al impugnar las prácticas de la CEE en relación con la aceptación de las ofertas de compromisos en virtud de la reglamentación antidumping de la Comunidad y la determinación del origen de las piezas utilizadas en las operaciones de montaje.¹⁴²⁶ El Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Piezas y componentes*, al resolver el asunto basándose en otros factores, no analizó la reclamación formulada al amparo del artículo X.

¹⁴²³Informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y de fibras sintéticas o artificiales* ("*Estados Unidos - Restricciones aplicadas a la ropa interior*"), WT/DS24/R, adoptado el 25 de febrero de 1997, párrafo 7.65.

¹⁴²⁴Ibíd. El Órgano de Apelación confirmó esta constatación. Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a la ropa interior*, WT/DS24/R, adoptado el 25 de febrero de 1997.

¹⁴²⁵En varios casos en los que los grupos especiales que examinaban restricciones cuantitativas han constatado la incompatibilidad de esas restricciones con el párrafo 1 del artículo XI, los grupos especiales se han abstenido de formular constataciones con respecto a "alegaciones subsidiarias" formuladas en relación con la compatibilidad con el artículo X de la administración de las restricciones cuantitativas, declarando, por ejemplo, que el artículo X trataba "de la administración de los contingentes que pudieran fijarse *de conformidad* con el Acuerdo General" (la cursiva es nuestra). *Japón - Productos agropecuarios*, informe adoptado el 2 de febrero de 1988, IBDD 35S/185, página 279, párrafo 5.4.2.

¹⁴²⁶IBDD 37S/147, página 172, párrafo 3.53.

10.387 Recordamos que el Japón no rectifica la argumentación expuesta al Grupo Especial en el asunto *CEE - Piezas y componentes*, pero sostiene que esa argumentación no es aplicable al asunto que se examina. En concreto, sostiene que ha publicado debidamente todas las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general relacionadas con la Ley de Premios y la Ley de Grandes Tiendas a fin de que los gobiernos y los comerciantes pudieran tener conocimiento de ellos. Según el Japón, los Estados Unidos no han citado ninguna medida concreta de aplicación o de otra naturaleza que no haya sido publicada y pertenezca a la categoría de las disposiciones administrativas "de aplicación general", por lo que no han satisfecho la carga de la prueba.

10.388 A nuestro parecer, lo lógico es que en la medida en que el requisito del párrafo 1 del artículo X sea aplicable a todas las decisiones administrativas de aplicación general, su alcance se extienda también a las disposiciones administrativas adoptadas en supuestos concretos cuando en esas disposiciones se establezcan o revisen principios o criterios susceptibles de aplicación en otros casos futuros. Al mismo tiempo, consideramos que en el asunto que se examina incumbe a los Estados Unidos demostrar claramente la existencia de disposiciones administrativas no publicadas sobre cuestiones singulares, en las que se establezcan o revisen principios susceptibles de aplicación en casos futuros. Procederemos ahora a examinar sucesivamente las dos alegaciones de los Estados Unidos.

2. "MEDIDAS" ADOPTADAS EN EL CONTEXTO DE LA LEY DE PREMIOS

10.389 Los Estados Unidos alegan que en el contexto de la Ley de Premios y de los códigos de competencia leal pertinentes, el Japón, al no publicar las medidas de aplicación de la JFTC y de los consejos de comercio leal en las que se establecen o modifican criterios susceptibles de aplicación en casos futuros ha infringido el párrafo 1 del artículo X. Examinaremos en primer lugar la alegación estadounidense en relación con las medidas de aplicación de la Ley de Premios adoptadas por la JFTC.

a) Actos de aplicación de la Ley de Premios

10.390 Los Estados Unidos sostienen que la aplicación por el Japón de las disposiciones legales relativas a los premios y representaciones está "rodeada de secretos" debido a la utilización de medidas informales de aplicación que no se publican. Según los Estados Unidos, la fragmentación en múltiples niveles del sistema japonés, en el que la JFTC, los gobiernos de las prefecturas y los consejos del sector privado con facultades delegadas tienen, todos ellos, capacidad para aplicar la Ley de Premios, agrava aún más el problema. La confusión de las empresas que intentan realizar operaciones en el Japón tiene fundamentalmente su origen en el hecho de que el Japón no publica una gran proporción de las disposiciones administrativas y medidas de aplicación y en la dificultad de obtener la información disponible. Los Estados Unidos afirman que desde que se promulgó la Ley de Premios en 1962, la JFTC ha adoptado un número relativamente escaso de medidas formales de ejecución, pero ha emitido numerosas "orientaciones administrativas" o avisos, que en su inmensa mayoría no se han publicado. Según los Estados Unidos, el hecho de que 47 gobiernos de prefectura adopten en el Japón millares de medidas informales agrava la falta de transparencia.

10.391 El Japón responde que el sistema de aplicación de la Ley de Premios es suficientemente transparente y compatible con el párrafo 1 del artículo X. Según el Japón, se han publicado, tanto la propia Ley de Premios y sus reglamentos de aplicación, como numerosas notificaciones de carácter general y específico en las que se interpreta la Ley. El Japón sostiene que hay un extenso registro público, al que tienen libre acceso gobiernos y

comerciantes, que permite saber cómo se aplicará la Ley de Premios. El Japón señala que los propios Estados Unidos identifican y citan concretamente numerosas notificaciones de la JFTC que aclaran la forma en que se aplica la Ley de Premios. Además, según el Japón, la JFTC ha publicado notificaciones detalladas siempre que ha anunciado restricciones o modificaciones significativas en su política de aplicación de la Ley. Según el Japón, lo importante no es si se adoptan medidas informales de aplicación, sino si se aplica alguna nueva política sin la suficiente información. El Japón considera significativo que los Estados Unidos no citen un solo caso en el que una medida de aplicación de la JFTC haya estado en contradicción con políticas publicadas anteriormente.

10.392 Al ocuparnos de esta reclamación, observamos que la discrepancia fundamental entre las partes se refiere a si existen o no medidas de aplicación de esa naturaleza -es decir medidas de aplicación no publicadas que establecen o modifican criterios susceptibles de aplicación en casos futuros. En tanto que el Japón aduce que ha publicado sistemáticamente todas las disposiciones administrativas de aplicación general, así como numerosas órdenes de cesar y desistir, notificaciones de carácter general y específico en las que se interpretaba la Ley de Premios y resúmenes de los principales casos en que se hicieron advertencias, los Estados Unidos mantienen que no es verosímil que ninguna de las medidas no publicadas de aplicación -más del 90 por ciento según los Estados Unidos- lleve aparejado el establecimiento o modificación de criterios susceptibles de aplicación en casos futuros.

10.393 Coincidimos con los Estados Unidos en que la inmensa mayoría de las medidas individuales de aplicación no se han publicado. Sin embargo, observamos que hay una notoria falta de pruebas en cuanto a la naturaleza de supuestas medidas de aplicación no publicadas que introduzcan modificaciones en los criterios de aplicación de la JFTC. Coincidimos con el Japón en que no hay constancia de ninguna alegación concreta de los Estados Unidos acerca de cualquier medida de aplicación de la JFTC que esté en contradicción con políticas ya publicadas. Somos conscientes de que la naturaleza de la alegación de los Estados Unidos hace difícil citar ejemplos (si una disposición no se publica ¿cómo pueden los Estados Unidos saber que introduce modificaciones?). Los Estados Unidos mantienen que han solicitado repetidamente información sobre las actividades de aplicación del Gobierno japonés, los respectivos órganos de ejecución y las pertinentes asociaciones del sector fotográfico pero que, casi sin excepciones, esas solicitudes no han recibido respuesta. No obstante, parece que los Estados Unidos deberían poder citar ejemplos de políticas modificadas que consideraran que se habían aplicado efectivamente por primera vez en decisiones no publicadas. De no ser así, carecemos de base para constatar la existencia de tales decisiones. Aunque la proporción entre las medidas publicadas y las no publicadas es baja, no tenemos elementos que indiquen cuál debería ser esa proporción. No podemos constatar que el Japón debería publicar "más" decisiones si no disponemos de ejemplos concretos de los tipos de decisiones que deberían ser publicadas, es decir de disposiciones administrativas que establezcan o modifiquen criterios susceptibles de aplicación en casos futuros. En estas circunstancias, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado la existencia de disposiciones administrativas que establezcan o modifiquen criterios susceptibles de aplicación en casos futuros, cuya falta de publicación pueda considerarse una infracción del párrafo 1 del artículo X.

b) Medidas al amparo de los "códigos de competencia leal"

10.394 Los Estados Unidos aducen asimismo que ninguno de los cuatro órganos de ejecución del sector privado en los que supuestamente la JFTC delega facultades (1) el Consejo de Comercio Leal de los Minoristas, 2) el Consejo de Promoción, 3) el Consejo de Comercio Leal de los Fabricantes y 4) El Consejo de Comercio Leal de los Mayoristas) publica sus actos de ejecución de manera que los comerciantes y los gobiernos puedan

conocerlos. Los Estados Unidos sostienen que esos "consejos de comercio leal" y "códigos de competencia leal" son una creación de la ley japonesa, y en concreto del artículo 10 de la Ley de Premios, y siguen estando sometidos a la supervisión de la JFTC. En tal sentido, los Estados Unidos aducen que el Japón debe asumir la responsabilidad de los actos de ejecución realizados por esos consejos al amparo de los códigos, incluidos los actos de ejecución no publicados que establecen o modifican criterios susceptibles de aplicación en casos futuros.

10.395 El Japón responde que ningún código de competencia leal es aplicable a las películas o al papel fotográficos y que nunca se han realizado al amparo de esos códigos actos que tuvieran por destinatario al sector de las películas o el papel. Añade que esos consejos del sector privado actúan por vía de autorregulación del sector y carecen de facultades para actuar como órganos de ejecución en virtud de la Ley de Premios. Además, aunque los códigos de competencia leal se publican en la Gaceta Oficial una vez que han sido aprobados por la JFTC, esos códigos, en su calidad de Normas de autorregulación del sector, no están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo X. Por último, el Japón aduce que los Estados Unidos no han alegado siquiera que alguna medida adoptada por algún consejo esté en contradicción con los principios básicos establecidos en los códigos.

10.396 Observamos que esta alegación de los Estados Unidos no se limita a las películas o el papel fotográficos. Suponiendo que los actos de ejecución de los diversos "consejos de comercio leal" realizados al amparo de los diversos "códigos de competencia leal" hayan de ser asimilados a "disposiciones administrativas" del Gobierno japonés¹⁴²⁷ de conformidad con el párrafo 1 del artículo X, habríamos de determinar aún si esas disposiciones administrativas pertenecen a la categoría respecto de la cual el párrafo 1 del artículo X exige la publicación. En relación con este punto, tropezamos de nuevo con la falta de pruebas acerca de la naturaleza de cualesquiera medidas no publicadas de ejecución que introduzcan modificaciones en los criterios de aplicación de la JFTC o de los códigos. No hay constancia de ninguna alegación concreta de los Estados Unidos de que una medida adoptada por alguno de los consejos esté en contradicción con los principios básicos establecidos en los códigos. En estas circunstancias, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado la existencia de disposiciones administrativas de ninguno de los consejos que establezcan o modifiquen criterios susceptibles de aplicación en futuros casos, cuya no publicación pueda considerarse que infringe el párrafo 1 del artículo X.

3. "MEDIDAS" ADOPTADAS EN EL CONTEXTO DE LA LEY DE GRANDES TIENDAS

10.397 Los Estados Unidos aducen que en el contexto de la Ley de Grandes Tiendas y de las reglamentaciones locales pertinentes, el Japón, al no haber publicado las orientaciones de conformidad con las cuales las oficinas regionales del MITI, los gobiernos de las prefecturas y las autoridades locales obligan a quienes solicitan el establecimiento de una nueva tienda o su ampliación en el marco de la Ley de Grandes Tiendas a coordinar sus planes con los competidores locales antes de presentar una notificación al gobierno para su examen, y haber continuado imponiendo el límite de "aclaraciones previas", ha actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo X. Aunque en enero de 1992 el MITI publicó una directiva administrativa por la que se derogaba formalmente el requisito de

¹⁴²⁷Recordamos a este respecto nuestras constataciones según las cuales determinados actos del Consejo de Promoción y el Consejo de los Minoristas podrían ser asimilados a medidas gubernamentales en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII.

"aclaraciones previas" de conformidad con la Ley de Grandes Tiendas, los Estados Unidos sostienen que el MITI lo hizo mediante la distribución de un folleto, lo que, a juicio de los Estados Unidos, no constituía una publicación "a fin de que los gobiernos y los comerciantes tengan conocimiento de [la directiva]", como exige el párrafo 1 del artículo X. Además, según aducen los Estados Unidos, las oficinas regionales del MITI, los gobiernos de las prefecturas y las autoridades locales siguen en muchos casos dando orientaciones administrativas en las que se exige o se pide a los propietarios de grandes tiendas que celebren consultas con los minoristas locales y los pequeños establecimientos competidores y realicen efectivamente los reajustes oportunos antes de presentar una notificación formal dirigida al gobierno de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Grandes Tiendas. Los Estados Unidos afirman que en muchos casos, los minoristas que tienen intención de abrir grandes tiendas o de ampliarlas siguen estando obligados a negociar con los pequeños establecimientos minoristas, ya que la Ley y la orientación del MITI dan a los minoristas locales posibilidades amplias de imponer importantes ajustes a los propietarios de grandes establecimientos minoristas que no negocien previamente con ellos.

10.398 El Japón responde que, en enero de 1992, el MITI envió a las oficinas del Ministerio y a los gobiernos de las prefecturas una directiva en virtud de la cual se suprimía formalmente el requisito de "aclaraciones previas" exigido de conformidad con la Ley de Grandes Tiendas. Según el Japón los requisitos de procedimiento de las notificaciones de nuevas tiendas se publicaron, por ejemplo, en las circulares informativas de 1992 y 1994.¹⁴²⁸

El Japón afirma que en esas circulares se describían detalladamente los trámites que habían de realizar los propietarios de grandes tiendas de conformidad con la Ley y se recogía la decisión de política general de 1992 de suprimir el trámite anterior de "aclaraciones previas". Según el Japón, como consecuencia de esta disposición, ninguna de las oficinas del MITI, los gobiernos de las prefecturas u otros gobiernos locales pueden exigir o recomendar a los propietarios de grandes tiendas que aclaren previamente sus planes a los minoristas locales o celebren consultas previas con ellos. El Japón hace hincapié en que está dispuesto a adoptar medidas correctivas contra cualquier entidad que vulnere esa decisión.

Además, el Japón manifiesta que, en virtud de las facultades que confiere al Gobierno japonés el párrafo 5) del artículo 15 de la Ley de Grandes Tiendas, ha prohibido expresamente a todos los gobiernos de las prefecturas y las autoridades locales que exijan o recomienden el trámite de aclaraciones previas en las reglamentaciones locales adicionales adoptadas sobre la base de la potestad reglamentaria que les atribuye la Ley de Autonomía Local. En síntesis, el Japón sostiene i) que los Estados Unidos no han citado ninguna disposición administrativa de aplicación general que no haya sido publicada, y ii) que, dado que el Gobierno Central ha rectificado o rectificará las políticas locales que puedan desviarse de la política general publicada, esas desviaciones locales no son normas generales "puestas en vigor" por el Gobierno, como requiere el párrafo 1 del artículo X.

10.399 Al examinar las circunstancias expuestas, observamos que se nos presentan argumentos y pruebas contradictorias acerca de si hay o no orientaciones administrativas no publicadas en las que se promueva la continuación por medios informales de la política general del Gobierno, formalmente derogada, que establecía el trámite de "aclaraciones previas" para las grandes tiendas. No obstante, la cuestión que se plantea en el marco del párrafo 1 del artículo X no es si se han dictado disposiciones administrativas no publicadas, sino si esas disposiciones administrativas son disposiciones "de aplicación general". Como hemos indicado ya en nuestro análisis del párrafo 1 del artículo X en relación con las medidas de aplicación de conformidad con la Ley de Premios, consideramos que, en

¹⁴²⁸Instructing Parties Filing Notifications of New Type-I Large Scale Retail Stores to Hold Public Briefing, Sankyoku, Nos 25 and 26, MITI, 29 de enero de 1982, Ex. C-17 del Japón, Nos 93 and 94, MITI, 1º de abril de 1994, Ex. C-18 del Japón.

principio, el concepto de disposiciones administrativas "de aplicación general" puede abarcar disposiciones administrativas adoptadas en casos concretos en las que se establezcan o modifiquen criterios susceptibles de aplicación en casos futuros. Por consiguiente, la cuestión clave en este punto es, en lo que respecta a la orientación administrativa continuada no publicada de conformidad con la Ley de Grandes Tiendas, si las orientaciones en cuestión, suponiendo que existan, establecen o modifican criterios susceptibles de aplicación en casos futuros o constituyen por otra razón disposiciones "de aplicación general".

10.400 En relación con este aspecto más concreto de la cuestión, los Estados Unidos aducen que, según un estudio realizado en 1995 por la Secretaría de Gestión y Coordinación del Japón ("MCA") varias oficinas regionales del MITI y gobiernos de las prefecturas seguían exigiendo o recomendando, como cuestión de política general, ese trámite de aclaraciones previas.¹⁴²⁹ La MCA analizó las prácticas de seis oficinas regionales del MITI y seis gobiernos de las prefecturas o locales en relación con las consultas previas. Según los Estados Unidos, el informe de la Secretaría indica que 9 de esos 12 órganos pedían regularmente a los propietarios de grandes tiendas que celebraran consultas previas y realizaran ajustes o les instaban regularmente a hacerlo. Los Estados Unidos han identificado siete casos concretos en los que se impuso la política de "aclaraciones previas" después de haber sido supuestamente revocada. El Japón responde que de ninguna parte del estudio de la MCA se desprende que algún departamento del MITI o gobierno de prefectura siguieran la política general de proponer aclaraciones o consultas previas. Además, según el Japón, el estudio de la MCA indica que las orientaciones de departamentos del MITI y gobiernos locales en las que se recomendaba el trámite de "aclaraciones previas" sólo se habían producido en casos excepcionales en 1995, cuando se realizó el estudio. El Japón aduce que ha adoptado recientemente medidas correctivas contra todas las prácticas inadecuadas señaladas en el informe de la MCA.

10.401 Basándonos en una evaluación de las pruebas presentadas y los argumentos expuestos por las partes, consideramos que i) el Gobierno nacional japonés ha publicado una directiva por la que se suprime formalmente el requisito de "aclaraciones previas" establecido en el marco de la Ley de Grandes Tiendas, pero ii) hay datos episódicos que indican que siguen dándose en el escalón subnacional orientaciones en las que se insta a los propietarios de grandes tiendas a que sigan ateniéndose a la práctica de aclaraciones y ajustes previos. No obstante, consideramos también que los Estados Unidos no han demostrado que esas orientaciones equivalgan -o puedan ser asimiladas- a disposiciones por las que se establecen o modifican criterios susceptibles de aplicación en casos futuros, o tengan por otra razón el carácter de disposiciones administrativas "de aplicación general". En consecuencia, constatamos que, en relación con la aplicación por el Japón de la Ley de Grandes Tiendas y de las reglamentaciones locales pertinentes, los Estados Unidos no han aportado pruebas suficientes de la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo X.

¹⁴²⁹Results of the Survey Regarding the Liberalization of Regulations, MCA (1995), Ex. 95-15 de los Estados Unidos, página 15.

H. CONCLUSIONES

10.402 Sobre la base de las constataciones que hemos hecho en las secciones E.3, E.4, E.5 y E.6 *supra*, concluimos que los Estados Unidos no han demostrado que las "medidas" del Japón citadas por los Estados Unidos, consideradas aisladamente o en su conjunto, anulen o menoscaben ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT.

10.403 Sobre la base de las constataciones que hemos formulado en la sección F *supra*, concluimos que los Estados Unidos no han demostrado que las "medidas" del Japón relativas a la distribución citadas por los Estados Unidos concedan a las películas y el papel fotográficos importados un trato menos favorable en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT.

10.404 Sobre la base de las constataciones que hemos formulado en la sección G *supra*, concluimos que los Estados Unidos no han demostrado que el Japón no haya publicado disposiciones administrativas de aplicación general, con infracción de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo X del GATT.