

LA PROTECCION DE LAS INVERSION EXTRANJERA EN EL SECTOR DE LA SEGURIDAD PRIVADA EN SUDAFRICA: LA VERSION DEL AGCS

Kholofelo Kugler

Resumen: El Proyecto de Reforma de la Regulación de la Industria de Seguridad Privada en Sudáfrica de 2014 está pendiente de aprobación presidencial previo a convertirse en ley. El proyecto tiene por objeto, a través de regulación de la industria de la seguridad privada, imponer una limitación a la propiedad extranjera de las empresas de seguridad privada en Sudáfrica; esta limitación es contraria a los compromisos programados de Sudáfrica del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Con ayuda de la jurisdicción de la OMC, este documento analiza cómo se vería Sudáfrica si un Miembro de la OMC afectado iniciara una disputa en su contra. Se muestra que sería difícil para Sudáfrica defender esta medida, pero sin embargo se considera una posible excepción al AGCS. El documento concluye que no obstante cualquier problema ante la OMC, Sudáfrica tiene el derecho de modificar su Lista de Compromisos del AGCS a fin de mantener su medida.

Palabras clave: Sudáfrica, la inversión, la OMC, el AGCS, las empresas de seguridad privada, servicios de seguridad privada, seguridad nacional, trato nacional, excepciones, modificación de las Listas de Compromisos del AGCS.

* Profesional del Derecho Comercial Internacional. Maestría en Derecho y Economía Internacionales (MILE) por World Trade Institute en la Universidad de Berna, Suiza, correo electrónico: kholofelo.masenya@gmail.com.

Traducción de Mónica Andonegui

I. INTRODUCCION

En la última década, Sudáfrica mediante introspección nacional ha visto al país tomar las medidas para retraer su estado actual como una economía emergente con políticas económicas más liberales a uno más consciente de sus intereses públicos y que busca preservar su espacio político. El país ha demostrado que está dispuesto a sobreponer sus intereses, aunque puedan estar en conflicto con los de otros que tienen interés comercial en el país.

Sudáfrica se encuentra en una etapa avanzada para aprobar un proyecto de ley relacionado con la inversión, que si es aprobado en su forma actual, podría tener amplias implicaciones en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“AGCS”) de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”). El Proyecto de reforma a la regulación de la Industria de Seguridad Privada (Ley de Seguridad

Privada)¹ pretende poner un límite a la participación extranjera en el auge del sector de la seguridad privada de Sudáfrica, lo que contraviene sus compromisos bajo el AGCS.

Basándose en la jurisprudencia de la OMC, este artículo analiza la compatibilidad de la medida propuesta por Sudáfrica a la luz de sus compromisos del AGCS. Considero las posibles justificaciones que Sudáfrica puede plantear en el caso de que un Miembro afectado (Miembro) inicie una disputa en su contra en la OMC, y también considero la opción de que tiene que modificar su Lista de compromisos.

II. EL SECTOR DE LA SEGURIDAD PRIVADA EN SUDÁFRICA: UNA VISION BREVE DE LA INDUSTRIA

En 2008, el sector de la seguridad privada de Sudáfrica tenía un valor aproximado de \$4.5 mil millones de dólares, lo que constituía aproximadamente el 2% del PIB de Sudáfrica de ese momento.² De hecho, como porcentaje del PIB, el sector de la seguridad privada de Sudáfrica es el más grande en el mundo.³ El crecimiento significativo en la prestación de servicios de seguridad privada desde 1994 en Sudáfrica está a la par con las tendencias internacionales; sin embargo, el crecimiento del mercado de Sudáfrica ha superado el de otros países.⁴

Al igual que en Sudáfrica, en países como Estados Unidos (“EE.UU.”), Reino Unido (“RU”), Israel, Alemania y Rusia, el número y tamaño de las empresas de seguridad privada (“ESP”) excedió a los organismos de ejecución de derecho público.⁵ El auge de la seguridad privada de Sudáfrica desde 1994 también sirvió para usurpar el gran número de antiguos soldados de las fuerzas armadas de Sudáfrica, incluyendo a las unidades de élite, quienes se encontraron desempleados cuando se desmanteló el régimen del *apartheid*.⁶

¹ [B-2013]

² Julie Berg y Jean-Pierre Nouveau, *Towards a Third Phase of Regulation: Re-imagining Private Security in South Africa*, (2011) 38 *SA Crime Quarterly* 23, 32.

³ Rita Abrahamsen y Michael Williams, *Security Beyond the State: Private Security in International Politics Internacional*, (Cambridge University Press 2011) 21.

⁴ Civilian Secretariat for Police, *Green Paper on Policing* (18 June 2013) 10 www.policesecretariat.gov.za/downloads/green_paper_policing.pdf consultado 20 de septiembre de 2014.

⁵ Fred Schreier y Marina Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces* (2005) (DCAF) Occasional Paper - Nº6, 26 www.dcaf.ch/Publications/Privatising-Security visitado el 09 de julio de 2015.

⁶ *Ibid* 65.

Actualmente, están registradas más de 9,000 ESP en Sudáfrica,⁷ de las cuales, la gran mayoría presta servicios de guardias de seguridad.⁸ Como punto de comparación, el total de establecimientos de los Servicios de Policía en Sudáfrica (“SPS”) es de 193,892 oficiales.⁹ De hecho, los guardias de seguridad que trabajan en la industria de la seguridad privada superan en número tanto a los de los SPS y la Fuerza de Defensa Nacional de Sudáfrica.¹⁰

Existe una cantidad significativa de Inversión Extranjera Directa (“IED”) en el sector de la seguridad privada en Sudáfrica y las tres empresas extranjeras más grandes en el mercado tienen su sede en Suiza, *ADT Security (Pty), Ltd Tyco International Ltd.*, *G4S* del Reino Unido, y *Swedish Securitas AB*. En conjunto, estas ESP emplean aproximadamente a 30,000 guardias de seguridad,¹¹ que comprenden aproximadamente el 7% de los guardias de seguridad en Sudáfrica. Las empresas de seguridad privada más grandes de Sudáfrica son propiedad local de *Fidelity Security Services* y Seguridad *Protea Coin*, que juntas emplean cerca de 55,000 guardias de seguridad.¹²

No hay duda de que el sector de la seguridad privada de Sudáfrica es de gran importancia en el país. Como resultado, el gobierno de Sudáfrica ha buscado regularlo de una mejor manera.

III. EL VIAJE LEGISLATIVO DEL PROYECTO DE LEY

Durante el 2012, una revisión de la Ley de Regulación de la Industria de Seguridad Privada del 2001 (“Ley de Seguridad Privada”) se llevó a cabo con el objetivo de mejorar el control regulatorio sobre la industria de la seguridad privada.¹³ La revisión buscó abordar los desafíos que habían emanado de la regulación ineficaz de la industria- en particular, la percepción de amenaza a la seguridad nacional que

⁷ PSIRA, Informe anual (2013) 34 www.ppira.co.za/psira/dmdocuments/annual_report/Annual_Report_20122013.pdf visitado el 20 de septiembre de 2014.

⁸ *Ibid* 35.

⁹ Civilian Secretariat for Police (n 4) 60.

¹⁰ Victoria de Eastwood, *Bigger than the Army: South Africa's Private Security Force* *CNN* (Atlanta, 8 February 2013) <http://Edition.CNN.com/2013/02/08/Business/South-Africa-Private-seguridad> visitado el 15 de junio de 2014.

¹¹ Lisa Steyn, *Code Red Over Limit on Foreign Firms' Mail & Guardian* (Johannesburgo, 22 de noviembre de 2013) <http://mg.co.za/article/2013-11-22-00-Code-Red-over-Limit-on-Foreign-Firms> visitado el 14 de junio de 2014.

¹² Michael Cohen, *Crime-Busting G4S Faces South Africa Private Security Curbs*, Bloomberg (Nueva York 07 de abril de 2014) www.Bloomberg.com/news/2014-04-06/Crime-busting-G4S-at-Risk-as-South-Africa-Curbs-Private-Security.html visitado el 21 de septiembre de 2014.

¹³ JB Cronjé, *A GATS perspective on South Africa's Private Security Industry Regulation Amendment Bill*, tralac (04 de diciembre de 2013), www.TRALAC.org/Discussions/article/5347-a-GATS-Perspective-on-South-Africa-s-Private-Security-Industry-regulation-Amendment-Bill.html visitado el 04 de diciembre de 2013.

plantea la participación de los extranjeros en la industria.¹⁴ El 30 de mayo de 2012, el Consejo de Ministros de Sudáfrica aprobó la presentación del Proyecto de Ley de Seguridad Privada al Parlamento.¹⁵ El proyecto de ley fue publicado el 22 de junio de 2012 y buscaba entre otras cosas “proporcionar regulación y control de las empresas que operan como proveedor de servicios de seguridad”.¹⁶

El Libro Verde sobre la Actuación Policial,¹⁷ que busca una mejor posición de las SPS para responder a los altos niveles de delincuencia en Sudáfrica,¹⁸ fue presentado al Consejo en mayo de 2013.¹⁹ Luego fue aprobado para su consulta pública, cuyo proceso de consulta fue supuestamente “apresurado, dejando poco espacio para una aportación pública significativa”.²⁰ En el Libro Verde, el Ministerio de Policía (Ministerio) expresa que la industria de la seguridad privada está usurpando cada vez más las funciones que competen exclusivamente a la policía y esto tiene una seria influencia en el funcionamiento del sistema de justicia penal en Sudáfrica.

Mientras que el Ministerio reconoció que el sector de la seguridad privada llena los vacíos en la prestación de servicios de seguridad en Sudáfrica, este nunca podrá sustituir a los SPS en tanto que los dos tienen objetivos fundamentales diferentes.²¹ El Ministerio afirmó además que la creciente participación de los agentes de seguridad privada en los servicios policiales tradicionales requiere la imposición de fuertes pesos y contrapesos, que incluyen mecanismos de rendición de cuentas y una revisión del marco jurídico que rige a este sector.²²

En noviembre de 2013, el Comité de Cartera de Policía adoptó el Proyecto de Ley de Seguridad Privada para su aprobación final por una de las dos cámaras del Parlamento, la Asamblea Nacional. Sin embargo, pocos días después de la aprobación la Asamblea Nacional refirió que el proyecto fue

¹⁴ Sabelo Gumedze, *Salient Features of the Private Security Industry Regulation Amendment Bill*, (18 de junio de 2012) Instituto de Estudios para la Seguridad www.issafrica.org/ISS-Today/Salient-Features-of-the-private-Security-Industry-regulation-Amendment-Bill visitado el 20 de septiembre de 2014.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ GN 521 en Gaceta del Gobierno 35461 de 22 de junio de 2012.

¹⁷ En Sudáfrica, el proceso legislativo comienza a veces con un documento de discusión denominado libro verde. Este es elaborado por el Ministerio o el Departamento que se ocupa de un tema en particular para la posición política sobre un asunto particular. Entonces se publica para comentarios del público. Ver *The Legislative Process*, Parliamentary Monitoring Group www.pmg.org.za/parlinfo/sectionb3 visitado el 28 de septiembre de 2014.

¹⁸ Civilian Secretariat for Police (n 4) 6.

¹⁹ Ibid 70

²⁰ Peter Gastrow, *Drop the Green Paper- Let's Consult*, (15 de julio de 2013) Institute for Security Studies www.issafrica.org/ISS-Today/Drop-The-Green-Paper-Lets-Consult visitado el 20 de septiembre de 2014.

²¹ Civilian Secretariat for Police (n 4) 10.

²² Ibid 11.

regresado al Comité para su reconsideración.²³ Luego el proyecto de ley regresó a la Asamblea Nacional y fue aprobado el 25 de febrero de 2014.

La segunda cámara del Parlamento, el Consejo Nacional de las Provincias, aprobó el proyecto días más tarde, el 4 de marzo de 2014. A partir de esa fecha, al Proyecto de Seguridad Privada sólo le falta la aprobación presidencial de Jacob Zuma antes de poder convertirse en ley.²⁴ Sin embargo, si el Presidente parece tener reservas sobre la constitucionalidad del proyecto, puede regresarlo nuevamente a la Asamblea Nacional para su reconsideración.²⁵

La Sección 20 (2) del Proyecto de Seguridad Privada incluye una limitación a la participación extranjera en la industria de la seguridad privada en forma de una restricción a la propiedad extranjera y control de las empresas de seguridad a un máximo del 49% (el límite de propiedad extranjera). El proyecto de ley también otorga discrecionalidad al Ministro de Policía (“Ministro”) para prescribir por reglamento un porcentaje diferente de la propiedad extranjera y el control de las diversas categorías de ESP, incluyendo guardia, protección personal, seguridad de respuesta, los activos en tránsito, la seguridad de eventos, investigadores privados, el entrenamiento de seguridad y asesores de seguridad.²⁶ El incumplimiento de la limitación de la propiedad extranjera puede llevar a la suspensión, la revocación o la caducidad de la inscripción.²⁷ La solicitud de registro deberá hacerse conforme a los requisitos del Proyecto de Seguridad Privada desde su fecha de inicio.²⁸

El Proyecto de Seguridad Privada ha suscitado una serie de cartas, solicitudes y declaraciones de gobiernos extranjeros, como la Unión Europea y los EE.UU.,²⁹ representantes de la industria, y empresas que expresan preocupaciones al gobierno de Sudáfrica de las posibles repercusiones de la aprobación del Proyecto de Seguridad Privada en su situación actual.³⁰ El Proyecto de Seguridad Privada ha sido

²³ Cronjé (n 13).

²⁴ JB Cronjé, *South Africa’s Private Security Industry Amendment Bill and the SADC Protocol on Finance and Investment*, tralac (30 de abril de 2014) www.TRALAC.org/Discussions/article/5590-South-Africa-s-Private-Security-Industry-Amendment-Bill-and-the-SADC-Protocol-on-Finance-and-Investment.html visitado el 30 de abril de 2014.

²⁵ Sección 79(1) de la Constitución de Sudáfrica, 1996.

²⁶ Cláusula 20(2A) de la Ley de Seguridad Privada, versión D.

²⁷ Ibid. cláusula 26 (2).

²⁸ Ibid. cláusula 44A(2)(b).

²⁹ Varios correos a la Presidencia de la Comisión sobre la Seguridad y el Desarrollo Constitucional de los Miembros del Cuerpo Diplomático en Sudáfrica <http://db3sqepoi5n3s.cloudfront.net/files/140304submissions.pdf> visitado el 20 de septiembre de 2014.

³⁰ Lisa Steyn, *Private security Bill spells trouble*, Mail & Guardian (Johannesburgo 11 de abril de 2014) <http://mg.co.za/article/2014-04-10-Private-Security-Bill-spells-Trouble> visitado el 14 Junio de 2014.

descrito por los miembros del principal partido de oposición de Sudáfrica, la Alianza Democrática, como “una maniobra, como con tantos proyectos de ley, impulsada antes de las elecciones [nacionales]”.³¹ Las críticas al proyecto también incluyen el amplio alcance de su aplicación como, por ejemplo, los distribuidores de equipos electrónicos de seguridad como Sony Corporation y Panasonic Corporation también tendrán que cumplir con la limitación de la propiedad extranjera.³²

En defensa al Proyecto de Seguridad Privada, el Ministerio ha sostenido que la legislación está dirigida a erradicar la criminalidad dentro del sector de la seguridad privada ya que la infiltración de las redes criminales en el sector “plantea una grave amenaza a la capacidad del gobierno para hacer frente a la delincuencia”.³³

IV. UNA MEDIDA DE UN MIEMBRO QUE AFECTA EL COMERCIO DE SERVICIOS

La limitación de la propiedad extranjera constituye el punto crucial de la siguiente discusión con el fin de determinar si esta medida cumple con los compromisos del AGCS de Sudáfrica. El artículo I: 1 del AGCS determina los requisitos normativos que deben cumplirse antes de que una medida pueda ser declarada en contra de las disposiciones aplicables del AGCS.³⁴

El Órgano de Apelación en *Canadá - Autos* constató que hay dos cuestiones jurídicas que deben ser examinadas para determinar si una medida “afecta el comercio de servicios”: primero tiene que haber “comercio de servicios” en el sentido del Artículo I: 2 del AGCS, y en segundo lugar, la medida debe “afectar” dicho comercio de servicios como se contempla en el artículo I:1 del AGCS.³⁵

A. COMERCIO DE SERVICIOS

³¹ Ibid.

³² Cohen (n 12).

³³ Ministerio de Policía, *South Africa has World Largest Private Security Industry; Needs Regulation – Mthethwa*, Defensa Web (Johannesburgo, 30 de octubre de 2012) www.defencweb.co.za/index.php?option=com_content&view=article&id=28306:south-africa-has-worlds-largest-private-security-industry-needs-regulation-mthethwa&catid=7:Industry&Itemid=116 visitado el 09 de julio de 2015.

³⁴ Diana Zacharias, *Commentary to Article I GATS (Scope and Definition)*, en Rüdiger Wolfrum et al (eds), *Max Planck Commentaries on WTO Law: WTO – Trade in Services Volume 6*, (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 31, 44.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá- Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000, DSR 2000:VI, p. 2985, párr. 152.

El AGCS no define como tal a los “servicios”.³⁶ No obstante, el artículo XXVIII (b) del AGCS define que el “suministro de un servicio”, abarca la “producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio”. Los únicos servicios que están expresamente excluidos del AGCS son los “servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”³⁷ es decir, los servicios que no se suministran sobre una base comerciales ni en competencia con otros proveedores de servicios³⁸ y las “medidas que afecten a los derechos de tráfico aéreo y los servicios directamente relacionados”.³⁹

Aunque no hay duda de que las ESP ofrecen servicios similares a los de la policía –un servicio del gobierno– la industria de la seguridad privada es un reconocido sector con fines de lucro comercial en Sudáfrica y los servicios prestados por las ESP no son un servicio del gobierno. Hay por supuesto casos en que el gobierno de Sudáfrica adquiere los servicios de las ESP para ofrecer lo que las funciones oficiales de seguridad deberían, pero incluso en esos casos los servicios prestados por las ESP permanecen privados. Además, este tipo de servicios se encuentran sin duda en la lista W/120 de la OMC y la Clasificación Central de Productos (“CCP”).⁴⁰ Por lo tanto, impide la exclusión de los servicios de seguridad privada del ámbito de aplicación del AGCS.

El artículo I: 2 de los AGCS, define el “comercio de servicios” como el suministro de un servicio en uno de los cuatro modos de suministro, incluyendo el modo 3, “...el suministro de un servicio por un proveedor de un Miembro, mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro”.⁴¹ La definición del AGCS de la “presencia comercial” es amplio, abarcando cualquier tipo de establecimiento comercial o profesional, entre otras cosas: “(i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica; o (ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio”.⁴²

Además, la definición de “persona jurídica” bajo los auspicios del AGCS también es amplia, incluyendo cualquier entidad jurídica propiedad del Estado o propiedad privada con fines de lucro o sin

³⁶ Zacharias (n 34) 38.

³⁷ Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), 1869 U.N.T.S. 183 artículo I:3(b).

³⁸ *Ibid*, artículo I:3(c).

³⁹ Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo.

⁴⁰ Oficina de Estadística de las Naciones Unidas, *Provisional Central Product Classification* Department of International Economic and Social Affairs, Statistical Office of the United Nations, Statistical Papers Series M No. 77 (Nueva York, 1991) <http://unstats.un.org/unsd/CR/Registry/regcst.asp?CL=9&LG=1> visitado el 20 de septiembre de 2014.

⁴¹ Artículo I:2(c) AGCS (n 37).

⁴² *Ibid*, artículo XXVIII(d).

finés de lucro constituida u organizada de conformidad con la legislación aplicable, incluyendo cualquier sociedad, fideicomiso, asociación, empresa conjunta, empresa individual o asociación.⁴³

En su análisis de la definición de los servicios suministrados a través de la presencia comercial, el Panel en México - *Telecoms* afirmó que la definición hace “explícita la ubicación del proveedor de servicios” y dispone que un proveedor de servicios – cualquier tipo de establecimiento comercial o profesional – “en el *territorio* de otro miembro” (énfasis original). El Panel observó que la definición no señala cualquier otro requisito territorial (como en el modo 1) o la nacionalidad de un consumidor de servicios (como en el modo 2).⁴⁴

De acuerdo con la legislación sudafricana, sujeta al cumplimiento de los requisitos de registro establecidos, una ESP puede estar en forma de una empresa, corporación cerrada, sociedad, fideicomiso o fundación.⁴⁵ Está claro que, dada la amplia definición de “presencia comercial” en el AGCS, las ESP extranjeras que operan en Sudáfrica en la forma uno de los tipos prescritos de entidades empresariales, en efecto han establecido una presencia comercial y están incluidas en el comercio de servicios como se contempla en el artículo I: 2.

B. MEDIDA DE UN MIEMBRO

El término “medida” se define ampliamente en el AGCS y engloba “cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de una ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión, acción administrativa, o cualquier otra forma”.⁴⁶ El concepto “Medidas de un Miembro que afecten al comercio de servicios” es también amplio en su alcance y está contenido en el artículo XXVIII del AGCS, que incluye medidas con respecto a:

- (i) la compra, pago o utilización de un servicio;
- (ii) acceso y uso de, en relación con la prestación de un servicio, los servicios que son requeridos por los Miembros para ser ofrecidos al público en general;
- (iii) la presencia, *incluida la presencia comercial*, de personas de un Miembro para el suministro de un servicio en el territorio de otro Miembro (énfasis agregado).

⁴³ Ibid, artículo XXVIII(l).

⁴⁴ Informe del Panel, *México-Medidas que afectan a los Servicios de Telecomunicaciones*, WT/DS204/R, adoptado el 01 de junio de 2004, DSR 2004:IV, p. 1537, párr. 7.375.

⁴⁵ Sección 21 de la Ley de Seguridad Privada.

⁴⁶ Artículo XXVIII (a) del AGCS (n 37)

El Panel en el asunto EC - *Bananas III* define el ámbito de aplicación del AGCS de la siguiente manera:

Ninguna medida está excluida *a priori* del ámbito de aplicación del AGCS como se define en sus disposiciones. El alcance del AGCS abarca cualquier medida de un Miembro en el grado en que afecta a la prestación de un servicio, independientemente de si esa medida rige directamente el suministro de un servicio o si regula otras cuestiones, pero sin embargo afecta al comercio de servicios.⁴⁷

El Órgano de Apelación confirmó esta interpretación en la apelación y afirmó que ninguna disposición del AGCS sugiere un ámbito limitado de aplicación del acuerdo.⁴⁸

En términos de la segunda parte de los requisitos delineados en *Canadá - Autos*, es decir, la medida debe *afectar* al comercio de servicios, el Panel en *China - Publicaciones y Productos Audiovisuales* encontraron que la expresión “que afecten” es de un alcance mayor que “regulen” o “rijan”,⁴⁹ por lo tanto, una medida no tiene que regular o regir el comercio para afectarlo. Además, el Órgano de Apelación en *EC - Bananas* afirmó que el uso de la expresión “que afecten” manifiesta la intención de los redactores de “dar un amplio alcance al AGCS”. El Órgano de Apelación constató que el significado común de la palabra “que afecten” implica que una medida tiene un “efecto sobre”, lo que indica un amplio ámbito de aplicación.⁵⁰

La limitación de la propiedad extranjera es una “medida de un Miembro que afecta el comercio de servicios” en términos del artículo I: 1 del AGCS, es decir, una medida a la que se aplica el AGCS. El Proyecto de Seguridad Privada no sólo afectará sino que regirá al comercio de los servicios de seguridad en Sudáfrica. Además, de acuerdo con el artículo I: 3 (a) del AGCS, “las medidas adoptadas por los Miembros” indican las medidas adoptadas por los gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales, así como los organismos no gubernamentales en el ejercicio de las facultades delegadas por los gobiernos centrales, regionales o locales. En Sudáfrica, la función legislativa es realizada por las dos cámaras del

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Régimen para la Importación, Venta y Distribución de Bananos*, WT/DS27/AB/ECU, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el Informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R, DSR1997:III, 1085, para. 7.285.

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Régimen para la Importación, Venta y Distribución de Bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, 1997:II DSR, 591, párr. 220.

⁴⁹ Informe del Panel, *China- Medidas que afectan Derechos de Comercio y Servicios de Distribución de ciertas Publicaciones y Productos Audiovisuales de Esparcimiento*, WT/DS363/R y Corr.1, adoptado el 19 de enero de 2010, modificado por el Informe del Órgano de Apelación WT/DS363/AB/R, 2010:II DSR, p. 261, párr. 7.971.

⁵⁰ Órgano de Apelación, *EC-Banano* (n 48) para. 220.

Parlamento,⁵¹ y como un órgano del Estado; cualquier ley que el Parlamento aprueba constituye una medida de un Miembro en el marco del AGCS.

Como el acceso al mercado y las medidas de trato nacional bajo los auspicios del AGCS son aplicables a los sectores específicamente listados por un Miembro,⁵² es necesario examinar la Lista de Compromisos de Sudáfrica para determinar el grado en que ha contraído compromisos en materia de servicios de seguridad privada.

V. COMPROMISOS DE SEGURIDAD PRIVADA DE SUDÁFRICA CONFORME AL AGCS

En la interpretación de la Lista de compromisos de un Miembro, el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gambling*, recordó que además de que la Lista de un Miembro representa los compromisos que obligan a ese miembros en particular, “las Listas de compromisos también representan un acuerdo común entre todos los Miembros”.⁵³ Por lo tanto, al interpretar la Lista de un Miembro del AGCS, y como el AGCS es un tratado, se aplican las normas usuales de interpretación del derecho internacional público contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁵⁴ Tales ayudas interpretativas incluyen el diccionario para averiguar el sentido corriente de las palabras en la Lista de compromisos,⁵⁵ el W/120, junto con el CCP comprenden el contexto pertinente de la Lista de un Miembro.⁵⁶ Con el fin de evitar confusiones innecesarias, se supone que los países incluyen la W/120 y la CCP, a menos que su Lista de compromisos indique expresamente lo contrario.⁵⁷

Desde el principio, vale la pena señalar que Sudáfrica siguió el W/120, la CCP y no ha indicado lo contrario en su Lista de compromisos. Sudáfrica ha programado sus compromisos de modo 3 en materia de servicios de seguridad privada de la siguiente manera:

- I. Servicios comerciales
- F. Otras actividades empresariales

⁵¹ Artículo 44 de la Constitución de Sudáfrica (n 25) artículo 42.

⁵² Artículos XVI (1) y XVII(1) del AGCS (n 37).

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas que afectan a los Cross-Border de la Fuente de los Servicios de los Juegos de Apuestas y Apuestas WT/DS285/AB/R*, adoptado el 20 de abril de 2005, 2005:XII DSR, 5663 (Corr.1, DSR 2006:XII, 5475), párr. 159.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.* párr. 163

⁵⁶ *Ibid.* párr. 169

⁵⁷ Comité sobre Comercio de Servicios, *Directrices para la Programación de determinados Compromisos bajo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)*, 28 de marzo de 2001, S/L/92, párrs. 23-24.

l) La investigación y seguridad (CCP 873)

La interpretación del servicio es relativamente ambigua, ya que se refiere al término “seguridad” en relación con el servicio a que se refiere y por lo tanto niega la necesidad de usar un diccionario para determinar el sentido ordinario de la palabra.

Descripción del sector en el marco del CCP, delimita subclases de los servicios en “Clase 8730: Servicios de investigación y seguridad” como el siguiente:

- 87301 - Servicios de investigación
- 87302 - Servicios de consultoría de seguridad
- 87303 - Servicios de monitoreo de alarmas
- 87304 - Servicios de coche blindado
- 87305 - Servicios de guardias
- 87309 - Otros servicios de seguridad

Los servicios prestados son descritos por notas explicativas y, por ejemplo, la nota explicativa en “CCP 87305 Servicios de guardias”, afirma:

[s]ervicios que consisten en la prestación de los servicios de protección a través de personal contratado para garantizar la seguridad de las personas o propiedades privadas, industriales y comerciales mediante la protección contra incendios, robo, vandalismo o entrada ilegal. Se incluyen los servicios de patrullaje e inspección, servicios de guardias de seguridad, servicios de escolta, servicios de vigilancia, control de aparcamiento y servicios de control de acceso.

El Proyecto de Seguridad Privada define que el “servicio de seguridad” incluye guardia de seguridad, asesoría de seguridad, los servicios de seguridad de respuesta, seguridad de eventos, servicios de investigador privado, instalación o reparación de los equipos de seguridad, cerrajeros, fabricación, importación, distribución, montaje, venta, compra o publicidad de dispositivos de monitoreo y la protección durante el tránsito de dinero en efectivo o bienes de gran valor.⁵⁸ Por lo tanto, los servicios descritos en el CCP y en el Proyecto de Seguridad Privada son similares por lo que es poco probable que los servicios contemplados en el Proyecto de Seguridad Privada no entren en los servicios de “seguridad” de la Lista de Compromisos de Sudáfrica.

Como se muestra en la siguiente figura, Sudáfrica no mantiene limitación en cuanto al acceso al mercado y trato nacional en términos del modo 3. Asimismo, no tiene compromisos adicionales programados, ni existen exenciones de la Nación más favorecida (“NMF”) que figuren en relación con este sector. En consecuencia, cualquier regulación de la industria de la seguridad privada en Sudáfrica

⁵⁸ Cláusula 1 y 1 A de la Ley de Seguridad Privada, versión D,

debe cumplir con sus compromisos del AGCS.⁵⁹ Los compromisos de Sudáfrica del AGCS en términos del sector de la seguridad privada se muestran a continuación; la segunda columna indica el acceso al mercado, la tercera, el trato nacional, y la cuarta, los compromisos adicionales.

1) Investigación y seguridad (CCP 873)	1) Ninguno 2) Ninguno 3) Ninguno 4) Sin consolidar excepto como se indique en la sección horizontal.	1) Ninguno 2) Ninguno 3) Ninguno 4) Sin consolidar excepto como se indique en la sección horizontal.	
--	---	---	--

Por tanto, es evidente que la industria de la seguridad privada forma parte de los “extensos compromisos de liberalización”⁶⁰ hechos por Sudáfrica en su Lista de Compromisos. De hecho, el país no ha impuesto ninguna limitación en el modo 3 en términos del acceso a mercado y trato nacional en los servicios de seguridad privada.

VI. ACCESO AL MERCADO

Es importante recalcar que el objetivo del AGCS es la liberalización del comercio de servicios y las principales herramientas de dicha liberalización bajo el régimen del AGCS son los artículos XVI, del acceso al mercado, y el XVII sobre el trato nacional.⁶¹ El objetivo del AGCS era lograr la liberalización progresiva a través de la negociación de los compromisos específicos como lo señala el artículo XIX.

Por lo tanto, cualquier limitación de acceso al mercado en los sectores de servicios ya comprometidos y liberalizados, de hecho va en contra del objetivo mismo del AGCS. El Órgano de Apelación ha declarado que no considera que el principio de la liberalización progresiva apoye una interpretación que

⁵⁹ Cronjé (n 13).

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Panagiotis Delimatsis & Martín Molinuevo, *Article XVI: Market Access* en Rüdiger Wolfrum et al (eds), comentarios de Max Planck de derecho de la OMC: OMC Comercio de Servicios volumen 6, (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 367, 368.

restrinja “el alcance y la cobertura de los compromisos específicos que ya han sido llevados a cabo por los Miembros”.⁶²

El artículo XVI (1) del AGCS exige a los Miembros, respecto el acceso a los mercados a través de los modos de suministro, para otorgar a los servicios de otros Miembros y a los proveedores de servicios un trato no menos favorable del “previsto en los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista de Compromisos”. El AGCS define “proveedor de servicios” simplemente como “toda persona que suministre un servicio”,⁶³ y una “persona” como una entidad física o jurídica.⁶⁴ Además, los “servicios de otro Miembro” en la prestación de servicios a través de la presencia comercial significa un servicio suministrado por el proveedor de ese otro Miembro.⁶⁵

Mientras el nivel de acceso al mercado no puede ser menor que el inscrito en su Lista de Compromisos, un Miembro está, sin embargo, en libertad de adoptar unilateralmente las medidas que implican un mayor grado de liberalización.⁶⁶ El Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gambling* señaló que el artículo XVI: 1 del AGCS indica por un lado a la relación que existe entre la obligación de los Miembros de acceso al mercado en sus sectores comprometidos y por el otro a los “términos, limitaciones y condiciones” inscritos en sus Listas.⁶⁷ El patrón con el que se mide la medida de un Miembro es la de un trato menos favorable acordado a otro Miembro que el especificado en la Lista de Compromisos del Miembro que impone (“Miembro que impone”) dicha medida.⁶⁸

El Panel en *China - Publicaciones y Productos Audiovisuales* explicó sucintamente la relación entre el artículo XVI: 1 y el artículo XVI: 2 del AGCS al constatar que el artículo XVI: 1:

[...] establece el principio general de que un Miembro debe otorgar a los servicios y proveedores de servicios de otros Miembros un trato no menos favorable que el que se especifica en los “términos, limitaciones y condiciones” que figuran en su Lista de Compromisos. El [Artículo XVI: 2 del AGCS] es más específico. Define [...] las medidas que un Miembro no debe adoptar o mantener “a menos

⁶² Informe del Órgano de Apelación, *China- Medidas que afectan Derechos de Comercio y Servicios de distribución de Ciertas Publicaciones y Productos Audiovisuales de Esparcimiento*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010, DSR 2010: I, p. 3. , párr. 394.

⁶³ Artículo XXVIII (g) del AGCS (n 37).

⁶⁴ Ibid, artículo XXVIII(j).

⁶⁵ Ibid, artículo XXVIII(f)(ii).

⁶⁶ Delimatsis & Molinuevo (n 61) 369.

⁶⁷ Informe de Órgano de Apelación, *EEUU -Juegos de Apuestas* (n 53). 214.

⁶⁸ Informe del Panel, *Estados Unidos - Medidas que afectan a los Cross-Border de la Fuente de los Servicios de Juegos de Apuestas y Apuestas* WT/DS285/R, adoptado el 20 de abril de 2005, modificado por el Informe del Órgano de Apelación WT/DS285/AB/R, 2005:XII DSR, 5797, párr. 6.263.

que se especifique lo contrario en su Lista”. Los seis tipos de medidas constituyen una lista cerrada o exhaustiva [...]”⁶⁹

También se ha confirmado que una vez que un Miembro otorga un completo acceso al mercado de un determinado servicio o subsector, ese compromiso se aplica a la totalidad del sector o subsector. El Miembro que impone no tiene una opción a la carta de permitir el acceso completo al mercado en algunos servicios de un sector o subsector, mientras que restringe otros.⁷⁰ Una vez más, lo que indica el carácter condicional de la obligación de acceso al mercado del AGCS, es el inicio del artículo XVI: 2 del AGCS que aclara que la prohibición *per se* de las limitaciones de acceso a los mercados no siempre se aplica en todos los ámbitos; sólo para los sectores programados.⁷¹

Aunque el AGCS no ofrece una definición explícita del concepto “barreras de acceso al mercado”, el artículo XVI (2) (a)-(f) del AGCS proporciona una descripción de esas medidas, que los Miembros tienen prohibidas de mantener o adoptar.⁷² Es aplicación específica a la limitación de la propiedad extranjera el artículo XVI (2) (f) del AGCS, que prohíbe a los miembros la aplicación de “limitaciones a la participación del capital extranjero expresadas como un límite porcentual máximo a la participación extranjera [...]”.

En términos de los AGCS una persona jurídica es “propiedad” de personas de un Miembro si más del 50% del capital social es propiedad de las personas de ese Miembro.⁷³ Además, una persona jurídica está “controlada” por una persona de un Miembro si esa persona tiene derecho a designar a la mayoría de sus directores u otra manera dirigir legalmente sus acciones.⁷⁴ Por lo tanto, un proveedor de servicios es sólo un proveedor de servicios de otro Miembro cuando es propiedad o está controlado por extranjeros. La imposición de Sudáfrica de un límite a la participación extranjera en el capital por debajo del 50% verbigracia 49%, limita el acceso al mercado a las empresas de seguridad privada de propiedad extranjera que deseen operar en Sudáfrica.

Por lo tanto, se puede inferir que la limitación propiedad extranjera viola los compromisos de acceso al mercado de Sudáfrica en el sector de la seguridad en el modo 3 del AGCS. Específicamente, la

⁶⁹ Informe del Panel, *China-Publicaciones y Productos Audiovisuales* (n 49) párr. 7.1353.

⁷⁰ Informe del Panel, *EEUU – Juegos de Apuestas* (n 68). 6.290.

⁷¹ Delimatsis & Molinuevo (n 61) 374.

⁷² Mary Footer & Carol George, *The General Agreement on Trade in Services*, in Patrick Macrory et al. (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis Vol. 1*, (Springer Science+Business Media Inc. 2005) 799, 846.

⁷³ Artículo XXVII(n)(i) del AGCS (n 37).

⁷⁴ *Ibid*, Artículo XXVII(n)(ii).

limitación de la participación extranjera constituye una restricción de acceso al mercado en términos del artículo XVI (2) (f) del AGCS.

VII. TRATO NACIONAL

Debatiblemente, el desafío más importante que enfrentan las ESP de propiedad extranjera que operan en Sudáfrica es la discriminación basada en su origen, que se expresa en el trato nacional. Según el artículo XVII del AGCS, con respecto a los compromisos consignados por un Miembro, con sujeción a cualquier condición concomitante y calificación, cada Miembro está obligado a otorgar a los servicios y proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afectan al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios servicios y proveedores de servicios similares.⁷⁵

Sin embargo, en virtud de esta disposición, los compromisos específicos asumidos no se interpretarán para obligar a los Miembros a compensar cualquier desventaja competitiva intrínseca que resulte del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios.⁷⁶ Además, el Miembro que impone, otorga *de jure o de facto* un trato discriminatorio contra los servicios y proveedores de servicios de otro Miembro que son como sus propios servicios y proveedores de servicios mediante la modificación de las condiciones de competencia entre los dos.⁷⁷

El Órgano de Apelación en *EC - Bananas* confirmó que el artículo XVII del AGCS protege la igualdad de competencia entre productos nacionales y extranjeros similares.⁷⁸ El Panel en *China - Servicios de pago electrónico* infiere de forma similar que el objetivo de la obligación de trato nacional del artículo XVII: 1 del AGCS es asegurar igualdad de oportunidades competitivas para todos los nacionales y extranjeros como servicios y proveedores de servicios.⁷⁹

El Panel en *EC - Bananas* señaló que con el fin de establecer una violación a una obligación de trato nacional, los siguientes elementos deben ser demostrados: (i) un Miembro debe haber asumido un compromiso en un sector y modo de suministro; (ii) la medida de ese Miembro debe ser una medida que

⁷⁵ Ibid, 1 artículo XVII: 1.

⁷⁶ Ibid, artículo XVII: 1, Nota al pie 10

⁷⁷ Ibid, artículo XVII (2) & (3).

⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE-Banano* (n 48) párrs. 244 y 246.

⁷⁹ Informe del Panel, *China - determinadas Medidas que afectan a Pago Servicios Electrónicos*, WT/DS413/R y Add.1, adoptado el 31 de agosto de 2012, DSR 2012:X, p. 5305, párr. 7.700.

afecte el suministro de servicios en ese sector y/o modo de suministro; (iii) dicha medida otorga a los servicios y proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato menos favorable que el que otorga sus propios servicios y proveedores de servicios similares.⁸⁰

Como segundo requisito de la triple etapa ya se ha discutido anteriormente, sólo se analizarán el primero y el segundo paso. El primer paso será pronto eliminado, ya que ha sido discutido en gran medida en la interpretación de la Lista de Compromisos de Sudáfrica. Después, el tercer paso será discutido en dos aspectos: primero para determinar la “similitud” de los servicios nacionales y extranjeros y los proveedores de servicios de seguridad en Sudáfrica y luego para determinar si la limitación de la propiedad extranjera discrimina los servicios y proveedores de servicios extranjeros.

A. ¿HAY UN COMPROMISO DE TRATO NACIONAL?

Para que un Miembro que imponga una medida incumpla sus obligaciones de trato nacional, primero se debe establecer mediante el análisis de la Lista de Compromisos de ese Miembro, el grado y el alcance de ese compromiso de trato nacional.⁸¹ Esto ya se había establecido con respecto a la Lista de Sudáfrica anteriormente referida.

Es claro que a través de la inscripción de “Ninguno” al lado de la columna de trato nacional en el modo 3 para los servicios de investigación y seguridad, Sudáfrica no mantiene ninguna medida discriminatoria contra las empresas extranjeras que participan en ese subsector y ninguna medida contraria está en conflicto con sus compromisos.

B. SIMILITUD

Sólo es entre servicios “similares” o proveedores de servicios “similares”, que se aplica la obligación de trato nacional y la base sobre la cual la discriminación bajo el ámbito del artículo XVII: 1 del AGCS puede producirse.⁸² Por lo tanto, los servicios y proveedores de servicios que no son “similares” pueden ser tratados de manera diferente y tal diferencia de trato no constituirá discriminación como se contempla

⁸⁰ Informe del Panel, *CE – Bananos* (n 47). Los paneles en *China-Publicaciones y Productos Audiovisuales* (n 49) y *China-Servicios de Pagos Electrónicos* (n 79) también ampliamente seguido el análisis CE-Bananos.

⁸¹ Peter Van den Bossche y Werner Zdouc, *The Law and Policy of the WTO* (3rd edn, Universidad de Cambridge Press 2013) 407.

⁸² *Ibid*, en p. 409.

en esta disposición.⁸³ El AGCS no define los términos “servicios similares” y los “proveedores de servicios similares”, sin embargo, una serie de fallos del AGCS han ilustrado estos conceptos.⁸⁴ El Panel de *China - Publicaciones y Productos Audiovisuales* señaló que:

[c]uando el origen es el único factor en la que una medida basa la diferencia de trato entre los proveedores de servicios nacionales y proveedores extranjeros, se cumple el requisito de “proveedores de servicios similares”, siempre que hubiera, o pudiera haber proveedores nacionales y extranjeros que bajo esta medida son iguales en todos los aspectos importantes a excepción de origen.⁸⁵

Aunque el principio de “similitud” en el artículo XVII del AGCS se basa en su anterior equivalente, el artículo III del GATT, el Panel observó que no implicaba que los criterios o el marco analítico utilizado en el artículo III del GATT simplemente serían - sin mayor análisis - trasladados al comercio de servicios para establecer la “similitud”. El Panel tuvo además conocimiento de que hay “diferencias importantes” entre las dos áreas de comercio, tales como la naturaleza intangible de los servicios, su oferta a través de cuatro diferentes modos, y las posibles disparidades en la forma en que se lleva a cabo y se regula el comercio de servicios.⁸⁶

Sin embargo, ciertos factores utilizados en la determinación “similitud” de los productos pueden ser utilizados para determinar la “similitud” de los servicios tales como las características del servicio,⁸⁷ los gustos y hábitos del consumidor y usos finales del servicio,⁸⁸ la clasificación de los servicios basados en la CCP como figuran en la lista 120/W,⁸⁹ así como los procesos y métodos de producción.⁹⁰

1. *Similitud de servicios*

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Informe del Panel, para productos audiovisuales y publicaciones de China (n. 49). 7.975.

⁸⁶ Informe del Panel, *China-Servicios de Pagos Electrónicos* (n 79) párr. 7.698.

⁸⁷ Informe del Panel, *EEUU – Juegos de Apuestas* (n 68) párrs. 3.185-3.196.

⁸⁸ La elasticidad cruzada de precios se puede utilizar para determinar preferencias de los consumidores, sin embargo, esto requiere un mercado existente en el donde dos o más servicios se ofrecen ya en un entorno generalmente competitivo; Markus Krajewski & Maika Engelke, *Article XVII GATS National Treatment*, en *Max Planck Commentaries on WTO Law: WTO – Trade in Services Volume 6*, (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 396, 398.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, Informe del Panel, EC-Banano (n 47) párrafo 7.322 e Informe del Panel, *Canadá-determinadas Medidas que afectan a la Industria del Automóvil*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adoptado el 19 de junio de 2000, como la modificación por el Informe del Órgano de Apelación WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, 2000:VII DSR, 3043 , párr. 10.289.

⁹⁰ Krajewski & Engelke (n 88) 406.

En su determinación de “similitud” el Panel señaló que “para que los servicios sean considerados “similares”, no necesitan necesariamente ser exactamente los mismos [...] los servicios podrían calificar como “similares” si son esencial o generalmente los mismos”.⁹¹ El examen del Panel del artículo XVII: 3 del AGCS, que califica el requisito de “trato no menos favorable” del artículo XVII: 1, sugiere que “los servicios similares son los servicios que están en una relación competitiva entre sí (o lo estarían si se les permite suministrar en un mercado en particular)”.⁹² El Panel encontró la justificación a su declaración anterior, porque “sólo si los servicios extranjeros y nacionales en cuestión se encuentran en tal relación de competencia puede una medida de un Miembro modificar las condiciones de competencia en favor de uno u otro de estos servicios”.⁹³

La determinación de “similitud” de acuerdo con el artículo XVII: 1 del AGCS debe basarse en argumentos y pruebas concernientes de la relación de competencia de los servicios que se comparan y hacerse sobre la base de las pruebas en su conjunto.⁹⁴ No hay factores generales o globales de verificación en la determinación “similitud”, por lo tanto, el Panel destacó que tal determinación deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, es decir, se deben hacer sobre la base de caso por caso.⁹⁵

2. *Similitud de los proveedores de servicios*

La “similitud de los proveedores de servicios” se puede basar en las características de los proveedores de servicios. Aspectos relevantes podrían incluir la constitución legal o el tamaño de una empresa medida en factores como los activos, el volumen de negocio o el número de empleados.⁹⁶ Los paneles en *EC - Bananas* y *Canadá - Autos* señalaron que en la medida en que los proveedores de servicios ofrecen “servicios similares”, son “proveedores de servicios similares”.⁹⁷

C. TRATO NO MENOS FAVORABLE

El elemento final de la prueba de coherencia con la obligación de trato nacional en el marco del AGCS se refiere a si los servicios y proveedores de servicios extranjeros reciben un trato no menos favorable

⁹¹ Informe del Panel, *China-Servicios de Pagos Electrónicos* (n 79) párr. 7.699.

⁹² *Ibid.* párrafo. 7.700.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.* párrafos. 7.701 & 7.702.

⁹⁵ *Ibid.* párrafo. 7.701.

⁹⁶ Krajewski & Engelke (n 88) 407.

⁹⁷ Informe del Panel, *EC-Banano* (n 47) párrafo 7.322; Informe del Panel, *Canadá-Autos* (n 89) párr. 10.248.

que los servicios o los proveedores de servicios “similares” nacionales como fue delimitado en los artículos XVI: 2 y XVI: 3. El Panel en *China - Servicios de pago electrónico* observó que:

Sujeto al cumplimiento de todas las demás condiciones del artículo XVII, un trato formalmente idéntico o diferente de los proveedores de servicios de otro Miembro constituye una violación del artículo XVII: 1, si y sólo si dicho trato modifica las condiciones de competencia en su perjuicio.⁹⁸

Como se han discutido los dos primeros elementos de la prueba del trato nacional, la siguiente discusión se centrará en la última parte de la prueba, que se centra en la “similitud” de los servicios y los proveedores de servicios y un trato menos favorable.

El tipo de discriminación que las ESP extranjeras como G4S, ADT, Chubb y Securitas que se establecieron y registraron debidamente en Sudáfrica, enfrentarían a la luz de la limitación de la propiedad extranjera, es un “trato formalmente diferente” contemplado en los artículos XVII: 2 y XVI: 3. Ésta es considerada como la discriminación *de jure*.⁹⁹ Sin embargo, un trato formalmente diferente no es suficiente para mostrar la discriminación *de jure*; es necesario examinar “si la medida modifica las condiciones de competencia en el mercado relevante” en detrimento de los servicios o los proveedores de servicios extranjeros.¹⁰⁰

Aunque las empresas locales como Seguridad Fidelity y Protea Coin emplean a más guardias de seguridad que las empresas extranjeras, estas empresas de seguridad privada nacionales y extranjeras, de hecho compiten por clientes del sector residencial, comercial y público. Ellas en conjunto proporcionan servicios similares, que se utilizan en última instancia por sus clientes para la seguridad privada. Como el estándar de “similitud” no requiere que los servicios sean idénticos, sino los mismos en general, en la medida en que las ESP nacionales y extranjeras proporcionen generalmente los mismos servicios y estén en competencia unos con otros, son proveedores de servicios “similares”.

Ninguna de las ESP locales se vería obligada a disponer de la mayoría de su capital con el fin de cumplir con las limitaciones a la propiedad extranjera. Las ESP locales continuarán administrando y dirigiendo sus empresas y no tendrán que lidiar con los desafíos que vienen con el accionariado minoritario. Está claro que las ESP extranjeras estarán en desventaja y la limitación de la propiedad

⁹⁸ Informe del Panel, *China-Servicios de Pagos Electrónicos* (n 79) párr. 7.687.

⁹⁹ Krajewski & Engelke (n 88) 410.

¹⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Corea-Medidas que afectan a las Importaciones de Carne fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, DSR 2001: I, p. 5, párr. 137 en relación con el artículo III del GATT.

extranjera en efecto modificará las condiciones de competencia en favor de los servicios y proveedores de servicios locales. Por lo tanto, la medida también es violatoria de las obligaciones de trato nacional de Sudáfrica.

VIII. EXCEPCIONES CONFORME AL AGCS: ARTICULO XIV

Esta sección del artículo explora los tipos de defensas que Sudáfrica puede plantear si un Miembro afectado por la limitación propiedad extranjera inicia una disputa en la OMC. Aunque en principio las excepciones de seguridad formuladas en el artículo XIV bis del AGCS parecen ser el tipo de disposición que Sudáfrica puede invocar para justificar la limitación de la inversión extranjera, no sirven para este propósito porque se circunscriben a circunstancias específicas de seguridad que contemplan situaciones de emergencia relacionadas con los tiempos de guerra, la paz y la seguridad de una manera que no concuerda con los intereses de seguridad para este caso concreto. En este contexto, la defensa de la Seguridad Nacional en Sudáfrica no encaja dentro de las cuatro paredes de excepciones de seguridad del AGCS y que por lo tanto no se pueden plantear como defensa.

Sin embargo, la excepción general de “orden público” formulada en el artículo XIV (a) del AGCS podría estar disponible para Sudáfrica como una defensa. Esta excepción constituye uno de los cinco intereses públicos legítimos que pueden justificar la intervención gubernamental en el comercio de servicios.¹⁰¹ Esta excepción particular establece:

Sujeto a la exigencia de que tales medidas no se aplican de manera que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificada entre países donde prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta al comercio de servicios, nada en este Acuerdo se interpretará como impedimento para la adopción o aplicación por cualquier Miembro de las medidas:
(a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público;

De acuerdo a la nota cinco en el artículo XIV (a) del AGCS, “la excepción del orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza real y suficientemente grave a uno de los *intereses fundamentales de la sociedad*” (énfasis añadido). De ello se deduce que la excepción del orden público sólo puede invocarse cuando se cumplan las condiciones delimitadas en la nota.

En el primer caso que se aborda con el artículo XIV del AGCS, el pionero *Estados Unidos - Gambling*, el Órgano de Apelación señaló que al igual que el artículo XX del AGCS, la excepción

¹⁰¹ Thomas Cottier, Panagiotis Delimatsis y Nicolas Diebold, *Artículo XI del AGCS: Excepciones Generales* en Rüdiger Wolfrum et al. (eds), *Max Planck Commentaries on WTO Law: WTO – Trade in Services Volume 6*, (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 287, 292.

general en virtud del GATT, es el artículo XIV del AGCS que afirma el derecho de los Miembros a perseguir objetivos identificados en las disposiciones, incluso si al hacerlo los Miembros actúan en contra de las obligaciones establecidas en la demás disposiciones.¹⁰² El artículo XIV del AGCS define una prueba de dos niveles para determinar si una medida, de otra manera incompatible con las obligaciones del AGCS, es justificable.

Según el Órgano de Apelación, al analizar la medida adoptada por un Miembro que pretende justificarse conforme al artículo XIV del AGCS, el Panel debe determinar primero si la medida discutida está comprendida en el ámbito de uno de los párrafos de dicha disposición. Esto significa que la medida impugnada debe abordar el interés particular especificado en dicho párrafo y debe haber un nexo cercano entre la medida y el interés protegido. Si la medida se encuentra comprendida en el ámbito de uno de los párrafos del artículo XIV del AGCS, el Panel debe entonces considerar si la medida satisface los requisitos del preámbulo de la misma disposición.¹⁰³

Por lo tanto, en relación con el asunto en cuestión la prueba de dos niveles del artículo XIV (a) requiere establecer que: (i) el objetivo político perseguido por la medida es la protección del orden público; y (ii) la medida es necesaria para cumplir con ese objetivo político.¹⁰⁴

1. La legitimidad del objetivo político

El Panel en *Estados Unidos - Gambling* abordó con la interpretación y aplicación del primer nivel de la prueba. Al interpretar tanto “moral pública” y “orden público”, el Panel encontró estos conceptos:

[p]uede variar en tiempo y espacio, dependiendo de una serie de factores, entre ellos prevalecen los valores sociales, culturales y religiosos... el Órgano de Apelación ha estado en varias ocasiones en que los Miembros, al aplicar los conceptos sociales similares, tienen el derecho de determinar el nivel de protección que consideren apropiado.¹⁰⁵ (Énfasis añadido)

El Panel constató además que, si bien la “moral pública” y el “orden público” son conceptos diferentes, no obstante pueden superponerse en su intento de proteger principalmente valores similares.¹⁰⁶ El Panel destacó además que los Miembros deben gozar de la flexibilidad regulatoria para

¹⁰² Informe de Órgano de Apelación, *U.S. - Juego de Apuestas* (n 63). 291.

¹⁰³ *Ibid*, párr. 291.

¹⁰⁴ Van den Bossche y Zdouc (n 81) 585.

¹⁰⁵ Informe del Panel, *EEUU - Juegos de Apuestas* (n 68). 6.461.

¹⁰⁶ *Ibid*, párrafo. 6.468...

definir y aplicar lo que ellos consideran que constituye “orden público” “en sus respectivos territorios, de acuerdo con sus propios sistemas y escalas de valores”.¹⁰⁷

De acuerdo con el significado de la expresión “orden” el Panel constató que el término denota “una condición en la que se mantienen y se observan las leyes que regulan la conducta pública de los miembros de una comunidad; el dominio de la ley o la autoridad constituida, la ausencia de violencia o crímenes violentos”.¹⁰⁸ En la interpretación de la nota cinco el Panel concluyó que la definición del término “orden” leído con la nota supone que el “orden público” se refiere a “la preservación de los intereses fundamentales de la sociedad, tal como se refleja en las políticas públicas y el derecho. Estos intereses fundamentales pueden referirse, entre otras cosas, a las normas del derecho, la seguridad y la moralidad”.¹⁰⁹ Este hallazgo implica que el “orden público” abarca la “moral pública” y parece plausible que cualquier interés relativo a la moral pública sea simultáneamente objeto de orden público.¹¹⁰

Cuando se ve en un sentido más amplio, el término “orden público” puede ser considerado como un término general que abarca otras justificaciones consagradas en la excepción de la disposición general”.¹¹¹ También vale la pena señalar que la referencia a los estándares de seguridad en el sentido de “orden público” no cubre los intereses de seguridad nacional ya que éstos son la premisa única del artículo XIV bis del AGCS.¹¹²

En los sistemas de derecho civil, el concepto “orden público” se deriva del derecho internacional privado y básicamente previene que sean implementados los juicios de tribunales extranjeros, o aplicada la ley extranjera donde esa resolución o ley extranjera entre en conflicto con los valores y las preocupaciones fundamentales de la sociedad del país.¹¹³ Aunque la disputa fue apelada, el Órgano de Apelación dejó intacta la interpretación del Panel del término “orden público” y su aplicación del primer elemento de la prueba bajo el artículo XVI (a) del AGCS, simplemente aclaró que la nota 5 no requiere un resultando separado y explícito de que se cumple el estándar.¹¹⁴

¹⁰⁷ Ibid, párrafo. 6.461.

¹⁰⁸ Ibid, párr. 6.466.

¹⁰⁹ ibidem párr. 6.467.

¹¹⁰ Panagiotis Delimatsis, *Protecting Public Morals in the Digital Age*, (2011) 14(2) *Journal of International Economic Law* 257, 277 .

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Chaveta, Delimatsis y Diebold (n 101) 299.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Informe de Órgano de Apelación, *EE.UU. – Juegos de Apuestas* (n 63). 298.

En *Estados Unidos – Gambling*, los EE.UU. argumentaron que las apuestas por Internet plantea amenazas en relación con el crimen organizado, lavado de dinero y el fraude; riesgos para los niños; y riesgos para la salud debido a la posibilidad de desarrollar una adicción a los Juegos de Azar.¹¹⁵ El Panel reconoció que estas preocupaciones estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de entre otros el “orden público”,¹¹⁶ cuyas conclusiones sostuvo el Órgano de Apelación.¹¹⁷

Del mismo modo, la seguridad de los sudafricanos se podría considerar un interés fundamental de la sociedad, especialmente en un país que se enfrenta a altos niveles de delincuencia e inseguridad. Por lo tanto, debido a la naturaleza deferente en que se ha interpretado, la preservación de la seguridad es una preocupación compartida por todos los sudafricanos y podría interpretarse para constituir “orden público” como se contempla en el artículo XVI (a) del AGCS.

2. *La prueba de necesidad*

La segunda parte de la prueba de dos niveles conforme al artículo XIV (a) del AGCS se refiere a la prueba de “necesidad”.¹¹⁸ El Órgano de Apelación confirmó en *Estados Unidos - Gambling* que las conclusiones sobre el concepto de necesidad bajo el AGCS también son relevantes para el artículo XIV del AGCS.¹¹⁹ El Órgano de Apelación observó además que el nivel de necesidad es una norma objetiva y la caracterización del enfoque normativo de un Miembro de unas medidas objetivas y efectivas, como lo demuestra, *inter alia* el “texto de las leyes, historia legislativa y declaraciones de funcionarios del gobierno, serán relevantes para determinar si la medida es objetivamente necesaria”.¹²⁰

El Órgano de Apelación señaló que la valoración del estándar “necesidad” se llevó a cabo a través de un proceso de “ponderación y confrontación de una serie de factores”, como se había proclamado en *Corea - Beef*.¹²¹ Este proceso fue explicado como el entendido en determinar si existe una medida compatible con la OMC que se podría esperar que el Miembro usara o “si hay una medida menos

¹¹⁵ Informe del Panel, *EE.UU.- Juego de Apuestas* (n 68). 6.479.

¹¹⁶ *Ibid*, párr. 6.487.

¹¹⁷ Informe de Órgano de Apelación, *EE.UU. – Juegos de Apuestas* (n 63). 299.

¹¹⁸ Van den Bossche y Zdouc (n 81) 587.

¹¹⁹ Informe de Órgano de Apelación, *EE.UU. – Juegos de Apuestas* (63). 291.

¹²⁰ *Ibid*, párr. 298.

¹²¹ *Ibid*.

incompatible con la OMC razonablemente disponible”.¹²² El Órgano de Apelación describió los pasos específicos en el proceso de ponderación y confrontación como:

[...] Comienza con una evaluación de “importancia relativa” de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada. Después de haber determinado la importancia de los intereses particulares en juego, un Panel deberá recurrir a otros factores que han de ser “ponderados y equilibrados”. El Órgano de Apelación ha señalado dos factores que, en la mayoría de los casos, serán relevantes para la decisión de un Panel de la “necesidad de una medida”, aunque no necesariamente exhaustiva de factores que podrían considerarse. Un factor es la contribución de la medida a la realización de los fines perseguidos por la misma; el otro factor es el impacto restrictivo de la medida en el comercio internacional.¹²³

El Órgano de Apelación determinó además que la medida impugnada y las posibles alternativas deben compararse, sus resultados deben ser considerados conforme a la importancia de los intereses dominantes. Un Panel establece si una medida es “necesaria” o si otra medida compatible con la OMC está “razonablemente disponible” a través del proceso de “ponderación y confrontación” y la comparación de las medidas, teniendo en cuenta los intereses de los valores en juego.¹²⁴

La necesidad de una medida significa que el demandante no ha demostrado que hay una medida alternativa “razonablemente disponible” y “refleja el entendimiento común de los Miembros de que las obligaciones sustantivas del AGCS no deben ser tomadas de la ligera”. Una medida alternativa se puede basar en no estar “razonablemente disponible” por ejemplo, cuando un Miembro es incapaz de implementarla o cuando dicha medida es excesivamente onerosa para el Miembro demandado, la imposición de costos prohibitivos de instancia o dificultades técnicas.

Adicionalmente, una medida alternativa “razonablemente disponible” es una que defiende el derecho del Miembro demandado para lograr su nivel deseado de protección con el fin de perseguir su objetivo de acuerdo con el artículo XIV (a) del AGCS.¹²⁵ No es necesario que un Miembro primero explore y agote todas las alternativas disponibles y razonablemente compatibles con la OMC antes de adoptar su medida incompatible con la OMC.¹²⁶

3. Carga de la prueba

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid, párrafo 306.

¹²⁴ Ibid, párrafo 306-307.

¹²⁵ Ibid, párrafo 308.

¹²⁶ Ibid, párrafo 315.

El Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gambling* aclaró que la carga de la prueba sobre el Miembro demandado es “establecer un caso *prima facie* de que la medida es “necesaria” para lograr los objetivos de la política de orden público, pero no es la carga de ese Miembro demostrar que no hay alternativas razonablemente disponibles para lograr su objetivo. En particular, la parte demandada no está obligada a identificar “el universo de medidas alternativas menos restrictivas del comercio” y luego indicar esas medidas inadecuadas para alcanzar sus objetivos idiosincráticos.

Una vez que el demandado, *prima facie*, demuestra la necesidad de su medida, es el demandante quien debe apuntar a una alternativa. Sin embargo, el demandado debe demostrar por qué la medida compatible con la OMC planteada por el demandante no es “razonablemente disponible” a la luz de los intereses o valores que se persiguen y su nivel de protección deseado.¹²⁷

Esta es la parte del análisis en que el gobierno de Sudáfrica podría tener dificultades para defender: la necesidad de exigir que los ciudadanos sudafricanos deban tener la participación mayoritaria de empresas de seguridad privada en Sudáfrica y cómo la limitación propiedad extranjera cumple el objetivo de mejora de la seguridad en Sudáfrica, sobre todo porque la actual Ley requiere que todos los gerentes de las ESP en Sudáfrica sean ciudadanos sudafricanos o tengan ahí su residencia permanente.

Aunque Sudáfrica cita como un problema la rendición de cuentas de las ESP en Sudáfrica, no sólo están involucrados los extranjeros de las ESP en las infracciones a la actual Ley, incluyendo a los empleados que participan en el comportamiento criminal. A menos que Sudáfrica pueda probar que la mayor amenaza para la seguridad en Sudáfrica son las ESP extranjeras, no pasará la prueba de necesidad y si no logra pasarla, el análisis termina allí.

4. *Preámbulo*

Sin embargo, Sudáfrica debería saltarse el obstáculo de la prueba de necesidad y un análisis más detallado de la limitación a la inversión extranjera se llevaría a cabo. La segunda parte de la prueba de dos niveles requiere un análisis de si la medida cumple con los requisitos del preámbulo del artículo XVI del AGCS que requiere la aplicación de la medida no constituye (i) “discriminación arbitraria o injustificable entre países donde prevalecen las mismas condiciones”; o (ii) “una restricción encubierta al comercio de servicios”. Estos estándares son acumulativos y sirven para prevenir cualquier abuso de

¹²⁷ *Ibid*, párrafo 311.

derecho en términos de artículo XIV del AGCS o cualquier frustración de derechos concedidos a otros Miembros de las obligaciones sustantivas del AGCS.¹²⁸

Por lo tanto el objetivo del preámbulo apunta a equilibrar el derecho del Miembro demandado a invocar justificaciones bajo las excepciones de la cláusula general con su deber de respetar las obligaciones que ha contraído en virtud del AGCS.¹²⁹ La prohibición contra los Miembros ejerciendo un derecho legal que se deriva de manera abusiva del principio de buena fe, un principio generalmente reconocido del derecho nacional e internacional¹³⁰ que se aplica a todos los Miembros de la OMC por igual.¹³¹

El Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gambling* determinó que si la aplicación de la medida que se solicita se justifique resulta en discriminación, es incompatible con el preámbulo si esa discriminación es arbitraria o injustificada.¹³² Ejemplos de discriminación injustificada en la jurisprudencia de la OMC incluye a *Estados Unidos - Shrimp*, donde EE.UU. aplicó unilateralmente su prohibición a las importaciones sin participar en negociaciones con algunos Miembros, mientras que participaba con los otros.

Según el Órgano de Apelación en este caso, destaca la “influencia perjudicial y discriminatoria de la prohibición” y destacó su falta de justificación.¹³³ La discriminación arbitraria se manifiesta en la aplicación rígida e inflexible de una medida,¹³⁴ la falta de transparencia y previsibilidad, la negación de la revisión judicial de las decisiones y una falta general de la imparcialidad y el debido proceso.¹³⁵

Si se encuentra que la aplicación de una medida constituye una discriminación arbitraria o injustificable, ahí termina el análisis.¹³⁶ La restricción encubierta al comercio de servicios no ha sido objeto de numerosos litigios en sin embargo, la OMC, el Panel en *EC - Asbestos* encontró que el enfoque no es la palabra “encubierto” ni “restricción”, dado que en primer lugar solo las medidas restrictivas al

¹²⁸ Ibid, párrafo 339

¹²⁹ Informe del Panel, *EE.UU. - Juego de Apuestas* (n 68). 6.575.

¹³⁰ Informe Órgano de Apelación de *Estados Unidos-Prohibición de Importación de determinados productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 06 de noviembre de 1998, DSR 1998:VII, p. 2755, párr. 158.

¹³¹ Informe del Órgano de Apelación, *EE.UU. - Camarones - Recurso al artículo 21.5 del ESD por Malasia*, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, DSR 2001:XIII, p. 6481, nota 97, párr. 134.

¹³² Informe de Órgano de Apelación, *EEUU - Juegos de Apuestas* (n 63). 356.

¹³³ Informe de Órgano de Apelación, *EEUU - Camarón* (n 130). 172.

¹³⁴ Ibid, párrafo 177.

¹³⁵ Ibid, párrafos 179-181.

¹³⁶ Ibid, párrafo 184.

comercio han de ser examinadas bajo el preámbulo; por lo tanto, una medida justificada provisionalmente constituirá abuso si el cumplimiento de los requisitos de una de las excepciones enumeradas en realidad es un mero disfraz para ocultar la consecución de objetivos comerciales restrictivos.¹³⁷

Como se mencionó con anterioridad, el fracaso para probar la necesidad de la limitación de la propiedad extranjera, especialmente la forma en que contribuirá al objetivo político legítimo de Sudáfrica podría presentar un obstáculo si desea aplicar esta medida. De esta forma, la medida parece ser una restricción arbitraria e injustificada sobre el comercio de servicios y no podría sostenerse si se impugna en la OMC. Sin embargo, si Sudáfrica desea mantener la limitación de la propiedad extranjera debería modificar su Lista de Compromisos y compensar a todas las partes pertinentes antes de que se inicie una demanda en contra de ella en Ginebra.

IX. MODIFICACION DE LA LISTA DE COMPROMISOS DEL AGCS

A pesar de cualquier desafío legal en la OMC, es importante tener en cuenta que en términos del artículo XXI (1) (a) del AGCS, los Miembros tienen el derecho fundamental de modificar sus Listas de Compromisos. La cláusula 44A (15) del Proyecto de Seguridad Privada parece considerar que la limitación de propiedad extranjera contraviene la obligación de Sudáfrica del AGCS y está dispuesta a cumplir con las disposiciones del AGCS sobre la imposición de esta medida:

[l] a aplicación de la sección (2) (c) en relación con una empresa de seguridad que se ha registrado como proveedor de servicios de seguridad al comienzo de la Enmienda de Ley debe hacerse de acuerdo con la promoción de la legislación y la protección de la inversión en la República y las obligaciones comerciales internacionales de la República.

De hecho, en marzo de 2015, el Ministro de Policía de Sudáfrica anunció¹³⁸ que el país procuró modificar sus compromisos del sector de seguridad privada que se ha llevado a cabo en el marco del AGCS. Sin embargo, desde entonces, a la limitación de la propiedad extranjera no se ha aplicado ni se han tomado medidas formales en la OMC para modificar Lista de Compromisos del AGCS de Sudáfrica. El artículo XXI del AGCS junto con los procedimientos establecidos por el Comité del

¹³⁷ Informe del Panel, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan al Amianto y Productos Asbestos*, WT/DS135/R y Add.1, adoptado el 05 de abril de 2001, modificado por el Informe del Órgano de Apelación WT/DS135/AB/R, DSR 2001:VIII, p. 3305, párr. 8.236.

¹³⁸ Khulekani Magubene, *SA to Withdraw from World Trade Organisation Agreement*, Business Day (Johannesburg 20 de marzo de 2015) www.bdlive.co.za/Business/Trade/2015/03/20/SA-to-withdraw-from-World-Trade-Organisation-Agreement consultado el 21 de abril de 2015.

Comercio de Servicios (CTS)¹³⁹ contiene los requisitos que Sudáfrica debe cumplir cuando modifique su Lista de Compromisos del AGCS.

Los Miembros están obligados a notificar su intención de modificar el compromiso, negociar con cualquier Miembro cuyos beneficios puedan ser afectados por la modificación propuesta, y también compensar a dichos Miembros. Los Miembros también pueden enfrentarse a un desafío legal, si un Miembro afectado considera sus derechos anulados o menoscabados durante el proceso. Dada la importancia del sector de servicios de seguridad privada y los grandes intereses que las ESP extranjeras tienen en Sudáfrica es probable que este proceso sea “políticamente complejo y prolongado”.¹⁴⁰

El único país que ha modificado su Lista de Compromisos del AGCS es los EE.UU. después de recibir lo que se considera un resultado insatisfactorio del caso *Estados Unidos –Gambling* contra Antigua. Después de que el Panel fue establecido en marzo de 2007 conforme al artículo 21.5 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), porque los EE.UU. habían incumplido las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), los EE.UU. anunciaron en mayo de 2007 que no iban a cumplir las recomendaciones y resoluciones, sino que estaban modificando su Lista de Compromisos para excluir los Juegos de Apuestas en línea.

Se les informó que siete miembros afectados se unieron a Antigua en su intención de reclamar una compensación a los EE.UU. y EE.UU. llegó a acuerdos con Australia, Canadá, la UE y Japón, haciendo compromisos adicionales de acceso al mercado de determinados servicios. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo sobre el ajuste compensatorio con Antigua y ésta ha solicitado la suspensión del arbitraje.

En junio de 2007, Antigua solicitó al OSD la autorización de medidas de represalias hasta por un monto de \$3.443 mil millones de dólares.¹⁴¹ En diciembre de 2007, el Árbitro determinó el nivel anual de anulación o impedimentos resultantes para Antigua por \$21 millones de dólares y permitió que Antigua tomara represalias conforme a varias secciones del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁴² El 24 de abril de 2012,

¹³⁹ Consejo para el comercio de servicios, *Procedimientos de la Aplicación del artículo XXI del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS): modificación de listas de compromisos*, S/L/80, 29 de octubre de 1999.

¹⁴⁰ Kholofelo Kugler, *SA in for a Bumpy Ride Over Changes at WTO*, Business Day, (Johannesburgo 26 de marzo de 2015) www.bdlive.co.za/opinion/2015/03/26/SA-in-for-a-Bumpy-Ride-over-Changes-at-WTO consultado el 08 de julio de 2015.

¹⁴¹ *EE.UU. – Recurso de Juegos de Apuestas por Antigua y Barbuda al apartado 2 del artículo 22 del ESD*, WT/DS285/22, 22 de junio de 2007, p.1.

¹⁴² Decisión tomada por el árbitro, *EEUU – Juego de Apuestas – recurso al arbitraje de los Estados Unidos bajo el artículo 22.6 del ESD*, WT/DS285/ARB, 21 de diciembre de 2007, DSR 2007:X, p. 4163.

Antigua informó al OSD que los EE.UU. aún no cumplían con las recomendaciones y resoluciones del OSD y pidió recurrir a los buenos oficios del Director General en la búsqueda de una solución mediada a la controversia.

El 28 de enero de 2013, el OSD concedió la autorización a Antigua de suspender los compromisos y demás obligaciones incluidas en el marco del ADPIC.¹⁴³ Al momento de redacción de este artículo, los EE.UU. no habían cumplido con las recomendaciones y resoluciones del OSD; además, Antigua tampoco había ejecutado su derecho de hacer cumplir dichas medidas contra los EE.UU. en el marco del ADPIC.

X. CONCLUSION

La búsqueda de Sudáfrica para avanzar en sus intereses públicos llevó a la introducción del Proyecto de Seguridad Privada en el Comité de Cartera de Policía en noviembre de 2013. Según el Ministerio de Policía de Sudáfrica, uno de los objetivos del proyecto de ley es regular el vibrante sector de servicios de seguridad privada en Sudáfrica mediante la limitación de la participación extranjera de las ESP al 49% en Sudáfrica.

El país considera la participación extranjera en este sector una amenaza para su seguridad nacional; sin embargo tal limitación constituye una violación de los compromisos de Sudáfrica del AGCS. A pesar de las críticas de los gobiernos extranjeros, como la UE y los Estados Unidos, las propias ESP, y los comentaristas locales, el proyecto fue aprobado por las dos cámaras del Parlamento, pero no pudo pasar la aprobación presidencial de Jacob Zuma en febrero 2014 - hasta la fecha el Proyecto de Ley de Seguridad Privada todavía no ha sido promulgado.

Este artículo analiza la limitación a la propiedad extranjera, a la luz de la jurisprudencia de la OMC, con el fin de determinar la forma en que le iría a Sudáfrica si un Miembro iniciara una disputa en su contra ante la OMC. Se concluyó que la limitación de la propiedad extranjera contraviene el acceso a los mercados y a las disposiciones de trato nacional del AGCS. También se discutió que, debido al desafío que Sudáfrica podría enfrentar al mostrar la necesidad de la medida, un Panel de la OMC puede estar tendiente a no defenderla.

¹⁴³ Van den Bossche & Zdouc (n81) p. 531 y nota al pie 274.

Sin embargo, se exploró la excepción de la moral pública en el artículo XIV (a) del AGCS como una posible defensa de la medida que debería aclarar el obstáculo de la prueba de necesidad. No obstante, Sudáfrica tiene un derecho fundamental a modificar su Lista de Compromisos del AGCS en caso de que desee mantener la limitación de la participación extranjera en su sector de servicios de seguridad privada; aunque el país podría enfrentar una significativa presión interna y externa, y el proceso podría ser prolongado.

Queda por ver si Sudáfrica soporta la crítica y sigue custodiando rigurosamente su espacio político e implementando en lo que a su juicio considera de su interés público.